

REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

Volume 1, Número 2,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt



REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

A **Revista Ibérica do Direito** (RID) é a revista jurídica do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR), sediado na Cidade do Porto, Portugal. Promove a difusão do conhecimento jurídico Iberoamericano nas variadas vertentes do Direito Público e Direito Privado, valorizando estudos que destacam o direito comparado Iberoamericano ou aqueles originários dos países da América Latina, Espanha e Portugal.

REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

ISSN 2184-7487

Vol. 1 | Número 2 | Jul/Dez | 2020



BASES DE DADOS E INDEXADORES



PKP|INDEX



Revista Ibérica do Direito - RID

Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos - IBEROJUR

Vol. 1 | Número 2 | Jul/Dez | 2020

Porto, Portugal

Editor-Chefe: Fábio da Silva Veiga

Editores-Adjuntos: Talita Gomes Cardim, Arthur Alves Ignácio

Semestral | Versão Digital

Projeto Gráfico e Editoração: Iberojur Gestão Universitária Lda.

Disponível em: www.revistaibericadodireito.pt

ISSN 2184-7487

Registada na Biblioteca Nacional de Portugal

CDU: 34(051)(0.034)

A Revista Ibérica do Direito adota a **licença Creative Commons atribuição-não comercial 4.0 Internacional**, exceto onde estiver expresso de outro modo, permitindo-se cópias e reproduções, no todo ou em parte, desde que para fins não comerciais e com identificação de sua fonte.



CORRESPONDÊNCIA

Rua de Avilhó, 214, Custóias, Matosinhos - Portugal

Código Postal: 4460-282

E-mail: rid@revistaibericadodireito.pt

EQUIPA EDITORIAL

EDITOR-CHEFE

Prof. Doutor Fábio da Silva Veiga, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Portugal

EDITORES ADJUNTOS

Talita Gomes Cardim, Instituto Universitário de Lisboa, Portugal

Arthur Alves Ignácio, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Portugal

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Doutor António Francisco de Sousa, Universidade do Porto, Portugal

Prof. Doutor Antonio Tirso Ester Sánchez, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha

Prof. Doutor Augusto Jobim do Amaral, PUCRS, Brasil

Prof. Doutora Catherine Maia, Universidade Lusófona do Porto, Portugal

Prof. Doutora Érica Guerra da Silva, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Doutor José Julio Fernández Rodríguez, Universidade de Santiago de Compostela, Espanha

Prof. Doutor Lorenzo Vadell Bujosa, Universidad de Salamanca, Espanha

Prof. Doutor Marcos Augusto Perez, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Pedro Curvello Saavedra Avzaradel, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Prof. Doutora Vânia Aieta, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

CONSELHO CIENTÍFICO

Prof. Doutora Adriana Valéria Pugliesi, Fundação Getúlio Vargas FGV-São Paulo, Brasil

Prof. Doutor António-Carlos Pereira Menaut, Universidade de Santiago de Compostela, Espanha

Prof. Doutor Angelo Viglianisi Ferraro, Università degli Studi di Reggio Calabria, Itália

Prof. Doutora Beata Stępień Załucka, University of Rzeszów (Poland), Polónia

Prof. Doutora Bruna Capparelli, Alma Matter Università di Bologna, Itália

Prof. Doutora Denise Fincato, PUCRS, Brasil

Prof. Doutora Dora Alves, Universidade Portucalense, Portugal

Prof. Doutor Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil

Prof. Doutor Flávio Martins Alves Nunes Júnior, Faculdade Damásio, Brasil

Prof. Doutor Floriano de Azevedo Marques Neto, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutora Francesca Benatti, Università di Padova, Itália

Prof. Doutor Francisco Satiro, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Gabriel Martín Rodríguez, Universidad Rey Juan Carlos, Espanha

Prof. Doutor Gianpaolo Poggio Smanio, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil

Prof. Doutor Gilberto Atencio Valladares, Instituto Iberoamericano de Estudios Jurídicos, Espanha

Prof. Doutora Irene Patrícia Nohara, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil

Prof. Doutor Jaime Aneiros Pereira, Universidade de Vigo, Espanha

Prof. Doutor João Proença Xavier, Instituto Iberoamericano de Estudios Jurídicos, Portugal

Prof. Doutora Laura Miraut Martín, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha

Prof. Doutor Marco Aurélio Gumieri Valério, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutora Maria do Rosário Anjos, Universidade Lusófona do Porto, Portugal

Prof. Doutor Mario Spangenberg, Universidad Católica del Uruguay, Uruguai

Prof. Doutor Pablo Fernández Carballo-Calero, Universidade de Vigo, Espanha

Prof. Doutora Patrícia Anjos Azevedo, Instituto Politécnico do Porto, Portugal

Prof. Doutor Paulo de Brito, Universidade Lusófona do Porto, Portugal

Prof. Doutor Rodrigo Poyanco Bugueño, Universidad Finis Terrae, Chile

Prof. Doutor Rodrigo de Souza Pagani, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Salvador Tomás Tomás, Universidad de Murcia, Espanha

Prof. Doutor Samuel Rodríguez Ferrández, Universidad de Murcia, Espanha

Prof. Doutora Sheila Neder Cerezetti, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Vicenç Ribas Ferrer, Universidad de Alcalá, Espanha

Prof. Doutor Wagner Menezes, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Wilson Engelmann, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Prof. Doutora Zélia Luíza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil

Índice

Crisis del mercado de trabajo y retos de protección social en la nueva era tecnológica. Especial referencia al caso español 9

David Montoya Medina

Biomedicina reproductiva e direitos humanos 19

João Proença Xavier

Il diritto privato oggi e il ruolo del giurista 29

Mauro Grondona

O título de crédito: do papel ao digital no Brasil 38

Marco Aurélio Gumieri Valério
José Fernando dos Santos Campos

Libros jurídicos portugueses en la nueva España. Las obras del canonista agostinho barbosa (siglos xvii-xix) presentes en la biblioteca nacional de méxico 46

Oscar Hernández Santiago

Breve comentário à STSJ Galicia 677/2019, de 23 de maio de 2019: ineficácia de disposição testamentária a favor do cônjuge no caso de separação de facto que subsiste no momento da abertura da sucessão. Algumas notas comparativas com o direito Português 68

Diana Leiras

Bases histórico-normativas e perspectivas do teletrabalho no Brasil pós-pandemia 80

Denise Fincato

A (in)compatibilidade das leis de proteção de dados pessoais e a tecnologia blockchain: reflexões iniciais sobre a responsabilidade civil de controlador 96

Beatriz Gontijo de Brito
Aline França Campos

Diritti fondamentali e ruolo della giurisprudenza nella emergenza covid-19 104

Francesca Benatti

Breve nótula sobre diálogo judicial e a sua importância na proteção multinível dos direitos 113

Eduardo António da Silva Figueiredo

Dados Sensíveis, Tecnologias e a Covid-19 Face ao Direito 136

Vicência Sarkis

A separação dos poderes em Portugal, em especial o semipresidencialismo 149

António Francisco de Sousa

Big data e o regulamento geral de proteção de dados da União Europeia 170

Ana Sofia Carvalho
Isabel Restier Poças

Responsible AI licenses- a real alternative to generally applicable laws? 178

Kamil Szpyt

Breves notas sobre a evolução recente do processo electrónico em processo civil no ordenamento português 187

Lurdes Varregoso Mesquita

Apontamentos críticos sobre o depoimento pessoal por videoconferência 196

Luiz Gustavo Levate
Vinícius Lott Thibau

Editorial, Revista Ibérica do Direito, vol. 1, n.2, 2020, jul-dez.

Fábio da Silva Veiga¹

A Revista Ibérica do Direito – RID – inaugura o seu segundo número apresentando 16 artigos jurídico-científicos, elaborados por autores provenientes de instituições universitárias brasileiras, espanholas, italianas, portuguesas e polonesas.

Na presente edição, a RID moderniza-se no âmbito digital e passa a contar com uma nova página web, atualizada na versão Open Journal Systems 3.3.0.3, um sistema em acesso aberto para a administração e publicação de revistas desenvolvido, suportado, e distribuído gratuitamente pelo Public Knowledge Project sob a licença GNU General Public.

Com o propósito de divulgar a investigação jurídica Iberoamericana e europeia, a RID envida esforços para cumprir com os seus objetivos. Nesse sentido, na presente edição publica-se 11 artigos em língua portuguesa, 02 artigos em língua espanhola, 01 artigo em língua inglesa e 02 artigos em língua italiana.

É oportunidade também de informar aos nossos leitores que a RID ao longo dos últimos meses procurou aumentar as hipóteses de leitura do público, para isso, a revista obteve a indexação em novos repositórios institucionais, como a DIALNET da Espanha (maior base bibliográfica das ciências jurídicas e sociais em língua espanhola), EuroPub, Google Scholar, Base (Alemanha), PKP Index (Canadá), além do registo na Biblioteca Nacional de Portugal.

Com os cumprimentos académicos,

Porto, julho de 2020

Fábio da Silva Veiga

Editor-Chefe da Revista Ibérica do Direito

¹ Doutor em Direito Comercial pela Universidade de Vigo, Espanha. Prémio Extraordinário de Tese de Doutoramento pela Universidade de Vigo. Professor de Direito Comercial da Universidade de Almeria, (2020). Professor “venia docendi” na Universidade de Las Palmas de Gran Canaria (2019). Professor colaborador do Mástter em Abogacia da Universidade Europeia de Madrid (2016 a 2018). Foi bolsista DPE da Fundação Capes do Ministério da Educação do Brasil entre 2014 e 2018, onde desenvolveu investigação na área de Direito Comercial na Universidade Complutense de Madrid e Universidade de Alcalá. É presidente do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR –, Portugal. Contato: fabiojus@gmail.com

Recebido: 01.06.2020

Aprovado: 14.08.2020

Universidade de Alicante
Espanha

Volume 1, Número 2,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

Crisis del mercado de trabajo y retos de protección social en la nueva era tecnológica. Especial referencia al caso español

Labour market crisis and social protection challenges in the new technological era. Special reference to the Spanish case

David Montoya Medina¹

Sumario: 1. Introducción. 2. El futuro del trabajo. 3. El trabajo del futuro. 4. Retos de protección social frente a la revolución tecnológica. 5. Bibliografía.

Resumen: El presente estudio discurre en torno a los principales efectos que la revolución tecnológica viene proyectando sobre las relaciones de trabajo deteniéndose especialmente en su incidencia en el mercado de trabajo español caracterizado, como se sabe, por su alto nivel de desempleo. Desde una perspectiva cuantitativa, el estudio apunta los efectos negativos que sobre el empleo puede tener en nuestro país la proliferación de las nuevas tecnologías. Ello se debe fundamentalmente a que nuestro mercado de trabajo todavía no se ha recuperado de la última recesión económica y a los importantes déficits en competencias digitales de nuestra población. Desde una perspectiva, cualitativa el estudio analiza el impacto que en el modelo español de relaciones laborales pueden tener los conocidos efectos de la polarización de los trabajos y la transformación de las figuras clásicas de empleador y trabajador. En último lugar, el estudio dedica una última parte a poner de relieve los importantes retos de protección social que va a plantear el desempleo tecnológico. A tal efecto, se analizan críticamente algunas de las propuestas más conocidas en este ámbito (renta básica de ciudadanía, reducción del tiempo de trabajo e imposición fiscal a los robots o cotización social por los mismos) y sugiere concretas medidas de acción legislativa.

Palabras clave: Nuevas tecnologías. Desempleo. Disrupción tecnológica. Protección social.

Abstract: This paper focuses on the main effects that the technological revolution has been projecting on labour relations, especially in the Spanish labour market, characterized, as it is known, by its high unemployment level. From a quantitative perspective, the study points out the negative effects that the proliferation of new technologies may have on employment in our country. This is mainly due to the fact that our labour market has not yet recovered from the last economic recession and to the significant deficits in digital skills of Spanish population. From a qualitative perspective, the study analyzes the impact that the well-known effects of job polarization and the transformation of the classic figures of employer and worker can have on the Spanish model of labour relations. Lastly, the study devotes a final part to highlight the important social protection challenges that technological unemployment will pose. To this end, some of the best-known proposals in this area (basic income for citizenship, reduction of working time and robots taxation or social contribution) are critically analyzed and concrete measures for legislative action are suggested.

Keywords: New technologies. Unemployment. Technological disruption. Social protection.

¹ Profesor Titular Universidad. Universidad de Alicante (España). David.Montoya@ua.es

1. Introducción

Como es sabido, la automatización, la robotización y la proliferación de la inteligencia artificial son fenómenos exponenciales e imparables que afectan a todos los órdenes de nuestra vida y que, desde luego, no constituyen una moda pasajera sino que han venido para quedarse e ir a más. Por ello, es inevitable que los que nos dedicamos al estudio de las relaciones laborales nos preguntemos qué repercusiones está produciendo la llamada “disrupción tecnológica”² sobre las relaciones de producción y qué retos de protección social plantea. A ambas cuestiones quisiera referirme a continuación.

Probablemente, el principal temor asociado a la proliferación masiva de las nuevas tecnologías es el de su impacto sobre el empleo. Al respecto se plantean dos grandes cuestiones. Una, es la relativa a cuál es el futuro del trabajo y, por tanto, concierne a cómo incidirá cuantitativamente el despegue tecnológico en el empleo y, por tanto, cuánto empleo se creará y cuánto se destruirá con ocasión de la irrupción masiva de las nuevas tecnologías en las relaciones de producción. La otra cuestión implica plantearse cuál será y cómo será el trabajo del futuro, esto es, qué tipo de empleo emergerá en los próximos años a consecuencia de la tecnificación.

2. El futuro del trabajo

Todo el mundo está de acuerdo en que la irrupción de las nuevas tecnologías constituye un arma de doble filo pues provocará dos efectos de signo opuesto sobre las relaciones de producción. Por una parte, permitirá producir más bienes y servicios en menos tiempos lo que se traducirá positivamente en un aumento de la productividad. Pero, por otra parte, es probable que, a corto/medio plazo, incida negativamente en el empleo, sobre todo en los puestos de trabajo de perfil clásico.

El problema es ponerle cifras. Hay un interesante Informe del Foro Económico Mundial, de enero de 2016, (The Future of Jobs)³ que presenta perspectivas poco halagüeñas. Afirma que, entre los años 2015 y 2020, la digitalización de la economía conllevará, en los quince países más industrializados del mundo, la creación de 2 millones de nuevos empleos y la desaparición de 7 millones de puestos de trabajo, lo que arroja un saldo negativo de 5 millones de empleos menos. Hay estudios que afirman que entre un 40-50% de los puestos de trabajo actuales corre el riesgo de quedar completamente obsoletos en los próximos años debido a la automatización y a la robotización.

El caso es que dicha tendencia, de materializarse, puede ser especialmente preocupante en España singularmente por dos razones ya apuntadas por la doctrina⁴. En primer lugar, porque somos un país, ya de por sí, con un alto nivel de desempleo. Tenemos una tasa de desempleo del 14, 41%, la segunda tasa más alta de la UE

2 Sobre el alcance de dicha expresión, cfr. CRUZ VILLALÓN, J. “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas laborales* n° 138, 2017, págs. 21 y 22.

3 World Economic Forum “The Future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution”, 2016, pág. 13.

4 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L y PÉREZ DEL PRADO, D. “Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y de empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica”. *Fundación para el Diálogo Social*, 2017, págs. 20 y 21.

después de Grecia, lo que significa que todavía no hemos recuperado todo el empleo que se perdió durante la crisis que se inició en 2008. Si a nuestro paro estructural debemos sumar la pérdida de empleo que se produzca a consecuencia de la digitalización, y de la ralentización de la economía que se avecina, en el futuro inmediato se pueden alcanzar cifras de desempleo claramente preocupantes.

En segundo lugar, todo apunta a que, previsiblemente, sea ingente la cantidad de trabajadores que necesitarán formación adicional para no perder la carrera tecnológica. Las cifras eso indican. Ya a fecha de hoy, se puede constatar la existencia de una gran brecha entre la formación que ofrecen las Universidades y el sistema de formación profesional y las demandas tecnológicas del mercado de trabajo, pues abundan los titulados en Humanidades y escasean los egresados en Ciencias, Tecnología e Ingeniería. A fecha de hoy en España, según una encuesta de la patronal de empresas tecnológicas, DigitalES, al menos 10.000 puestos de trabajo en el sector tecnológico están sin cubrir por falta de perfiles cualificados⁵. En este sentido, la doctrina ya ha venido denunciando el desajuste actualmente existente en España “entre la demanda de profesionales en tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) por parte de las empresas, y la disponibilidad de trabajadoras/es con las cualificaciones requeridas (especialmente, aquellas relativas al denominado perfil STEM)”⁶.

Por tanto, es evidente que la formación digital de la población activa constituye uno de los grandes caballos de batalla para afrontar el desempleo tecnológico. Expresado en términos coloquiales, una de dos: o nos ponemos las pilas en formación tecnológica o nos tocará traer personal cualificado de fuera, como ha acontecido en otros países de nuestro entorno. Los indicadores aquí manejados sugieren que si en nuestro país no se produce un revulsivo en materia de formación profesional para el empleo en el ámbito de las nuevas tecnologías, que permita anticiparse a las necesidades demandadas por las empresas⁷, no tendremos otra alternativa que incorporar personal cualificado procedente de otros países.

Ahora bien, esa es la visión “tecnopesimista” del futuro inmediato. Hay posiciones “tecooptimistas” que sostienen que no viviremos un apocalipsis robot. Que la caída masiva del empleo no es más que un gran bluf porque la digitalización determinará un incremento de la productividad y con ello nuevos puestos de trabajo y un incremento de los niveles de vida. Se ha argumentado que los países más avanzados tecnológicamente como EEUU y Japón fueron los que crearon más empleo con los avances tecnológicos de los años 80 y 90 en comparación con lo que ocurrió en Eu-

5 <http://www.expansion.com/economia-digital/2018/07/03/5b3bb2e6e2704edc5f8b4675.html>

6 ROCHA SÁNCHEZ, F. “La digitalización y el empleo decente en España. Retos y propuestas de actuación”, en AAVV. Conferencia Nacional tripartita. El futuro del trabajo que queremos. Vol. II. OIT y Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, pág. 270.

7 La inmensa mayoría de la doctrina pone el acento en ello. Cfr. CRUZ VILLALÓN, J. “La transformación de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, op. cit., pág. 34. CASTRO ARGÜELLES, M^a. A. “El Derecho del Trabajo ante los nuevos modelos organizativos y el emprendimiento”, en AAVV. Conferencia Nacional tripartita. El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional tripartita. OIT, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, vol II, 2017, pág. 356. GOERLICH PESET, J. M^a “¿Repensar el derecho del trabajo? Cambios tecnológicos y empleo. Gaceta Sindical nº 27, 2016, pág. 179. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L y PÉREZ DEL PRADO, D. “Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y de empleo...”, op. cit., págs. 7, 20 y 21. ROCHA SÁNCHEZ, F. “La digitalización y el empleo decente en España. Retos y propuestas de actuación”, op. cit., pág. 270.

ropa⁸. En suma, los tecnooptimistas sostienen que la tecnificación no destruirá el empleo sino que cambiará su composición como así ha acontecido en el pasado.

Es difícil saber qué va a pasar. Desde mi punto de vista, resultan comprensibles ciertas posiciones que alertan de los efectos perniciosos, de todo orden, asociados a la proliferación masiva de las nuevas tecnologías. También concurren motivos sobrados para las posiciones tecnopesimistas. Sin embargo, creo que nuestra actitud no puede ser la de resistencia al cambio pues se trata de una batalla perdida. Como ha señalado la doctrina, en unas relaciones de producción cada vez más tecnificadas “resulta tan ingenuo como inútil” pretender que el volumen de empleo, el tipo de trabajo y de trabajadores continúen siendo exactamente los mismos⁹. La clave está en que sepamos reaccionar a la avalancha tecnológica para que la aparición de nuevas formas de trabajo no suponga, al mismo tiempo, nuevas formas de fraude, explotación laboral y desprotección social.

3. El trabajo del futuro

Aparte del futuro del trabajo, la segunda pregunta a abordar es la de cómo será el trabajo del futuro. Pues bien, sobre el particular se pueden vislumbrar, entre otros muchos, tres grandes cambios que resultan ya constatables hoy en día.

En primer lugar, es lugar común hablar de que la tecnificación está produciendo cada vez más una polarización entre los trabajos más cualificados y los más simples. Los trabajos de nivel intermedio se tecnifican y desaparecen mientras que los más simples y los más cualificados se mantienen. A medida que se intensifica la utilización de las nuevas tecnologías, desaparecen los empleos de nivel intermedio, de carácter más rutinario, por la tecnificación de los mismos, mientras que se mantienen los trabajos más simples o rudimentarios, ya que no merece la pena tecnificarlos, aunque sea a costa de una mayor precariedad contractual y salarial. Permanecen también inmunes a la tecnificación los puestos de trabajo más cualificados, pues mientras no se desarrolle suficientemente la inteligencia artificial sigue siendo necesaria la intervención humana en la ejecución de determinadas tareas como son, singularmente, las de gestión, dirección y mando, así como las de control sobre los procesos tecnológicos. Y es que dicho tipo de tareas requieren la implicación personal del trabajador y el desarrollo de destrezas difícilmente convertibles en rutina¹⁰.

Desde mi punto de vista, no resulta tan nítido ese efecto de la polarización porque, si bien, se mira ahora mismo están siendo objeto de tecnificación tanto puestos no cualificados, como es el caso de las cajas de los supermercados como otros de más alta cualificación que exigen una gran carga cognitiva como es la concesión de operaciones de crédito en las entidades financieras. Bankia, por ejemplo, ya está utilizando eficaces sistemas de inteligencia artificial para esas tareas, por no hablar del robot Watson, creado por IBM, que está ofreciendo resultados asombrosos en

8 CAVAS MARTÍNEZ, F. “Reflexiones sobre el trabajo y su papel en la actual sociedad de la información”, *Aranzadi Social* n° 10, 2004, edic. online, pág. 7, nota a pie n° 31.

9 SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. “Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo”, en AAVV. Conferencia Nacional tripartita. El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional tripartita. OIT, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, vol. II, 2017, pág. 301.

10 En este sentido, MERCADER UGUINA, J.R. “La robotización y el futuro del trabajo”. *Trabajo y Derecho* n° 27, 2017, pág. 4.

la ciencia médica y jurídica. En resumidas cuentas, creo que la automatización, a la larga, terminará afectando a todo tipo de puestos sin distinción, lo que no hace sino agravar el problema del empleo. Por otra parte, justo es reconocer que dicho riesgo de polarización entre puestos de trabajo cualificados y los que no lo son no resulta tan visible en España por nuestro bajo nivel de industrialización así como por la abundancia, ya de por sí, de empleo de baja y muy baja cualificación¹¹.

Otro efecto común que se asocia a la revolución tecnológica es el de la crisis del modelo clásico de trabajador y crecimiento del empleo autónomo. La doctrina ya ha advertido que los nuevos modelos empresariales conllevarán, mayor externalización de actividades e, inexorablemente, un auge del trabajo autónomo¹² porque internet ha difuminado los parámetros clásicos de tiempo y lugar de la prestación de trabajo. Permite que los trabajos se pueden fragmentar en infinidad de pequeñas tareas que se pueden ofertar en la red y desempeñar sin condicionantes de espacio y tiempo.

Ahora bien, conviene no olvidar que esta alarma sobre el crecimiento del trabajo por cuenta propia no es nueva. De hecho, ya durante los años noventa, debido a la globalización de la economía, la expansión de los servicios y de las nuevas tecnologías, se alertaba de ello¹³. Como se ha puesto de manifiesto, algunas posiciones, llegaron a vaticinar la desaparición del trabajador tradicional por la transformación del empleo subordinado en empleo por cuenta propia, efecto que no llegó realmente a producirse porque los tribunales fueron flexibilizando las notas de laboralidad (particularmente la dependencia) facilitando la aplicación de las normas laborales a nuevos tipos de actividades¹⁴.

Ahora algo similar está sucediendo con la irrupción de las plataformas digitales a las que se juzga con desconfianza ya que pueden representar fenómenos de huida del ordenamiento laboral. En algunos casos, probablemente sea así. Son sonados los casos de trabajos a demanda para plataformas digitales como Deliveroo, Glovo, en el ámbito del reparto de comida a domicilio, respecto de los que, por cierto, ya tenemos en España interesantes pronunciamientos judiciales aunque de signo opuesto.

Sin embargo, creo importante señalar que no todos los casos son iguales. No siempre se trata de servicios por cuenta ajena que ahora pasen prestarse por cuenta propia. Muchas veces, se trata de servicios diferentes, que requieren cierto dominio de las nuevas tecnologías, y en cuya prestación no es fácil encontrar los elementos de laboralidad. Buen ejemplo de ello son los trabajos ofertados por Amazon Mechanical Turk: trabajos de manejo de datos, de corta duración, para los que el trabajador utiliza medios propios con plena libertad organizativa¹⁵. En fin, creo que no se puede

11 SUÁREZ CORUJO, B. "La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la Seguridad Social", *Temas laborales* n° 141, 2018, pág. 41.

12 DEL REY GUANTER, S. "Sobre el futuro del trabajo: modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos", en AAVV. *El futuro del trabajo que queremos*. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017 Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid), 2017, pág. 364.

13 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. "La huida del Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales* n° 12, 1992, págs. 1 y ss.

14 CASTRO ARGÜELLES, M^a. A. "El Derecho del Trabajo ante los nuevos modelos organizativos y el emprendimiento", *op cit.*, pág. 3. Cfr., asimismo, la doctrina allí citada.

15 Sobre las características del trabajo para esta plataforma, cfr. GINÉS FABRELLAS, A. "Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo: el caso de Amazon Mechanical Turk", *Revista de Derecho Social y Empresa*, n° 6, 2016, págs. 66 y ss.

generalizar pues no todos los casos son iguales. Debemos evitar los apriorismos y ser muy cautelosos en las calificaciones jurídicas.

Eso sí, la aparición de estas nuevas fórmulas de trabajo pone sobre la mesa la cuestión de la protección jurídica y social de estos trabajadores que muchas veces no encajan ni en la figura del trabajador por cuenta ajena ni en la del trabajador autónomo. Hay propuestas para todos los gustos. Se ha propuesto dar una vuelta más de tuerca a la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE) para reforzar sus derechos. Sin embargo, ello pudiera ser poco operativo pues los TRADES actualmente sólo son 10.000. Además, se corre el riesgo de que las plataformas utilicen esta figura para encubrir verdaderas relaciones laborales. También se ha sugerido crear una nueva relación laboral especial para los trabajadores de plataforma¹⁶ e, incluso, se han lanzado propuestas valientes como la de Alan Supiot: ir más allá de la tutela del empleo subordinado y diseñar un estatuto jurídico de la actividad profesional del trabajador desde su formación inicial hasta su jubilación¹⁷. Dicha propuesta creo que es muy sugerente y ambiciosa pero poco realista pues parece difícil, si no imposible, pretender regular con los mismos mimbres realidades tan dispares como el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena.

Junto a la crisis del modelo clásico de trabajador, existe un cambio en la fisonomía de las empresas. Internet ha propiciado que el modelo tradicional de empresa, cuyo tamaño es medido por el número de trabajadores que ocupa esté siendo eclipsado por la irrupción de empresas financieramente solventes, pero muy ligeras de plantilla, casi líquidas o evanescentes. Por ejemplo, cuando Instagram fue comprada en 2012 por Facebook por valor superior a 1.000 millones de dólares, apenas superaba la docena de empleados. Otro ejemplo bien visible es el de JD.com, una plataforma china de comercio electrónico parecida a Ali Express que inauguró el año pasado un centro en Shanghái que procesa 200.000 pedidos diarios y ocupa tan sólo cuatro trabajadores.

En pocas palabras, las empresas adelgazan, pero ello no significa que reduzcan su volumen de negocio. Además, la eclosión de las plataformas online está favoreciendo un fenómeno de “despersonalización” de la figura del empresario, pues no está claro quién ocupa la posición de empleador respecto del trabajo que se realiza para la plataforma y, por tanto, quién asume las obligaciones laborales propias de la posición de empleador¹⁸.

Este fenómeno de la empresa líquida puede provocar serias distorsiones en España, por ejemplo, en la aplicación de las medidas de fomento de empleo dirigidas a las PYMES. Puede ser discutible que se puedan beneficiar de estas ayudas públicas a la contratación estable empresas de este tipo ya consolidadas y muy sólidas financieramente que hayan optado por una plantilla reducida recurriendo a fórmulas alternativas a la contratación laboral directa. Y es que es de suponer que estas em-

16 TODOLÍ SIGNES, A. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, págs. 71 y ss.

17 SUPIOT, A. “Las vías de una verdadera reforma del Derecho del Trabajo”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 5, 2016, pág. 512.

18 En este sentido, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a. L. y PÉREZ DEL PRADO, D. “Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y de empleo”, *op. cit.*, pág. 27.

presas contratarán los trabajadores que necesiten y cuándo los necesiten con independencia de los estímulos públicos a la contratación laboral, que resultan claramente estériles e ineficaces en estos casos¹⁹. Creo, por tanto, que habría que revisar los criterios para la concesión de este tipo de ayudas y no ponderar tanto la dimensión de la plantilla de la empresa cuanto otros factores como su trayectoria en el mercado y su nivel de facturación.

4. Retos de protección social frente a la revolución tecnológica

Por lo que concierne al segundo de las dos grandes cuestiones planteadas al inicio de esta comunicación, los retos de protección social que plantea el desempleo tecnológico, ahora mismo existen varias propuestas sobre la mesa.

En primer lugar, es frecuente plantear el tema de la conveniencia de introducir una renta básica universal para todos los ciudadanos con el doble propósito de corregir desigualdades y de dotar de una renta de subsistencia a los desempleados²⁰. A mi modo de ver, son diversas las circunstancias que dificultan seriamente la implantación de esta medida en España. Ciertamente, en nuestro país, la propuesta no se encuentra suficientemente madura, cuenta con importantes problemas de financiación, y parece contar con más detractores que defensores. Resulta muy significativo que la medida fuese rechazada en Suiza por referéndum y que en Finlandia se instaurase experimentalmente para solo 2.000 personas durante dos años, transcurridos los cuales, gobierno y oposición estuvieron de acuerdo en no continuarla.

Diferente a la renta básica de ciudadanía es el denominado ingreso mínimo vital que ha sido introducido en España, por vez primera, a través del Real Decreto Ley 20/2020, de 29 de mayo. Este ingreso ha sido instaurado con fundamento en el art. 41 de la Constitución Española que garantiza en nuestro país la existencia de un régimen público de Seguridad Social dirigido a dispensar la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad. Para ello la norma pretende asegurar un determinado nivel de rentas a todos los hogares en situación de vulnerabilidad con independencia del lugar de residencia a través de un ingreso mínimo vital como una prestación más de Seguridad Social de tipo no contributivo. Una prestación que pretende corregir la desigualdad en la distribución de la riqueza entre los hogares, que se acentuó con la crisis económica, y que coloca en riesgo de pobreza y de exclusión social a las personas que carezcan de suficientes recursos económicos para la cobertura de sus necesidades básicas.

Adviértase, no obstante que, a diferencia de la llamada renta básica de ciudadanía, la percepción del ingreso mínimo vital, como prestación no contributiva de Seguridad Social que es, se condiciona a la insuficiencia de ingresos del beneficiario (arts. 7.1 b) y 8 RDL 20/2020, de 29 de mayo). Desde este punto de vista, no se pueden atribuir al ingreso mínimo vital los inconvenientes antes señalados respecto de

19 CASTRO ARGÜELLES, M^a. A. "El Derecho del Trabajo ante los nuevos modelos organizativos y el emprendimiento", op. cit., pág. 349.

20 Sobre el particular, cfr., entre otros, RAVENTÓS PAÑELLA, D. "La renta básica un derecho de existencia ciudadana". Temas para el debate nº 103, 2003, págs. 15 y ss. PARODI, G. F. "La renta básica ciudadana. Opción frente al desempleo tecnológico y la corrupción". *Academ. Revista de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades*, (online) vol. 2, nº 1, 2015, págs. 1 y ss.

la renta básica de ciudadanía fundamentalmente el relativo a su financiación pues, como es sabido, esta última es una prestación que, por lo general, no se condiciona a la insuficiencia de ingresos del beneficiario. El ingreso mínimo vital, en cambio, tiene un ámbito subjetivo más reducido ya que protege solamente a los colectivos de mayor vulnerabilidad económica. Ello hace la medida no solamente más viable económicamente sino también más plausible desde el punto de vista de la evidente mejora en la cobertura que su introducción ha representando para nuestro sistema de Seguridad Social.

Otro debate que lleva ya tiempo suscitándose es el de la reducción de la jornada semanal con el propósito de redistribuir mejor el empleo existente y facilitar la colocación de los parados. Su introducción en España parece también difícil. Autorizadas voces doctrinales han dicho que esta propuesta se asienta en un presupuesto erróneo: “la falacia de la cantidad fija de trabajo”²¹ Consiste en asumir que, en cada país, la cantidad de trabajo viene predeterminada objetivamente, que es como un pastel que hay que repartir bien para que haya para todos. Como señala a posición doctrinal aquí citada, debe advertirse que ello no es necesariamente así. El número de empleos viene determinado por multitud de factores entre los que está el nivel de inversión privada y pública en función de la productividad. Si fuese así de sencillo, como también apunta la señalada posición doctrinal, bastaría con reducir por ley la jornada semanal para acabar totalmente con el paro. Conviene recordar que la medida se implantó en Francia pero con escasa eficacia y un elevado coste para las empresas y para el Estado, lo que permite dudar seriamente de su viabilidad en España.

Un tercer debate gira en torno a la propuesta de establecer una cotización o, en su caso, tributación por la incorporación de robots al proceso productivo. El objetivo es trasladar a las empresas que robotizan parte de los costes sociales derivados de la robotización por cuanto la destrucción de empleo que lleva aparejada implica una disminución de cotizaciones sociales y aumento de gasto en prestaciones de desempleo, comprometiendo la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social.

Desde mi punto de vista, la propuesta parece razonable si se tiene en cuenta el adverso escenario de desempleo tecnológico que se nos avecina. Sin embargo, también es cierto que su implantación suscita numerosas dudas aplicativas: ¿qué fórmula utilizar: cotización o impuestos?; ¿por qué tipo de robots se debería cotizar o tributar? (habría que definir el término “robot”); ¿cuántos robots generarían la obligación legal?; ¿durante cuánto tiempo se mantendría la obligación de cotizar o tributar? Aparte, se ha dicho que la medida podría desincentivar el desarrollo tecnológico en las empresas y podría desequilibrar la presión fiscal entre distintos países, colocando en desventaja competitiva a aquellos países que la implantasen frente al resto²². Con todo, como he dicho, creo que la propuesta es razonable y merece ser tomada en serio a la vista del grave problema de desempleo tecnológico que se nos avecina. Es cierto que existen muy diversas incertidumbres y dificultades pero, si bien se mira,

21 MERCADER UGUINA, J.R El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica. Tirant lo Blanch (Valencia), 2017, págs. 234 y 235.

22 En esta línea, GÓMEZ SALADO, M. A. “Robótica, empleo y seguridad social. La cotización de los robots para salvar el actual estado del bienestar”. Revista internacional y comparada de relaciones laborales y Derecho del empleo, vol. 6, nº 3, 2018, págs. 139 y ss.

todas pueden ser salvables.

Aparte de las anteriores propuestas que todavía no están suficientemente maduras en España, desde mi punto de vista, existen dos medidas que sí sería viable adoptar de forma inmediata para paliar los efectos del desempleo tecnológico.

Una que, a mi juicio, resultaría absolutamente prioritaria es la aprobación de un Plan nacional de formación digital que podría ser coordinado por el Estado y ejecutado por las CCAA con la implicación de las organizaciones empresariales y los sindicatos. Dicho plan tendría que prestar especial atención a la formación digital de los desempleados, en especial de los mayores que acusan un paro de larga duración, ya que son menos permeables a la formación tecnológica.

En segundo lugar, a mi modo de ver, convendría dotar de mejor cobertura a la actual prestación por desempleo para facilitar las transiciones entre un empleo y otro. Téngase en cuenta que, conforme a las estadísticas, una parte importante de los contratos celebrados tienen una duración inferior al año. A consecuencia de la escasa duración de los contratos, muchos trabajadores no consiguen causar derecho a la prestación por no reunir el periodo de cotización mínimo de 360 días. Por ello, para extender la población protegida por la prestación, podría ser interesante rebajar a la mitad la duración de ese periodo (180 días) aunque ello representase, al tiempo, una rebaja en su cuantía.

5. Bibliografía

CASTRO ARGÜELLES, M^a. A. “El Derecho del Trabajo ante los nuevos modelos organizativos y el emprendimiento”, en AAVV. Conferencia Nacional tripartita. El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional tripartita. OIT, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, vol II, 2017.

CAVAS MARTÍNEZ, F. “Reflexiones sobre el trabajo y su papel en la actual sociedad de la información”, Aranzadi Social n^o 10, 2004.

CRUZ VILLALÓN, J. “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, Temas laborales n^o 138, 2017.

DEL REY GUANTER, S. “Sobre el futuro del trabajo: modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos”, en AAVV. El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid), 2017.

GINÉS FABRELLAS, A. “Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo: el caso de Amazon Mechanical Turk”, Revista de Derecho Social y Empresa, n^o 6, 2016.

GOERLICH PESET, J. M^a “¿Repensar el derecho del trabajo? Cambios tecnológicos y empleo. Gaceta Sindical n^o 27, 2016

GÓMEZ SALADO, M. A. “Robótica, empleo y seguridad social. La cotización de los robots para salvar el actual estado del bienestar”. Revista internacional y comparada de relaciones laborales y Derecho del empleo, vol. 6, n^o 3, 2018.

MERCADER UGUINA, J.R El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica. Tirant lo Blanch (Valencia), 2017.

MERCADER UGUINA, J.R. “La robotización y el futuro del trabajo”. Trabajo y Derecho nº 27, 2017.

PARODI, G. F. “La renta básica ciudadana. Opción frente al desempleo tecnológico y la corrupción”. *Academo. Revista de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades*, (online) vol. 2, nº 1, 2015.

RAVENTÓS PAÑELLA, D.” La renta básica un derecho de existencia ciudadana”. *Temas para el debate* nº 103, 2003.

ROCHA SÁNCHEZ, F. “La digitalización y el empleo decente en España. Retos y propuestas de actuación”, en AAVV. Conferencia Nacional tripartita. El futuro del trabajo que queremos. Vol. II. OIT y Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L y PÉREZ DEL PRADO, D. “Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y de empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica”. Fundación para el Diálogo Social, 2017.

RODRÍGUEZ-PIÑÉRO Y BRAVO-FERRER, M. “La huida del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales* nº 12, 1992.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. “Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo”, en AAVV. Conferencia Nacional tripartita. El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional tripartita. OIT, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, vol. II, 2017.

SUÁREZ CORUJO, B. “La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la Seguridad Social”, *Temas laborales* nº 141, 2018.

SUPIOT, A. “Las vías de una verdadera reforma del Derecho del Trabajo”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 5, 2016.

TODOLÍ SIGNES, A. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2017.

WORLD ECONOMIC FORUM “The Future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution”, 2016.

Recebido: 15.05.2020

Aprovado: 01.07.2020

Universidade de Coimbra
Portugal

Volume 1, Número 2,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt



Biomedicina reproductiva e direitos humanos

Biomedical reproductive biotechnology and human rights

João Proença Xavier¹

Sumário: I. Biomedicina reproductiva e direitos humanos. II. Gestação de Substituição: Principal contexto Europeu. III. Considerações finais.

Resumo: Este estudo comparado, sobre gestação de substituição, pretende fazer um breve comentário, relativamente ao impacto natural na legislação das novas possibilidades reprodutivas trazidas pelas actuais técnicas de Reprodução Medicamente Assistida, analisando comparativamente a Legislação de RMA Europeia sobre gestação de substituição, a qual actualmente se encontra suspensa no caso português, criando um impacto social e clínico que aos olhos de um jurista, nos dá indicação que (quer a comunidade médica quer a sociedade em geral), não estão actualmente preparadas, pretendendo dar uma nota positiva sobre a utilização desta técnica reproductiva apontando para a necessidade de homogenização da legislação internacional sobre este tema.

Palavras - Chave: Direitos Humanos; Gestação de Substituição; Biomedicina; Reprodução Medicamente Assistida; Biotecnologia.

Abstract: This comparative Study, about subrogated maternity wants to put out a brief commentary concerning the natural impact on Law of the new reproductive possibilities brought out from new Medically Assisted Reproduction technics, though the comparative of RMA European legislation on surrogacy, which is nowadays suspended in the Portuguese case, creating social en medical impacts that in the eye of a jurist, will give indication they (society and medical community) are not actually prepared for, giving a positive insight to the use of this reproductive technique, pointing out the necessity of legislative homogenization of this theme in an internacional level.

Key Words: Human Rights; Surrogacy; Biomedicine; Medically Assisted Reproduction; Biotechnology.

¹ Professor Visitante da Universidade de Las Palmas de Gran Canária - Faculdade de Ciências Jurídicas ULPGC (Programa Erasmus +) para Mobilidade Docente. Professor Doutoramento em Direitos Humanos pela UNIVERSIDADE DE SALAMANCA Integrado no CEIS20 Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX da UNIVERSIDADE DE COIMBRA joao.xavier@uc.pt. ADVOGADO EUROPEU com Insígnia do Ilustre Colégio de Abogados de Salamanca. Membro da SPMR - Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução.

I. Biomedicina reproductiva e direitos humanos

Luis González Morán, chama a atenção para a pluralidade terminológica utilizada para denominar esta figura: “maternidade subrogada”, “maternidade por substituição”, “gestação subrogada”, “gestação de substituição”, “mãe de aluguer” o “madre portadora” “chegando a chamar-se “barriga ou ventre de aluguer”. Conforme indicado pelo autor González Moran no seu livro de 2006 “Da Bioética ao Biodireito...”: Chama-se maternidade subrogada ou de substituição, “aquela que se origina por gestação de um ser humano no útero de uma mulher, em nome e por comissão ou encargo de outra mulher a quem se entregará o/a recém nascido/a como mãe própria”² Sobre esta problemática³ em 2014, a Estimada Vera Lúcia Raposo na sua fenomenal Tese de Doutoramento: “O Direito à Imortalidade – O Exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto do Embrião in Vitro”, escreve cit.” Outra questão que se coloca relativamente ao conteúdo do direito à reprodução é saber se é exigível, que o sujeito que o reivindica utilize o seu próprio material genético (o que implica colocar o acento tónico num qualquer vínculo biológico), ainda que porventura venha posteriormente a prescindir da criança e a entrega-la a terceiras pessoas (...)” como é o caso da maternidade por substituição, (...) (poderão estas mulheres actuar nesse papel invocando os seus direitos reprodutivos?); ou seja se basta que esteja envolvido o material genético do respectivo cônjuge ou companheiro, associado aqui o direito reprodutivo à protecção da unidade familiar (o que nos recorda particularmente o caso do elemento feminino do casal contraente, num contrato de maternidade de substituição gestacional e genética, em que o esperma pertence ao elemento masculino); ou se, pelo contrário, se nada disto é exigível, bastando que o sujeito pretenda trazer ao mundo uma criança para a educar e criar (o que apenas faz relevar o aspecto social, afectivo e legal da filiação) e, por conseguinte, para com ela estabelecer laços jurídicos (como é o caso dos contraentes num contrato com qualquer material biológico). Mesmo autores que se revelam bastante pródigos no momento de traçar contornos aos direitos reprodutivos parecem exigir qualquer tipo de conexão genética.”⁴

Joan Bestard Camps, Professor da Universidade de Barcelona, explica a este propósito o significado de ter “uma descendência própria”, defendendo que “próprio” significa várias coisas, sendo que o contexto do tratamento define o significado desta relação: 1- Relacionado geneticamente, 2- Tê-lo dado à luz, 3- Tê-lo gestado durante a gravidez. Para este Antropólogo, “próprio” “significa principalmente uma relação

2 Tradução nossa: Cit. González Morán L. “De la Bioética al Bioderecho...” pág. 672.

3 Ver: Artigo 8º nº2 da Lei Portuguesa de PMA - 32/2006 (...) «maternidade de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”(..)

4 Raposo, V. L. in, “Direito à imortalidade...” pág. 162 in fine: “Segundo cremos, a figura do direito reprodutivo implica, cumulativamente, a intenção de transmitir material genético e de estabelecer com a criança um laço jurídico de filiação, de forma a assumir os respectivos encargos. Quando exista apenas a primeira dimensão estamos em presença do direito de dispor do próprio corpo e do respectivo código genético; caso só exista a segunda estamos em presença do direito a constituir família. Nenhum deles se confunde com o direito reprodutivo, embora este seja uma das múltiplas dimensões do direito a constituir família.” Ver também Raposo, V. L. op. cit.: (Robertson, J. “Genetic Selection of Offspring Characteristics”, B.U Law review, 76, 1996, pág. 438) “É o caso de Robertson que, ao discutir se a clonagem deve ou não ser inserida no contexto do direito reprodutivos, restringe a sua aceitação aos casos em que a pessoa que se quer reproduzir réplica os seus próprios genes.”

biológica de algum tipo.” Portanto, defende, que na nossa cultura de autoconhecimento é fundamental para o desenvolvimento da identidade, na qual se inclui o conhecimento sobre as origens genéticas e sobre a paternidade biológica. Esta intenção comprova-se com a representação de diagramas e árvores genealógicas e pela ideia de continuação da descendência familiar. Para Bestard Camps: “A relação básica é uma relação biológica, as outras são uma metáfora entre elas (os padrinhos, os filhos adotados, os padrastos). No entanto, dadas as possibilidades de doações (dações) de gâmetas nas técnicas de reprodução assistida se incluem novas “ficções” e novos significados para o “próprio”.⁵ Para este autor (onde a cultura tem a sua própria natureza), o processo reprodutivo réplica no microcosmos do individuo esta cosmologia moderna da natureza (onde): “os pais têm os seus próprios filhos”...”E estes parecem-se com os seus pais e durante o processo da infância desenvolvem alguns aspectos da sua natureza que os tornam diferentes e individuais. Para isso, é fundamental a interação, ou melhor, a relação que se estabelece entre pais e filhos, a relação do “dia-a-dia de que falam os nossos estudiosos, uma relação não só baseada na natureza, mas também na criança”.⁶ No mesmo sentido, como Vera Lúcia, entendemos que falamos aqui do direito a ter filhos e não da obrigação de os ter, diferentemente das teorias italianas do período da II Guerra Mundial de Mussolini, que cobrava impostos a todos os que não queriam ter filhos, argumentando que o crescimento populacional enriquecia a Pátria e era dever imperativo Nacional de todo o cidadão. De acordo com a Professora de Coimbra destacada em Macau, “também não nos solidarizamos” com a doutrina oficial da Igreja que considera que a procriação é um dever conjugal, elevado a ser o motivo principal e primeiro do casamento católico.

II Gestação de Substituição: Principal contexto Europeu.

No artigo 10 das Leis Espanholas 35/1988 e 14/2006, determina-se que: “será nulo el contrato...”, ver: (Artículo 10.) Gestación por sustitución “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación...” (e na Lei Española Actual da PMA),⁷ no mesmo sentido da Lei Portuguesa de PMA (Lei 32/2006), vejamos o : Artigo 8.º (Maternidade de substituição): “1 — São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição. 2 — Entende-se por «maternidade de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. 3 — A mulher que suporta uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da

5 Cit.: Bestard Camps, J. “Tras la Biología – La moralidad del parentesco y las nuevas tecnologías de reproducción”, Ediciones de Universidad de Barcelona, Barcelona 2004, pág. 30 y 31.

6 Véase: Bestard Camps, J. “Tras la Biología –...”, pág. 32.

7 Véase: Art. 10 de La Ley 14/2006.

criança que vier a nascer.”⁸

Em Inglaterra na Acta de Acordos ou Disposições de Sub-rogação de 1985 não se proíbe a maternidade de substituição, no entanto condena-se a negociação de tais acordos com o fim lucrativo. A Lei inglesa (Human Fertilisation and Embryology Bill) de 1 de Novembro de 1990 (Act) Meaning of “mother”:E+W+S+N.I.“(1)The woman, who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.(2) Subsection (1) above does not apply to any child to the extent that the child is treated by virtue of adoption as not being the [F1woman’s child]F1 .(3)Subsection (1) above applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs.”^{9 10}

Na Alemanha, a Lei alemã de 13 de Dezembro de 1990 indica num parágrafo único:¹¹ (Tradução nossa): 1. Será sancionado com pena privativa de liberdade de até três anos ou com pena de multa quem: 1) Proceder a transferir para uma mulher...

A Lei alemã de protecção do embrião, n. 745/90 de 13/12/90¹² estabelece: Art. 1.- Art. 1.- Utilização abusiva das técnicas de reprodução. 1. Será sancionado com pena privativa da liberdade de três anos ou com pena de multa quem: 1) Transferir para uma mulher óvulo de outra; 2) Fecundar artificialmente um óvulo com fins de iniciar uma gravidez noutra mulher de quem provem o óvulo; 3) Transferir para uma mulher mais de três embriões num mesmo ciclo; 4) Fecundar por transferência de gâmetas intratubárica (GIFT) mais de três óvulos num mesmo ciclo; 5) Fecundar mais óvulos do que os que se pode transferir para uma mulher num mesmo ciclo; 6) Retirar um embrião de uma mulher antes da sua implantação no útero, com vista a transferi-lo a outra mulher ou utilizando-o com fins diferentes aos da sua protecção; 7) Praticar uma fecundação artificial ou transferência de embrião humanos para uma mulher disposta a abandona-lo de forma definitiva a favor de terceiros logo após o seu nascimento. 2. Será sancionado com as mesmas penas: 1) Quem favorecer a penetração artificial de um espermatozóide humano ou um óvulo humano ou: 2) Introduzir artificialmente um espermatozóide humano num óvulo humano, com fim distinto de iniciar uma gravidez na mulher donde provem o óvulo. 3. Não serão sancionadas: 1) Nos casos contemplados no parágrafo 1, incs. 1,2 e 6, a mulher da qual provem o

8 Ver: Sobre este asunto a opinião de González Moran, “De la Bioética al Bioderecho...”cit. pág. 672 Y 674 in fine: “quiere ponerse en evidencia que, si a pesar de la calificación jurídica de dicho contrato, éste se realiza al menos en su aspecto material, no tendría efectos: es decir, que los comitentes no estarían obligados a entregar a la gestante el precio convenido, si lo hubiere habido, ni la gestante estará obligada a entregar al hijo nacido. De ahí que la filiación será determinada...” Para este autor: “Así firmada la nulidad de este contrato, entiendo que no tiene mayor trascendencia encasillarlo dentro de los negocios tipificados en nuestro Ordenamiento, como hacen con diversa fortuna los autores, que suelen calificarlo jurídicamente o como un contrato de arrendamiento de obra entre el médico, la mujer, la madre y la madre gestante, o un contrato de arrendamiento de servicios o un contrato de alquiler en el que lo que se alquila es el vientre la gestante.”

9 Versão: “Latest available” (Revised) 2008.

10 Sobre este assunto a opinião de González Moran “De la Bioética al Bioderecho...”cit. pág. 674 in fine: “pre-sunción legal de maternidad” (...) “y en el art. 30.1 y b (dista ley inglesa) prevé la posibilidad de que un tribunal pueda determinar la paternidad legal del matrimonio o de la pareja que hayan recurrido a esta técnica reproductiva. Y en artículo 36 (de la misma ley) modifica la Ley de acuerdos de Subrogación de 1985: “Ningún acuerdo de subrogación podrá ser ejecutado coactivamente por o contra ninguna de las personas participantes.”

11 Alemanha: Lei de protecção do embrião, n. 745/90 del 13/12/90.

12 http://www.cgajdh.salud.gob.mx/descargas/rh/03_sistema_regional_europeo/01_consejo_de_europa/CE001.pdf (Consultada en 20/08/2015).

óvulo ou o embrião, nem aquela a quem tiver sido transferido o óvulo, ou a quem tiver sido previsto transferir o embrião. 2) Nos casos contemplados no parágrafo 1, inc. 7, a mãe de substituição, nem sequer a pessoa que deseja tomar a seu cargo o bebé de forma definitiva. 4. Nos casos contemplados no parágrafo 1, inc. 6 e parágrafo 2, a tentativa é susceptível de sanção penal.” Assim, na Alemanha ficam sem sanção os comitentes destinatários, a gestante, atribuindo-se as sanções de carácter penal, exclusivamente aos profissionais médicos/clinicos que executem as técnicas.

Na França, a Lei francesa 94-653 prevê sanções penais para quem “faça a mediação” entre pessoa ou casal que queira ter um filho|a e uma mulher que autorize ter uma gravidez a “pedido” e venha a “devolver o filho” ao final.

Na Grécia, a Lei grega 3089/2002 de 23 de Dezembro sobre PMA, estranhamente em nosso entender, autoriza a gestação de substituição, mas sujeita esta opção a garantias muito restritivas: comprovada esterilidade da mulher comitente (requerente), provas da boa saúde da mulher gestante, autorização judicial com acordo escrito entre todas as partes em que cabe o consentimento escrito do marido da mulher gestante se esta for casada, etc.¹³

O Ilustre Jubilado Professor Catedrático de Direito da Família e Sucessões da Universidade de Coimbra, Guilherme de Oliveira, autor de entre outros fantásticos escritos sobre Bioética, da “polémica” obra de início dos anos noventa, “Mãe só há uma (duas)! O contrato de gestação”, nas palavras da sua orientada S. M. Magalhães, cit.: “O assunto está rodeado de melindres e frequenta com assiduidade a abordagem jurídica.”¹⁴ Até então, a maternidade estava exclusivamente associada e determinada pelo fenómeno do parto, sendo a adopção a única excepção jurídica a esta realidade.¹⁵

No entanto, diferentes ordenamentos têm vindo a decidir de forma diferente, veja-se o famosíssimo caso do “Bebé M” de 1987, onde o casal Stern, Elisabeth e William, realizaram um contrato de gestação com Mary Whitehead e o seu marido Richard, onde a gestante de substituição, neste caso Mary, abdicava de todos os direitos de maternidade sobre a criatura nascida de inseminação artificial, a favor do casal Stern, estes seriam responsáveis por todos os encargos e ainda deveriam pagar à mãe portadora (do seu “filho|a”) o valor de cerca de 10.000\$ dólares. Após muitas peripécias, o New Jersey Supreme Court, decidiu em 1988 que a filha entretanto nascida nestas circunstâncias, ficaria com aqueles que tivessem melhores condições para cria-la, e no final o Tribunal chegou á conclusão que a criança ficaria com o casal Stern.¹⁶

13 Em sentido conexo, Neves Barbas, S. M., “Direito ao Património Genético... nota de rodapé pág. 197, “A Lei Mesopotâmica, Código de Hammurabi, embora favorável à monogamia, autorizava o marido, no caso de uma mulher ser estéril, a ter relações sexuais com outra mulher com intuito procriativo, ou dava à mulher estéril a faculdade de oferecer ao marido a sua própria escrava para que tivesse filhos. Segundo aquele Código, o filho da escrava ficava excluído da herança.”

14 Magalhães, Sandra Marques, “Aspectos sucessórios da procriação.” Nota de rodapé pág. (80)

15 De Oliveira, Guilherme, “O Direito Civil em face das novas técnicas de investigação genética”..., pág. 157.

16 Oliveira, Guilherme, “Mãe há só (uma) duas! O contrato de gestação... pág. 94.

Nos Estados Unidos da América (EUA)¹⁷ indica Neves Barbas, que cito: ...”em 1983, um homem “alugou” por 10.000 dólares o útero de uma mulher casada (com o consentimento do marido desta) para nele fazer implantar um óvulo fecundado com o seu esperma. O contratante determinou que durante um mês a mulher não pudesse manter relações sexuais. Após o nascimento da criança, verificou-se que era mongolóide. O pai biológico não só se recusou a pagar o preço acordado, como também, a receber o bebé. A mãe de substituição, por sua vez, não quis a criança.”¹⁸

De Acordo, com o Princípio 11 da Resolução do Parlamento Europeu de 16/03/1989, sobre Fecundação Artificial In Vivo e In Vitro, nas palavras da Investigadora de Coimbra que cito: “...é de opinião que qualquer forma de maternidade de substituição é, em geral, de rejeitar: a mediação comercial com mães hospedeiras deve ser sujeita a sanções e devem ser proibidas as empresas que exerçam tal actividade, bem como o comércio de embriões e gâmetas.”¹⁹

Em Portugal, a Proposta de Lei Portuguesa sobre Técnicas de Procriação Medicamente Assistida, Lei nº 135/VII de 1 de Agosto de 1997, proíbe a maternidade de substituição e determina a nulidade do negócio jurídico, seja gratuito ou oneroso, mais determina que a sua promoção por qualquer meio seja considerada crime...

O Artigo 1882.º do Código Civil Português, com a epígrafe (Irrenunciabilidade) postula que: “Os pais não podem renunciar às responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que elas especialmente lhes conferem, sem prejuízo do que neste código se dispõe acerca da adopção.”²⁰

No mesmo sentido, na opinião da Mestre em Ciências Jurídico-Civilistas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Stela Marcos de Almeida Neves Barbas e na opinião da investigadora também de Coimbra, Sandra Marques Magalhães se entende que cit.: “...complexidade do tema gera tamanho desconforto que a tendência é a de não admitir a maternidade de substituição em nenhuma hipótese.” Aqui a passamos a citar, com jeito de conclusão crítica deste capítulo, uma vez que se aplica igualmente às duas Leis de PMA de 2006, Portuguesa e Espanhola em que focámos a nossa análise sobre esta controversa questão da gestação de substituição que aqui estudámos: “A PMA reclama uma redensificação do conceito jurídico de filiação e progenitorialidade, que não deriva necessariamente de dados biológicos, mas depende também de “valores sociais de responsabilidade que podem até

17 Sobre a distinta posição americana: Neves Barbas, S. M., “Direito ao Património Genético”...pág. 150, onde indica que nos EUA foram fundadas várias associações de parentalidade de subrogação, cit.: “National Center for Surrogate Parenting (N.C.S.P.), em Washington, ...”Infertility Center of NewYork”, em NovaYork,...”Surrogate Parent Foundation” (I.N.C.) na Califórnia.” Consultar também Magalhães, Sandra Marques, “Aspectos sucessórios da procriação.” ... pág. 50 cit.: “No Brasil não há vedação legal (formal) expressa à maternidade de substituição, e a prática vem sendo realizada por clínicas de reprodução assistida com amparo no que dispõe a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92, cujo item VIII a admite (com o nome de “gestação de substituição” ou “doação temporária de útero”), contanto que a “doadora temporária do útero” o faça de forma gratuita e pertença à família da “doadora genética” em parentesco até o segundo grau.”). Ver neste mesmo sentido, um autor que critica a Lei Espanhola de PMA, por não ser mais liberal com a possibilidade destes casos especiais considerarem “autorización” de la maternidad de sustitución: Lacadena, Juan Ramón, “La Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida: consideraciones científicas y éticas” en Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 24, 2006, pág. 168: “verdaderos casos de altruismo cuando una mujer no tiene útero pero sí ovarios y otra (una hermana, por ejemplo) se ofrece a gestar los embriones producidos por una fecundación in vitro”...

18 Neves Barbas, S. M., “Direito ao Património Genético”... nota de rodapé da pág. 229.

19 Neves Barbas, S.M., “Direito ao Património Genético”...pág. 151.

20 Redacção dada pela Lei nº 496/77 de 25 de Novembro.

contradizer a verdade biológica”, estando, por isso, estritamente ligados ao domínio sócio-afectivo.”²¹ A tudo o que anteriormente analisámos resta-nos acrescentar que ordenamento Espanhol de 2006 permanece vigente e sem alterações, mas o mesmo já no sucede com os ordenamento Português que desde 2006 já sofreu quatro “polémicas” alterações ao modelo traçado originalmente pela Lei 32/2006 de 26 de Julho dando origem às “Novas Leis” Portuguesas, a saber: Lei n.º 17/2016 de 20 de Junho, que: “Alarga o âmbito dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (procriação medicamente assistida)”; Lei n.º 25/2016 – diário da república n.º 160/2016, série I de 22 de Agosto que: “Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (procriação medicamente assistida)” e a Lei n.º 58/2017 de 25 de Julho “Quarta alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (Procriação medicamente assistida) sobre o destino dos espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico...”

Sendo certo que a “Nova Lei” sobre Gestação de Substituição: Lei n.º 25/2016 de 22 de agosto regula actualmente o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (procriação medicamente assistida) estando de momento em vigor em Portugal, muito se distinguindo do seu projecto inicial e do previsto pela sua congénere ibérica, oferecendo actualmente uma nova solução reprodutiva, que neste caso consiste na possibilidade da gestação de substituição aceite em Portugal pelo ordenamento português, mas que está longe de ser consensual para a Comunidade Médica e Científica, e que a Sociedade Portuguesa não teve tempo de debater nem a possibilidade de interiorizar facticiamente, o que sem dúvida terá muito impacto na Sociedade Nacional e indubitavelmente na Medicina Actual. E de que aqui apenas cito o 1º Artigo o Objecto para futura Reflexão:

“A “presente” lei regula o acesso à gestação de substituição nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez...” - Procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, alterada pelas Leis n.º 59/2007, de 4 de Setembro, e 17/2016, de 20 de Junho.

III Considerações finais.

Nestes termos, penso que serão necessárias muitas mais iniciativas como as do congresso de hoje, para poder levar a cabo esta árdua missão, e em tom de fecho, indico que ao nível da discussão pública e profunda destas matérias, este objectivo ainda não está a ser cumprido actualmente, pelo menos em Portugal... onde a legislação Portuguesa desde 2006 já sofreu quatro “polémicas” alterações ao modelo traçado originalmente pela Lei 32/2006 de 26 de Julho dando origem às 4 “Novas Leis” Portuguesas.

Sendo certo que o Tribunal Constitucional Português acabou recentemente de se pronunciar no Acórdão 225/2018 datado de 7 de Maio de 2018, declarando a in-

21 Anotação ao Artigo 20.º da Lei Portuguesa das Autoras: Silva, Paula Martinho e Costa Marta, “A lei da Procriação Medicamente Assistida – Anotada...” pág. 109, que citam: Amadeo Santosuosso, “Utero in affito: il difficile contratto”, in *Questione Giustizia*, n.º 2, 2000, pág. 375.

constitucionalidade, com força obrigatória geral, de várias normas da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho: os n.º 4, 10 e 11 do artigo 8.º, e as normas dos n.º 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excepcional e mediante autorização prévia; o n.º 8 do artigo 8.º, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários; bem como, o n.º 7 do artigo 8.º; o n.º 12 do artigo 8.º; as normas do n.º 1, na parte em que impõem uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamentem assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo as situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição, e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, determinando também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não se apliquem aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução onde já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho. O que demonstra que a discussão, que não foi ainda feita no passado, no âmbito destas controvertidas matérias terá que ser indubitavelmente ser feita no futuro, conforme sugere esta nossa reflexão; já que a lei portuguesa de gestação se encontra actualmente suspensa, deixando novas vidas literalmente “congeladas”, mantendo os embriões criopreservados sem utilização ou fim á vista, e terminado o anonimato dos doantes, só restando a possibilidade do material genético cruzar a fronteira para Espanha, onde democraticamente este anonimato ainda prevalece. Por isso, parece-nos correcta a decisão da lei Portuguesa de aceitação da gestação de substituição como técnica admissível de reprodução medicamente assistida, aliás posição inequivocamente suportada pela recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português plasmada no supracitado Acórdão 225/2018 de de 7 de Maio de 2018 sobre este assunto, e cujos argumentos, no nosso entender, devem ter respaldo na sustentação desta posição no ordenamento jurídico espanhol no sentido de aceitar esta técnica médica de reprodução assistida como técnica constitucionalmente legítima e de acordo com os direitos reproductivos integrantes do direito humano à saúde e de acesso à saúde, nos termos dos tratados internacionais de Direitos Humanos assinados por ambos os países. No entanto, relativamente ao próprio contrato, em si, de gestação de substituição, somos da opinião que ambos os países tem um longo caminho a percorrer, para que conjuntamente, ou não, possam encontrar um texto respeitador da dignidade humana, que o transformem num contrato válido no caso espanhol e conforme com a constituição no caso português, de acordo com as citadas recomendações do douto Tribunal Constitucional nacional, mais apontando, que na nossa opinião, não há qualquer justificação legal, para que não exista uma solução Ibérica única.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, F. – CARO, J. S., “Bioética y Ley en reproducción humana asistida”: Manual de Casos Clínicos, Comares, Granada, 2009.

ÁLVAREZ DÍAZ, J. A., “A El Estatus Biológico del Embrión Humano. Nuevas Repercusiones Bioéticas y Bio – jurídicas”, in Revista de Derecho y Genoma Humano, 2008.

ARA PINILLA, I., “El concepto de Derechos Fundamentales”, in Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1994.

CORTINA, Adela, “Bioética y Nuevos derechos humanos”, in Problemas actuales de los Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1994.

GOMES, José Antonio Cobacho, “Comentarios a la Ley 14/2006 de 26 de Mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, Thomson Aranzadi, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ MORÁN, L., “Aspectos Jurídicos de la Procreación Humana Asistida: Aspectos Técnicos, Éticos y Legales”, (Javier Gafo Ed.), Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998.

HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY (HFEA), “The HFEA guide to infertility and directory clinics”, 2005/2006.

IDIÁKEZ ITIZIAR, Alkorta, “El caso Evans y el Derecho a no ser forzado a procrear”, in Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 24, enero/Junio 2006, págs. 129 – 153.

LACADENA, Juan Ramón, “La Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida: consideraciones científicas y éticas” in Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 24, 2006, págs. 157 – 184.

LLEDÓ YAGUE F. Y OCHOA MARIETA C. Y MONJE BALMASEDA O., “Comentarios científico – jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Ley 14/2006 de 26 de Mayo”, Dykinson, Madrid 2007.

NETO, LUISA, “O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do Regime), Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

PÉREZ LUÑO A.E, “La Tercera Generación de Derechos Humanos”, Aranzadi, Navarra, 2006.

RAPOSO, Vera Lúcia, “O direito á Imortalidade – O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro” Almedina, Coimbra, 2014.

ROMERO CASABONA, C., “El Convenio de Derechos humanos y Biomedicina - Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español”, Comares, Bilbao- Granada, 2002.

ROMERO CASABONA, C., “La Constitución Europea, un núcleo de los Derechos Humanos de la Medicina y la Biología”, Revista Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano 2, nº 3, Coimbra, 2005, págs. 5 – 8.

SILVA PAULA MARTINHO E COSTA MARTA, “A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada”, Coimbra Editora – Grupo Wolters Kluwer, Lisboa, 2011.

SANTOS, Agostinho Almeida, “Reprodução Humana”, Ética em cuidados de Saúde”, Porto Editora, Porto, 1998, págs. 133 – 151.

XAVIER, João Proença, “Ensayo sobre la Problemática de los Embriones Excedentarios en la Reproducción Medicamente Asistida”, Tesina Doctorado “Pasado y Presente de Los Derechos Humanos, Salamanca, 2012.

XAVIER, João Proença; “Temas Fuertes de la Reproducción Asistida (en contexto ibérico)-Análisis comparativo da la Ley Española 14/2006 y la Ley Portuguesa 32/2006”, Universidad de Salamanca, 2016.

LEI PORTUGUESA de Procriação Medicamente Assistida:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo= (Lei 32/2006 pgdlisboa.pt versão Actualizada Lei 59/2007 de 4 de Setembro

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=930A0004&nid=930&tabela=lei_velhas&pagina=1&ficha=1&nversao=1 (versão Actualizada Lei 59/2007 de 4 de Setembro onde o Artigo 4.º DA LEI n.º59/2007 de 04 de Setembro - Aditamento à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho):

3 - É aditado o artigo 43.º-A à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (procriação medicamente assistida), com a seguinte redacção: ‘Artigo 43.º-A Responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas As pessoas colectivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos na presente lei.’

LEY ESPAÑOLA de Procreación Medicamente Asistida:

<http://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>

(Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Jefatura del Estado «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006 Referencia: BOE-A-2006-9292.

Il diritto privato oggi e il ruolo del giurista

Private law today and the role of the legal scholar

Mauro Grondona¹

Sommario: 1. Premessa; 2. Uso della storia e metodologia interdisciplinare; 3. Il ruolo del giurista tra tecnica e funzione sociale; 4. La formazione del giurista: qualche problema aperto.

Riassunto: Lo scritto si sofferma sulla questione del pluralismo giuridico quale portato della progressiva stabilizzazione della liberal-democrazia. Ciò fa sì che anche le tecniche di analisi giuridica e di argomentazione siano sottoposte a una complessiva riflessione critica, nel segno della interdisciplinarietà. Infatti, una società democratica in senso maturo è una società pluralista. Conseguentemente, è necessario che l'ambito giuridico sia in stretta relazione con l'ambito sociale, altrimenti accade che sistema giuridico e sistema sociale rimangono mondi a sé stanti, o comunque troppo poco interconnessi. Pertanto, l'apertura del diritto alle altre scienze sociali (ma anche alle scienze umane) è fondamentale per un migliore e progressivo adeguamento del diritto alla società. L'analisi giuridica non può infatti ridursi a un'analisi normativa, ma deve essere intesa quale analisi sociale. Conseguentemente, si pone anche un problema di rinnovamento del processo di formazione del giurista. Da un lato, perché la formazione del giurista è destinata a proseguire nella fase post-universitaria; da un altro lato, perché occorre riflettere sulla modalità di accesso alle classiche professioni legali, nella prospettiva di una formazione più ampia del futuro giurista.

Parole chiave: Giurista; Pluralismo culturale; Pluralismo giuridico; Liberal-democrazia; Interdisciplinarietà.

Abstract: The paper dwells on the question of legal pluralism as a result of the progressive stabilization of liberal democracy. This means that even the techniques of legal analysis and argumentation are subjected to an overall critical reflection, in the name of interdisciplinarity. In fact, a democratic society in the mature sense is a pluralist society. Consequently, it is necessary that the juridical sphere be in close relation with the social sphere, otherwise it happens that the juridical system and the social system remain worlds apart, or at least too little interconnected. Therefore, the opening of law to the other social sciences (but also to the human sciences) is fundamental for a better and progressive adaptation of law to society. In fact, legal analysis cannot be reduced to a normative analysis, but must be understood as a social analysis. Consequently, a problem of renewal of the process of formation of the jurist also arises. On the one hand, because the training of the jurist is destined to continue in the post-university phase; on the other hand, because it is necessary to reflect on the mode of access to the classical legal professions, in the perspective of a broader training of the future jurist.

Keywords: Jurist; Cultural pluralism; Legal pluralism; Liberal-democracy; Interdisciplinarity.

¹ Professore ordinario di Diritto privato. Università di Genova, Dipartimento di Giurisprudenza. E-mail: mauro.grondona@unige.it.

Recebido: 15.05.2020

Aprovado: 01.07.2020

Università di Genova
Itália

Volume 1, Número 2,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

1. Premessa

È sempre una gioia poter partecipare a un incontro di studio alla cui organizzazione hanno così intensamente collaborato, insieme agli amici padovani, giuristi brasiliani, ai quali, come giuristi italiani, ci lega il nome indimenticabile di Tullio Ascarelli, che in Brasile trovò il sicuro approdo dopo la fuga sua e della famiglia dalle leggi antiebraiche adottate dal regime fascista nel 1938².

Nei due giorni di fervidi lavori che sono ormai alle nostre spalle (ma il ricordo è ben saldo in noi tutti) sono stati sviscerati pressoché tutti gli ambiti della scienza giuridica, con non episodiche aperture al ben più vasto ambito delle scienze umane e sociali. Il che è segno di vitalità culturale e intellettuale: quella vitalità che è la cifra di ogni studioso degno di questo nome.

In queste brevi pagine mi propongo un compito molto modesto e circoscritto: riflettere sui volti dell'attuale diritto privato e quindi sul ruolo dei giusprivatisti. E forse queste considerazioni (che naturalmente guardano al contesto italiano) possono prestarsi per svolgere anche alcune considerazioni di portata più generale.

Parto dal seguente rilievo: gli studiosi italiani del diritto privato non sono del tutto indifferenti al problema della storia interna della propria disciplina³, per almeno tre ragioni:

i) nel passato (ormai remoto), il civilista di valore era anche, e prima di tutto, romanista, e dunque, come tale, ben attrezzato culturalmente per meglio apprezzare ciò che, con espressione consueta, si connota quale sviluppo storico di un fenomeno;

ii) nel passato, ma anche nel presente, accadeva e accade che il civilista sia aperto alla filosofia del diritto e alla teoria generale del diritto – focalizzandosi la prima soprattutto sui valori sottostanti al (e soprastanti il) diritto e la seconda sul linguaggio e sul discorso del diritto;

iii) nel passato, ma anche nel presente, si davano e si danno esempi di studiosi di formazione civilistica che poi si sono progressivamente spostati su terreni diversi, apportandovi contributi originali: segnatamente, il diritto comparato, l'antropologia giuridica, la sociologia del diritto, la storia del diritto.

Ciò porta a dire che il civilista odierno, soprattutto se giovane, ha a disposizione molti strumenti per riflettere sulla storia della cultura della propria disciplina, e quindi su se stesso; il che è appunto un buon modo per affrontare un esercizio di autoanalisi culturale⁴.

Il problema è se il giovane civilista di oggi ritenga (se non indispensabile, almeno) opportuno compiere questo lavoro di autoanalisi: del che è spesso lecito dubitare.

2 Su Ascarelli e il felice periodo brasiliano va ora visto il magnifico libriccino (arricchito da un ampio e inedito apparato fotografico) di STELLA RICHTER jr., Mario. Racconti ascarelliani. Napoli: Editoriale Scientifica, 2020.

3 Cfr. ALPA, Guido/MACARIO, Francesco (a cura di). Diritto civile del novecento: scuole, luoghi, giuristi. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

4 Fenomeno, del resto, sempre più diffuso all'interno di altre branche disciplinari: basta pensare al grande successo riscosso dall'analisi delle ideologie sottostanti ad una disciplina altamente tecnica – e perciò spesso, a torto, considerata come assiologicamente neutra: ma basta scorrere gli indici di una rivista come Quaderni di storia per rendersi conto che non è affatto così; e v. allora, poiché si tratta del fondatore della rivista, Canfora, Luciano. Le ideologie del classicismo. Torino: Einaudi, 1980 – quale la filologia classica).

2. USO DELLA STORIA E METODOLOGIA INTERDISCIPLINARE

Detto questo come premessa generale del discorso, farei due notazioni specifiche, lungo cui articolare l'intelaiatura del ragionamento, mosso da esigenze in primo luogo metodologiche.

La prima notazione attiene al significato della locuzione «uso della storia».

Non è da confondere la conoscenza storica (che inevitabilmente ha sempre a che fare con la storia delle idee, e dunque va, e deve andare, al di là di ogni limite disciplinare) con l'informazione storica, facilmente acquisibile di seconda mano e ancor più facilmente utilizzabile senza quel rigore frutto della consapevolezza (penso ad esempio alla spolverata di diritto romano che diverse monografie di diritto civile – un tempo più che oggi, per vero – contengono: qui non si ha alcuna vera ricerca storica, ma solo utilizzo di ricerche e di idee altrui).

Approcci del genere sono metodologicamente scorretti, perché guardano alla dimensione della storicità come a un fenomeno teoreticamente circoscrivibile in quanto ormai esaurito, e dunque come tale facilmente separabile dall'attualità.

Qui si apre senz'altro la questione del dialogo tra civilista e storico del diritto: un dialogo che – in quanto avviene tra giuristi – dovrebbe poter essere fruttifero per entrambi.

Ciò che si è appena osservato conduce allora, a mio avviso, alla necessità di rafforzare il profilo storico-culturale dell'approccio al diritto positivo.

Senza dover affrontare la questione del rapporto tra cultura giuridica e pensiero giuridico (locuzioni non sovrapponibili, come mostrano alcune pagine di Paolo Grossi, in specifica differenziazione dei «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico» dall'approccio impresso da Giovanni Tarello ai suoi pressoché coevi «Materiali per una storia della cultura giuridica»), è indubitabile che il fenomeno del diritto, pur avendo una propria unità interna storicamente accertabile (sotto il profilo dogmatico e con gli strumenti della dogmatica: una ricostruzione storica dei concetti è ben possibile e chi la compie fa opera meritoria), non ha titolo (né dovrebbe avere) per rivendicare alcuna autonomia (intesa quale separatezza, non già distinzione) rispetto al contesto politico e economico, sociale e culturale di cui esso è l'effetto e non la causa.

Ciò sposta l'attenzione, per usare una formula di sintesi, sul rapporto diritto/società. Serbatoio ricchissimo, per chi voglia indagarlo e per chi si attrezzi metodologicamente allo scopo.

Che la tendenza generale, almeno delle più giovani generazioni, vada in questa direzione, è anche il prodotto di quel progressivo consolidamento democratico, che è la via più breve al pluralismo giuridico: ne consegue allora che tale pluralismo giuridico è la necessaria conseguenza di quel diffuso pluralismo culturale tipico appunto delle democrazie consolidate. Un pluralismo giuridico con il quale il giurista, proprio in quanto esperto conoscitore e analista di un sottosistema tecnico che ha il suo fondamento nel sistema sociale, deve necessariamente fare i conti, posto che il sottosistema giuridico e il sistema sociale sono come tali necessariamente convergenti, anche se non necessariamente convergenti. E una teoria democratica adeguata allo svolgimento storico conosciuto dalle democrazie e quindi all'insegna del liberalismo

politico ha anche il compito di consentire al pluralismo sociale di svilupparsi senza assumere i tratti, né del particolarismo isolazionista, né dell'universalismo omologante, e quindi non rispettoso delle diversità.

Qui si registra però anche una prima difficoltà: nonostante, infatti, la proliferazione di studi culturalmente disponibili ad ascoltare la voce del pluralismo, quando poi si tratta di mettere in pratica certi insegnamenti da parte del giurista positivo, e quindi di utilizzare certi nuovi paradigmi in funzione normativa, sulla base, dunque, di un'argomentazione giuridica, l'atteggiamento tuttora piuttosto diffuso è quello della cautela e della prudenza; come se fosse preferibile separare la generica influenza culturale (ottima purché, e anzi in quanto, innocua) del non-giuridico, dal momento della individuazione della *regula iuris*, che resterebbe sotto il controllo della sola tecnica giuridica, quale sottosistema autosufficiente e soprattutto isolato dal restante contesto sociale.

La seconda notazione è strettamente connessa con la prima e attiene alla questione della interdisciplinarietà.

Naturalmente è vero che da tempo si sono elaborati tesi e programmi di lavoro a ispirazione interdisciplinare, ma è altrettanto vero che la reazione è stata poi di due tipi: o un netto rifiuto metodologico; oppure un apparente apprezzamento, proprio sotto il profilo metodologico, che poi però diventa – non paradossalmente – una critica (più o meno trasparente): il metodo interdisciplinare (quasi naturaliter) sarebbe particolarmente soggetto al rischio di sfociare nel sincretismo metodologico o, peggio, nell'anarchismo metodologico⁵.

Si tratta, a mio avviso, di un duplice errore.

Il primo errore sta nello stesso atteggiamento mentale conservatore, e come tale sempre destinato a soccombere (tranne che, forse, nel brevissimo periodo), posto che ciò che accade è destinato a prevalere su ciò che si pensa dovrebbe accadere.

Il che non significa affatto dire, naturalmente, che un certo tasso di conservatorismo (cioè di tradizionalismo culturale e metodologico) non sia sempre storicamente presente all'interno di ogni contesto sociale (e sarebbe senza dubbio criticabile ogni tentativo diretto a coattivamente ostacolarne la possibilità di incidere nella realtà, materiale e culturale); né significa che esso non possa condizionare lo svolgimento storico del processo sociale; significa piuttosto dire che ogni programma di conservazione del presente, qualunque sia il campo, è perdente, perché rifiuta la logica e la dimensione dello sviluppo storico, dunque rifiuta la dinamica culturale, propria invece di ogni fenomeno sociale, quale appunto è il diritto.

Il secondo atteggiamento rivela, ancora una volta, l'errore insito nell'eccessiva prudenza di chi teme che nel momento applicativo (che è, sì, momento intrinsecamente dogmatico, se però con dogmatica ci si limita a riferirsi, giusta la felice terminologia del filosofo Benedetto Croce – cui proprio Tullio Ascarelli fu particolarmente sensibile –, all'utilizzo dei concetti quali strumenti ordinatorî, che semplificano il ragionamento tecnico, e che non si applicano mai totalmente e rigidamente, ma sono soltanto strumenti di orientazione) occorra rimanere ancorati a una concezione statica (e quindi storica, e in certa misura assolutistica) del principio di legalità e di certezza

⁵ Utili ora alcune considerazioni a largo raggio di LIBERTINI, Mario. "Passato e presente nel diritto commerciale (A proposito di tre libri recenti)", in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, XLIX (2020), p. 735-771.

del diritto, le cui potenzialità meglio potrebbero essere invece oggi apprezzate, se collocate nella prospettiva dell'argomentazione interdisciplinare quale moderno fondamento del diritto.

3. IL RUOLO DEL GIURISTA TRA TECNICA E FUNZIONE SOCIALE

Credo sia indispensabile notare come rimanga tuttora piuttosto difficile per il giurista (e io penso in primo luogo al civilista, naturalmente) dar vita a una proficua interazione con altre branche del sapere, giuridico e non giuridico.

È un fatto che merita di essere considerato da vicino.

In prima battuta, per inquadrare meglio la questione, si potrebbe pensare alla vicenda della filologia classica (disciplina che indubitabilmente ha delle relazioni con il diritto, in quanto linguaggio tecnicizzato e in quanto strumento di analisi dei testi volto alla ricerca di un significato, anzi 'del' significato).

Richiamo il parallelismo diritto-filologia soprattutto per questa ragione: un rapido e anche superficiale sguardo allo sviluppo storico della filologia (che ha dunque a che fare con l'analisi del modo di far filologia) mette molto ben in evidenza quale difficile rapporto possa sorgere tra il testo e il contesto.

Di qui la divisione tra chi pensa alla filologia come tecnica di comprensione del testo a partire da se stesso e senza uscire da se stesso, e chi invece ritiene che per comprendere un testo sia indispensabile uscire da quel testo e penetrare il contesto di riferimento.

Difficile, anzi direi impossibile, affermare che il pluralismo metodologico – in qualunque settore esso operi – sia di per sé condannabile; e infatti, sempre per restare all'interno del campo della filologia, è noto che (per fissare un dies a quo) dalla seconda metà del novecento in poi essa si è avvalsa sempre più di studi e ricerche sviluppati da studiosi non propriamente filologi; e non già per abbandonare il testo ma per ritornare al testo provvisti di un quid pluris di conoscenza.

Mi sembra che il diritto sia ancora lontano, nell'abituale lavoro del giurista, da questa positiva e proficua contaminazione.

Ciò è a mio avviso un limite; e pertanto indico qui di seguito alcune possibili ragioni di una tale eccessiva cautela all'apertura interdisciplinare, nonché qualche possibile spunto propositivo.

Con l'avvertenza (e riprenderò il discorso in chiusura) che un approccio all'interdisciplinarietà (presi sul serio l'uno e l'altra) può produrre effetti favorevoli anche (e forse soprattutto) nel momento della formazione del giurista.

Partirei da un dato difficilmente contestabile: nei manuali di diritto privato è assai poco diffusa (per non dire del tutto assente; oppure, se presente, non opera nel momento dell'analisi della regola giuridica) l'idea che i) il diritto è (certamente) una tecnica, ma che ha senso e funzione solo se calata in un certo contesto politico/filosofico/sociale, e che ii) il vantaggio di apprendere la tecnica giuridica sta nel saper far cose con le regole (sotto questo aspetto certamente meritano approvazione e incoraggiamento, in Italia, le iniziative di Giovanni Pascuzzi, particolarmente attente a far sì

che si diventi non soltanto giuristi ma soprattutto giuristi consapevoli di ciò che si fa, perché si sa come, e perché, lo si fa)⁶.

D'altronde – se mi si permette questa notazione – è esperienza, credo, di ogni docente che il tasso di attenzione degli studenti (della maggioranza della classe) scende in modo proporzionale al tentativo dell'insegnante di collegare il cosiddetto dato normativo con problemi socio-politici più generali. Gli studenti avvertono tali tentativi come divagazioni non interessanti e non pertinenti, perché ci si trova in un corso di diritto privato e non di storia delle dottrine giuridiche (che peraltro in Italia neppure esiste).

È un fatto che giudico negativo, ma che naturalmente non dipende da una inesistente naturale refrattarietà degli studenti quanto piuttosto da una forma mentis tuttora consolidatissima (tra docenti e discenti) che fa coincidere lo studio del diritto con lo studio delle norme.

Anche qui servirebbe un poco di autoanalisi da parte dei giuristi, posto che – si sia giuristi soltanto teorici o si sia anche giuristi pratici – è comune l'esperienza di quanto margine di manovra consenta la tecnica argomentativa nel fondare una pluralità di soluzioni, l'una contrastante con l'altra.

Questo dato di fatto – lo ribadisco: un consapevole uso delle tecniche argomentative consente di mettere insieme buoni argomenti per fondare tesi diametralmente opposte – non può non essere letto nel senso che l'utilizzo del sapere concettuale, dogmatico, sistematico ha un così rilevante peso sostanziale (e quindi anche sociale) che deve essere massimo lo sforzo di assimilazione di esso, in funzione di una regolazione giuridica particolarmente sensibile alle questioni sociali che l'attualità pone e che devono essere risolte

Ma ancora troppi giuristi sono consciamente e inconsciamente convinti che la conoscenza delle tecniche giuridiche sia qualcosa di totalmente estraneo rispetto alla storia delle idee (giuridiche e non)⁷. Di qui una metodologia giuridica generale di carattere tendenzialmente auto-isolantesi dal cosiddetto «non diritto».

Non intendo peraltro ridurre (ammesso che sia corretto parlare di riduzione) la problematicità del diritto al suo rapporto con i valori (nonostante che anche su questa pacifica relazione la discussione sia tuttora aperta, e a volte anche aspra); penso piuttosto che la dimensione (non dirò più autentica – dato che anche la dimensione strettamente dogmatica è altrettanto autentica: ogni unilateralismo è un errore metodologico e sostanziale: di qui, a fortiori, un sicuro fondamento della pluralità metodologica) più ampia, e come tale più comprensiva e quindi più opportuna, per accogliere al suo interno variazioni e invariazioni del diritto sia la dimensione istituzionale.

L'idea, cioè, che il diritto, in quanto fenomeno sociale, non è altro che un tassello, un componente, un frammento della società. Il diritto esiste perché esiste la società; di qui la piena appartenenza del diritto alla storia sociale e alla storia della mentalità.

⁶ PASCUZZI, Giovanni. Il problem solving nelle professioni legali. Bologna: Il Mulino, 2017; PASCUZZI, Giovanni. La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica. 2a ed. Bologna: Il Mulino, 2018; PASCUZZI, Giovanni. Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali. 3a ed. Bologna: Il Mulino, 2019.

⁷ Un contributo assai rilevante – senza che si debba perciò interamente condividere – in questa direzione è il libro di DI DONATO, Francesco. La rinascita dello Stato. Bologna: Il Mulino, 2011.

Beninteso non esiste, non può e non deve esistere, un'unica prospettiva a partire dalla quale studiare il diritto; e infatti il diritto potrà anche essere soltanto studiato nella prospettiva interna (diritto come insieme di norme); resta però il fatto che il diritto, in quanto fenomeno sociale, non può essere ridotto alla prospettiva interna.

La dimensione istituzionale del diritto è a mio avviso, la più interessante, perché è la più ricca, e consente (anzi impone) allo studioso di entrare in contatto con altri settori del sapere: economico, filosofico, politico, ma ad esempio anche artistico e letterario, con indubitabili arricchimenti reciproci.

Certo, è vero che lo studioso che entra nel campo delle scienze umane e delle scienze sociali aspirando alla contaminazione, quando non addirittura all'assimilazione, ne esce profondamente rinnovato, forse anche un po' estraneo alla famiglia giuridica in senso stretto, cui precedentemente era appartenuto. Ma non credo che ciò sia un male, e del resto si tratta di una scelta che può anche essere ricondotta a una 'questione di gusti', e quindi alla sensibilità dello studioso.

Qui, evidentemente, mi muovo tra il piano descrittivo e quello prescrittivo: se, quindi, è verissimo che oggi il giurista, diciamo pure il civilista, è ancora convinto che l'apprendimento della tecnica giuridica sia un qualcosa di autonomo e, nei casi più gravi, di estraneo al contesto istituzionale di riferimento, è anche vero che troverei inopportuno e soprattutto sbagliato far travolgere il tecnicismo giuridico dall'approccio interdisciplinare.

Si tratterebbe, ancora una volta, di un unilateralismo a danno di un altro unilateralismo, che impedisce il progresso della conoscenza, e che, nelle nostre materie, può tradursi come acquisizione di una migliore consapevolezza della formazione, della strutturazione e della trasformazione degli aggregati sociali.

4. LA FORMAZIONE DEL GIURISTA: QUALCHE PROBLEMA APERTO

Posto che ogni tentativo di trasformazione radicale dell'individuo, della società e di ogni altro contesto organizzato è destinato al fallimento, e sarebbe anche intrinsecamente violento, si tratta allora, più pianamente, di applicare un approccio gradualistico al tema della formazione del giurista.

Non è certo questa la sede per individuare possibili strade percorribili; segnalerò soltanto un aspetto soffermandomi un po' più a lungo su uno specifico problema.

L'aspetto sul quale richiamo l'attenzione è il seguente: per scavalcare quelle barriere tuttora molto ben presenti tra materie positive e materie cosiddette culturali (ma spesso chi usa questa espressione lo fa in deterius) si potrebbe pensare a una cooperazione tra giuristi (termine con cui intendo denotare chiunque si occupi del fenomeno giuridico: d'altronde in altri Paesi, e penso in particolare agli USA, il professor of law ben può occuparsi di materie anche apparentemente distanti tra di esse: ma è proprio l'apparente distanza che rende proficua la riflessione e la ricerca; non per ridurre ad unità ciò che ha caratteri di differenza, ma per capire le connessioni reciproche, sempre ben presenti).

Naturalmente una cooperazione attiva tra giuristi di diverse discipline e non giuristi è impresa non facile, e al momento, in Italia, non c'è un luogo (cioè, se non altro,

una rivista, cartacea o telematica) all'uopo predisposto.

Ed ecco il problema, che ha direttamente a che fare con la formazione dell'esperto di diritto – pratico e/o teorico che sia.

L'incredibile facilità con cui – grazie alle banche dati – è possibile reperire i testi integrali delle sentenze, a prima vista potrebbe far dire che si è felicemente realizzata la nota speranza di Gino Gorla, alla ricerca spasmodica della ratio decidendi delle sentenze, e quindi nella logica del precedente autentico⁸. Ma tutto ciò è possibile solo se le circostanze di fatto sono il più possibili chiare.

In realtà, non è così, perché nel senso che le riviste giuridiche sono tendenzialmente tornate (con qualche eccezione) a pubblicare le sentenze non integralmente (appunto perché il lettore che lo voglia potrà, con minimo sforzo, disporre del testo integrale).

Ora, proprio l'abbondanza telematica di materiali giurisprudenziali fa a mio avviso tornare di grandissima attualità la lezione di Gorla e le esigenze – diciamo pure teoretiche – ad essa sottostanti.

È cioè oggi indispensabile e urgente ritornare a uno studio della sentenza che consenta di ricostruire gli orientamenti giurisprudenziali, laddove si ha la tendenza, spesso, a leggere la sentenza in relazione a se stessa, senza compiere quello sforzo sistematico di collocare il precedente in un contesto più ampio (di modo che si possa evitare di attribuire un valore uguale e indistinto alla pronunce di Cassazione, come se ciascuna di esse costituisse di per sé un precedente; naturalmente, è molto più facile commentare una sentenza isolandola dal flusso giurisprudenziale, che non ricostruire l'orientamento giurisprudenziale a partire da una determinata sentenza).

Ma si tratta di un'operazione che il giurista – se non altro quello accademico – non può non compiere, altrimenti viene meno a un dovere fondamentale: conoscere il diritto vivente per ciò che esso è (qui viene in luce l'importanza del momento ricognitivo-descrittivo, che non può essere trascurato).

Eppure (forse anche per la progressiva eliminazione dei seminari dai corsi universitari italiani di diritto) sembra prevalere invece la tendenza (nel contesto della lezione accademica, e in particolare nei corsi avanzati), o a considerare la massima un buon surrogato della sentenza, o a pensare che la lettura di qualche sentenza per esteso possa essere soddisfacente, sotto il profilo della ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali.

Naturalmente non è così, e del resto non può essere dubbio che il modo in cui si imposta la lezione è conseguenza di ciò che si pratica come studiosi.

L'ho detto più sopra: ridicolo sarebbe un programma rivoluzionario, ma certamente è indispensabile (se non modificare, quanto meno) interrogarsi su che cosa ha da essere il giurista nella società aperta, complessa, pluralista, e su come questo giurista debba essere formato.

Sotto tale profilo, occorre anche chiedersi se non sia oggi opportuno avvicinare la funzione formativa dell'Università alla scuola superiore, nella consapevolezza che la formazione del giurista certo non si esaurisce con il termine del ciclo universitario,

⁸ Su questi aspetti va vista la lucida presa di posizione di LUPOLI, Maurizio. "L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?", in *Contratto e Impresa*, 1999, vol. 15, fasc. 1, p. 234-262).

dovendo essere completata con la frequenza di uno o più corsi post lauream (e ciò in attesa che il reclutamento di avvocati, magistrati e notai possa essere rimesso a una selezione incentrata sulla frequenza di apposite Scuole istituzionalizzate, superando il concorso pubblico e l'esame di Stato – entrambi largamente insoddisfacenti e inefficienti nel reclutamento delle persone effettivamente più preparate e che, anzi, mortificano l'appartenenza del diritto alle scienze sociali).

BIBLIOGRAFIA

ALPA, Guido/MACARIO, Francesco (a cura di). Diritto civile del novecento: scuole, luoghi, giuristi. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

Canfora, Luciano. Le ideologie del classicismo. Torino: Einaudi, 1980.

DI DONATO, FRANCESCO. LA RINASCITA DELLO STATO. BOLOGNA: IL MULINO, 2011.

LIBERTINI, MARIO. “PASSATO E PRESENTE NEL DIRITTO COMMERCIALE (A PROPOSITO DI TRE LIBRI RECENTI)”, IN QUADERNI FIORENTINI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO, XLIX (2020), P. 735-771.

LUPOI, Maurizio. “L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?”, in Contratto e Impresa, 1999, vol. 15, fasc. 1, p. 234-262).

PASCUZZI, Giovanni. Il problem solving nelle professioni legali. Bologna: Il Mulino, 2017.

PASCUZZI, Giovanni. La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 2018.

PASCUZZI, Giovanni. Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali. 3a ed. Bologna: Il Mulino, 2019.

STELLA RICHTER JR., MARIO. RACCONTI ASCARELLIANI. NAPOLI: EDITORIALE SCIENTIFICA, 2020.

Recebido: 15.05.2020

Aprovado: 01.07.2020

Universidade de São Paulo
Universidade São Luis
Brasil

Volume 1, Número 2,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt



O título de crédito: do papel ao digital no Brasil

The title of credit: from paper to digital in Brazil

Marco Aurélio Gumieri Valério¹

José Fernando dos Santos Campos²

Sumário: 1. Introdução; 2. Os títulos de crédito previstos na legislação brasileira; 3. Fixação da Teoria dos Títulos de Crédito no Brasil; 4. A criação de títulos de crédito eletrônicos; 5. A circulabilidade do título de crédito eletrônico; Conclusão; Bibliografia

Resumo: O Direito de Empresa, em especial o Direito Creditício, passa por profundas transformações carreadas pela tecnologia. Princípios que embasavam até mesmo a definição do título de crédito, como a cartularidade, foram postos em xeque e hoje, convivemos naturalmente com documentos eletrônicos, cuja regulamentação busca garantir sua validade, eficácia e exigibilidade. Esse artigo objetiva analisar a evolução dos títulos de crédito no Brasil, do papel ao digital, enumerando suas espécies, suas características e as principais dúvidas que ainda pairam sobre eles.

Palavras-chave: Brasil; cartularidade; evolução; títulos de crédito eletrônicos.

Abstract: Corporate law, especially credit securities, undergoes profound transformations brought about by technology. Principles that even supported the definition of the credit title, such as cartularity, were put in check and today, we live naturally with electronic documents, whose regulation seeks to guarantee their validity, effectiveness and enforceability. This article aims to analyze the evolution of credit securities in Brazil, from paper to digital, listing their species, their characteristics and the main doubts that still hang over them.

Keywords: Brazil; cartularity; evolution; electronic credit securities.

¹ Professor da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA-USP); Professor do Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (Prolam/USP). Membro da Comissão Especial de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo (OAB/SP)

² Bacharel em Direito pela Faculdade São Luís, de Jaboticabal/SP; Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelião de Notas de Dumont/SP

1. Introdução

Devido às suas peculiaridades geográficas, culturais, fatores tecnológicos, clima, etc., os países produzem suas riquezas de forma heterogênea, razão porque sempre necessitaram recorrer às constantes trocas mercantis. Visando permitir que essas transações pudessem ser incrementadas, as nações criaram regras entre si, estabelecendo acordos, tratados, num movimento crescente que, quando atingida a modernidade, tornou necessário uniformizar as regras e tratados de direito mercantil existentes entre esses diversos Estados pelo volume expressivo e complexo das permutas entabuladas. Foi mediante concessões recíprocas que surgiram as Leis Uniformes de Genebra editadas na década de trinta do século passado, sendo que o Brasil manifestou sua adesão a tal normativa somente em 26 de agosto de 1942 em Berna, na Suíça.

O Congresso Nacional Brasileiro, nos termos do art. 66, inciso I, da Constituição Federal de 1946 em vigor à época, aprovou as Convenções por meio do Decreto Legislativo n. 54 de 8 de setembro de 1964. A seu turno, o Poder Executivo, pelo Decreto n. 57.663, de 24 de janeiro de 1966 promulgou as Convenções sobre Letra de Câmbio e Nota Promissória; posteriormente pelo Decreto n. 57.595 de 7 de janeiro de 1966, promulgou as Convenções relativas aos Cheques alterada que foi pela Lei n. 7.357 de 2 de setembro de 1985 e, por último, veio a Lei n. 5.474 de 18 de julho de 1968, que criou as Duplicatas e Triplicatas, conferindo-lhe as garantias básicas de endossabilidade e inoponibilidade de exceções ao portador de boa-fé.

Mencionadas leis passaram a disciplinar a letra de câmbio, a nota promissória e o cheque, tendo em vista serem as cambiais mais utilizadas nas operações internacionais de crédito, fazendo nascer posteriormente a duplicata e a triplicata, criação do direito mercantil brasileiro, sendo de todas as mais utilizadas.

A base do conceito de títulos de crédito, assim se positivou na legislação uniforme, conferindo a esses documentos natureza comercial, e uma vez confeccionados com as formalidades e requisitos essenciais, passaram a ter natureza de bem móvel, com função de título de apresentação, de resgate ou de circulação, que consubstancia obrigação líquida e certa, com eficácia processual abstrata, configurando obrigação quesível e, uma vez emitido, tem em regra, natureza pro solvendo.

Esse artigo objetiva analisar a evolução dos títulos de crédito no Brasil: da cartula, exigência básica para sua circulabilidade no passado, ao eletrônico, quando se abandona o aspecto físico do documento no presente.

2. Os títulos de crédito previstos na legislação brasileira:

Na esteira das Leis Uniformes, surgiu uma expressiva gama de espécies de títulos de crédito no direito brasileiro, todos regulados por leis especiais, sendo eles:

- (i) Letra de Câmbio e a Nota Promissória – Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, alterado pelo Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966 – Lei Uniforme de Genebra, conhecida entre nós como LUG;

- (ii) Cheque - Lei nº 7.357, de 2 de setembro de 1985;
- (iii) Duplicata Comercial e a Duplicata de Serviço – Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968, alterada pelo Decreto-lei nº 436, de 17 de janeiro de 1969;
- (iv) Conhecimento de Depósito e o Warrant – Decreto nº 1.102, de 21 de novembro de 1903;
- (v) Conhecimento de Transporte – Decreto nº 19.473, de 10 de dezembro de 1930;
- (vi) Letra Hipotecária – Lei nº 7.684, de 2 de dezembro de 1988;
- (vii) Cédula Rural Pignoratícia, Cédula Rural Hipotecária e Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária, Nota de Crédito Rural, Nota Promissória Rural e a Duplicata Rural – Decreto nº 167, de 14 de fevereiro de 1967;
- (viii) Letra Imobiliária – Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964;
- (ix) Certificado de Depósito Bancário – Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965;
- (x) Cédula de Crédito Industrial e a Nota de Crédito Industrial – Decreto-lei nº 413, de 9 de janeiro de 1969;
- (xi) Ações de Sociedade por Ações, Certificado de Depósito de Ações, Partes Beneficiárias, Debênture, Certificado de Depósito de Debênture, Cédula de Debênture, Bônus de Subscrição de Ações e Certificado de Bônus de Subscrição de Ações – Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;
- (xii) Bilhete de Mercadoria – Lei nº 165-A, de 1890;
- (xiii) Cédula Hipotecária – Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966 e Resolução nº 228, de 4 de julho de 1972 do Banco Central do Brasil;
- (xiv) Certificados de Depósitos em Garantia – Lei nº 4.718, de 14 de julho de 1965, art. 31;
- (xv) Certificado de Investimento e Cédula de Crédito à Exportação – Resolução nº 145, de 14 de abril de 1970 do Banco Central do Brasil;
- (xvi) Cédula de Crédito Comercial e Nota de Crédito Comercial – Lei nº 6.840 de 3 de novembro de 1980;
- (xvii) Cédula de Produtor Rural - CPR – Lei nº 8.919, de 22 de agosto de 1994;
- (xviii) Certificados de Energia Elétrica – Instrução nº 267, de 1º de agosto de 1997, da Comissão de Valores Mobiliários;
- (xix) Certificados de Recebíveis Imobiliários – CRI – Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997;
- (xx) Conhecimento de Transporte Multimodal de Cargas – Lei nº 9.611, de 19 de fevereiro de 1998;
- (xxi) Cédula de Crédito Bancário – Medida Provisória nº 2.161-35, de 23 de agosto de 2001, e Medida Provisória nº 2.160-25, de 23 de agosto de 2001;
- (xxii) Certificado de Cédula de Crédito Bancário – Medida Provisória nº 2.161-35, art. 19;
- (xxiii) Cédula de Crédito Imobiliário – Medida Provisória nº 2.223, de 4 de setembro de 2001;
- (xxiv) Certificado de Depósito Agropecuário – CDA e o Warrant Agropecuário – WA – Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio – CDCA, Letra de Crédito do Agronegócio – LCA e o Certificado de Recebíveis do Agronegócio – CRA – Lei 11.076, de 30 de dezembro de 2004.

Vale dizer que a incorporação das Leis Uniformes ao nosso ordenamento não foi tranquila. Uma verdadeira celeuma foi provocada pela tradução deficiente das leis uniformes genebrinas; pelos problemas quanto à sua introdução no direito positivo

pátrio; pela questão das reservas legais; pelas posteriores alterações, que acabaram por provocar inclusive o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que firmou entendimento de que as normas da LUG poderiam ser modificadas ou revogadas por lei posterior, sem necessidade de prévia denúncia do Poder Executivo ao organismo internacional competente.

Não se pode olvidar, contudo, que a legislação essencial sobre títulos de crédito vem cumprindo até aqui o seu papel regulatório de maneira muito satisfatória.

3. Fixação da Teoria dos Títulos de Crédito no Brasil

Preliminarmente, é de se dizer que o Código Civil (Lei n. 10.406, de 01 de janeiro de 2002) não revogou a supracitada legislação cambial. Veja-se que, se por um lado o estatuto civil dedica todo um título aos títulos de crédito (VIII do Livro III, artigos 887 a 926), de forma que se poderia pensar que houve uma revogação da legislação especial, por outro, o art. 903 é claro ao determinar que: “Salvo disposição em diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste código”, deixando patente o caráter supletivo de aplicação da novel legislação.

Relativamente ao direito intertemporal, oportuna a menção ao Enunciado n. 52 do Conselho de Justiça Federal, formulado em 12 de setembro de 2002, referente ao aludido art. 903, onde se reconheceu que: “as disposições relativas aos títulos de crédito não se aplicam aos já existentes”. Tal enunciado, como é evidente, faz nada mais do que aplicar o chamado princípio do *tempus regit actum*, positivado em nossa legislação pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Sem desconsiderar do problema de direito intertemporal, fato é que as disposições previstas no Título VIII do Código Civil, a respeito dos títulos de crédito, têm simultaneamente duas funções, a primeira de regular os títulos atípicos e, a segunda, de criar uma teoria geral dos títulos de crédito, que regulará, subsidiariamente, na ausência de disposição específica à lei especial, os títulos de crédito típicos.

O triunfo da teoria do crédito reside no despertar do legislador para a importância de se criar uma teoria geral dos títulos de crédito. Tal intenção, longe de ser mera conjectura, foi registrada oficialmente na exposição de motivos do código - Mensagem nº 170 de 06.6.1975, do então Ministro da Justiça, Armando Falcão - valendo dele sintetizar quatro pontos: (I) compreensão do Código Civil como lei básica, mas não global, do Direito Privado; (II) atualização do código então vigente não só para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresariais e nos demais setores da vida privada; (III) a não guarida senão aos institutos e soluções normativas já dotadas de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva, doutrina e jurisprudência a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contratos em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica; (IV) a dação ao Código, antes de um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio

da “realizabilidade”, em função das forças sociais operantes no país, para atuarem como instrumentos de paz social e desenvolvimento.

Ao registrar os princípios que o nortearam, o legislador deixou clara sua adesão à teoria de Cesare Vivante, ou seja, à teoria geral dos títulos de crédito. Em tal sistema existem normas básicas, de aplicação geral, com a possibilidade da criação de títulos de crédito atípicos. Tal orientação é importante na medida em que a legislação se mostra menos insensível às mudanças socioeconômicas e, longe de engessar, constitui mais um suporte posto à disposição do meio empresarial, porque possibilita a rápida mobilização de capital com baixo custo, alto grau de eficiência sem, no entanto, possuir as dificuldades da cessão civil, já que pode ser transferido por endosso ou pela simples traditio.

4. A criação de títulos de crédito eletrônicos

O início deste debate é a norma presente no parágrafo 3º do artigo 889 do Código Civil vigente, in verbis: “O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo” (grifo nosso).

O artigo citado e seus parágrafos traçam os requisitos mínimos dos títulos, que são: (a) a data da emissão – dia, mês e ano por extenso – (o que para determinados títulos típicos não são requisitos essenciais, como a duplicata, cheque, nota promissória, etc., facultando o portador inseri-la a qualquer momento antes da cobrança ou do protesto). A data serve para que aferir se na época, o emitente era capaz de se obrigar cambialmente; (b) a indicação precisa dos direitos que o título confere, face aos princípios da literalidade e autonomia previstas no artigo 887; (c) a assinatura do emitente – pessoa capaz de contrair obrigação cambiária, se for incapaz e outra pessoa lançar sua assinatura no título por ele ficará obrigação junto ao portador (assinatura criptográfica e não mais autógrafa).

A grande preocupação, portanto, está na questão da segurança dos documentos emitidos por esse meio, especialmente quanto à sua existência (sem base cartular), quanto à identidade do emitente e sua assinatura digital (que nesse caso não é autógrafa, mas criptográfica), quanto à integridade do documento em si e a veracidade quanto aos eventuais coobrigados. Contudo, parece – e vale pena aqui ressaltar – que a assinatura criptográfica não é exigência expressa do estatuto civil, mas sim a sua escrituração contábil como se depreende do supracitado cânon.

Remetendo à definição de Vivante, lembramos dos três elementos peculiares dos títulos de crédito: (i) a literalidade, que torna despicienda a investigação sobre a causa da obrigação; (ii) a autonomia - cada obrigação derivada do título de crédito é independente não podendo o devedor opor exceção quanto a qualquer coobrigado anterior, requisito fundamental para a circulação do título; (iii) a cartularidade que decorre dos dois princípios anteriores que se opera com a materialização do título por processo físico ou equivalente.

Tais elementos estão presentes na novel lei substantiva. Em primeiro lugar, tem-se o artigo 887 do novo Código Civil que prescreve: “O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz

efeito quando preencha os requisitos da lei”. De seu turno a literalidade restou preservada conforme se constata na redação dos arts. 889 e 905 do Código. Bem como a cartularidade, que também não perdeu destaque, já que o artigo 901 dispõe que a posse do título ainda prova a quitação da obrigação contida no mesmo.

Sem qualquer preocupação com os princípios clássicos, Fábio Ulhoa Coelho, afirma que a cartularidade, literalidade e autonomia das obrigações cambiais, ou mesmo a distinção de atos “em branco” e atos “em preto”, representam aspectos da disciplina cambial desprovidos de sentido no ambiente informatizado.

Discordante, Gladstone Mamede argumenta que, embora o art. 889, parágrafo 3º, do atual Código Civil, permita que o título seja emitido com base nos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem na escrituração do emitente, apenas permite a impressão da base física por meio eletrônico, mas não chega a abolir a exigência da base física e, assim, dispensar a cartularidade cambiária.

O resultado de tal embate vai influir na questão da força executiva dos títulos – matéria que também será tratada em capítulo próprio, daí a celeuma. Os adeptos da segunda corrente citam o Código de Processo Civil que, ao arrolar os títulos executivos extrajudiciais não se refere aos títulos atípicos. Os da segunda, mais acertadamente a nosso ver, argumentam que os títulos emitidos por esta via podem ser objeto de ação monitória que, por sua vez, nada mais é do que um misto de processo de conhecimento e de execução. Vale lembrar que não compete à lei material outorgar esta faculdade, mas, sim, a lei processual.

Tal solução, aliás, está prevista no art. 888 do CC/2002, onde o legislador determinou que, uma vez ausente algum dos requisitos legais que tire do escrito a sua validade como título de crédito, não implicará na invalidade do negócio jurídico que lhe originou. Daí, vê-se que o título não fará jus à ação cambial, mas, no entanto, a obrigação não se torna juridicamente ineficaz, estando amparada pelo direito comum.

5. A circulabilidade do título de crédito eletrônico

Outra questão importante refere-se a circulabilidade do título de crédito, consoante o art. 893 – “A transferência do título de crédito implica a de todos os direitos que lhe são inerentes”. Considerando-se sua criação e emissão por meios informatizados, imporá igualmente o desenvolvimento de técnicas seguras, aceitas e disciplinadas em bases legais, de modo a se evitar fraudes de toda a ordem, mais especificamente a duplicação, como ainda que um de seus titulares não o endosse e o transmita diversas vezes.

Nessa matéria o legislador inovou. Veja-se o art. 914, pelo qual salvo cláusula em contrário o endossante não responde pelo cumprimento da prestação do título; no art. 890 – que considera não escrita no título a cláusula de juros, a proibitiva de endosso, a excludente de responsabilidade pelo pagamento ou por despesas, a que dispense a observância dos termos e formalidades prescritas, e a que exclua ou restrinja direitos e obrigações; e no art. 897 e parágrafo único, que veda o aval parcial (observada a regra do art. 1647, III do CC/2002 em caso de pessoa casada) e no en-

tanto pela forma do art. 900, convalida o aval dado após o vencimento, produzindo os mesmos efeitos do anteriormente dado.

Na verdade, a questão toda deve ser resolvida pela ótica do negócio jurídico. Assim, devemos entender o título como ato de vontade que objetiva um fim. O então art. 81 do Código Civil de 1916, nada mais fez do que definir negócio jurídico, porém nosso legislador de 2002 em seu art. 185 preferiu dar-lhe o nome de ato jurídico, contudo, permanece ainda que intrinsecamente a definição que é: “todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direito”.

Em assim o fazendo, o legislador brasileiro repeliu definitivamente a identificação do título de crédito como operação de crédito, para se fixar na ideia de documento.

Deve ser levado em consideração ainda, que no direito comercial as práticas negociais antecedem mesmo à própria legislação, bem como à doutrina e até à jurisprudência, de forma que é lícito afirmar que com o passar do tempo a matéria em comento estará devidamente pacificada.

Conclusão

O direito não pode fechar os olhos para fatos metamorfoseantes. Cabe ao operador do direito livrar-se dos grilhões diante da evolução (ou revolução?) dos fatos sociais. Sempre haverá de se fazer a livre indagação do Direito como ciência para realização da Justiça, que, acima da forma, deve ter em sua aplicação e efetividade a conversão para o humano, o real e o socialmente útil.

Como demonstrado, o instituto dos títulos de crédito se assenta no tripé formado pela:

- (I) cartularidade, representada pela materialização no papel do direito de crédito, mediante processo físico ou equivalente;
- (II) literalidade, que se constitui no elemento delimitador da extensão do direito em circulação mencionado na cártula;
- (III) circulabilidade, configurada pela transferência mediante endosso do direito ao valor contido no documento e dos demais direitos a ele inerentes. Esse amálgama é que une e fundamenta toda a estrutura creditícia, e o abalo de um de seus pilares é o abalo de todo comércio mundial, com práticas e costumes baseados na confiança mútua.

Ao incorporar em seu bojo a teoria de Vivante, o Código Civil de 2002 não derogou a legislação especial a eles inerente. Ao contrário, foi além ao permitir sua emissão, materialização e circulação em ambientes informatizados, com o que passou a enfrentar muitos percalços, que vão desde a sua densificação em suporte que não o papel, passando pela confiabilidade quanto aos direitos neles contidos, a identidade do emitente e dos eventuais coobrigados da letra, chegando à circulação, sob o argumento de que são gestados em um mundo atípico, virtual, não tangível, a priori, suscetíveis portanto, de toda uma sorte de adulterações com sérios prejuízos ao mundo econômico.

Aí está a nova tônica do século: títulos de crédito circulando em ambientes informatizados. Não haverá argumentos que possam vir a evitar essa nova realidade

que acelera, cria e circula (a baixo custo e com muita eficiência) a mobilização e desmobilização do crédito sendo, portanto, irresistível a emissão informatizada.

Bibliografia

ASCARELLI, Tullio. Teoria geral dos títulos de crédito, 2 ed. trad. Nicola Nazi. São Paulo: 1969.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Código civil anotado e legislação complementar / Villaça, Venosa. São Paulo: Atlas, 2004.

BULGARELLI, Waldirio. Títulos de crédito, 9 ed. São Paulo: Atlas, 1992.

CASTRO, Raphael Velly de Castro. Notas sobre a circulação e a literalidade nos títulos de crédito, in Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil (análise dos artigos 887 a 903); títulos de crédito eletrônicos (alcance e efeitos do artigo 889, parágrafo 3º e legislação complementar) Mauro Rodrigues Penteado, coord. São Paulo: Walmar, 2004.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. Manual de direito comercial, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GARDINO, Adriana Valéria Puglesi. Títulos de crédito eletrônicos in, Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil (análise dos artigos 887 a 903); títulos de crédito eletrônicos (alcance e efeitos do artigo 889, parágrafo 3º e legislação complementar) Mauro Rodrigues Penteado, coord. São Paulo: Walmar, 2004.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). Direito e internet: Aspectos Jurídicos Relevantes. Bauru, SP: Edipro, 2001.

_____. Comentários ao novo código civil, volume XII: dos atos unilaterais; dos títulos de crédito – arts. 854 a 926. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAMEDE, Gladstone. Títulos de crédito. De acordo com o Novo Código Civil – Lei nº 10.406, de 10/1/2002. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Fran. Títulos de crédito. vol. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira (orgs.). Código civil e legislação em vigor. Organização, seleção e notas, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito cambiário, v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

ULHOA COELHO, Fábio. Curso de Direito Comercial, 6 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIVANTE, Cesare. Trattato di diritto commerciale. Milão: Ed. Francesco Vallardi, 1935, 5 ed. Milão: Casa Editrice Dottor Vallardi, vols. I e III, 1934; 5 ed. vol. III, Ed. Francesco Vallardi, Milão, 1935.

Libros jurídicos portugueses en la nueva España. Las obras del canonista agostinho barbosa (siglos xvii-xix) presentes en la biblioteca nacional de méxico

Portuguese books in the New Spain. The works of the canonist Agostinho Barbosa (centuries XVII-XIX) preserved in the Mexican National Library

Oscar Hernández Santiago¹

Sumario: Introducción; 2. El derecho canónico en la Nueva España; 3. Apuntes biográficos de Agostinho Barbosa; 4. La circulación de su obra; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía

Resumen: El propósito de este artículo consiste en mostrar la circulación de los libros del canonista portugués Agostinho Barbosa en las instituciones seculares y religiosas de la Nueva España durante los siglos XVII-XIX. La importancia de su estudio radica en que se trata de uno de los autores con mayor presencia en las colecciones jurídicas novohispanas de la Biblioteca Nacional de México, pero cuyo análisis ha sido hasta el momento postergado en comparación con el de otros autores hispanos de época. De igual forma, se analiza la importancia del derecho canónico en la universidad y los seminarios como una parte de la cultura jurídica de la América hispana.

Palabras clave: Agostinho Barbosa; cultura jurídica; derecho canónico; Nueva España; Portugal.

Abstract: The purpose of this article is to show the circulation of the books of the Portuguese canonist Agostinho Barbosa in the New Spain in its secular and religious institutions during the XVII-XIX centuries. The importance of this analysis is due to the presence of his texts, as one of the most important jurists of this period, in the juridical collections of the Mexican National Library. However, at the same time, his study has been forgotten in comparison with other Spanish authors. Also, it emphasizes the importance of the canon law in the university and seminars as a part of the legal culture of the Spanish America.

Keywords: Agostinho Barbosa; canon law; legal culture; New Spain; Portugal.

¹ Becario posdoctoral de la Coordinación de Humanidades en el Instituto de Investigaciones Bibliográficas de la UNAM. Directora de proyecto: Dra. Marina Garone Gravier. Email: oscarhdz_13@yahoo.com.mx

Recibido: 03.05.2020

Aprobado: 27.07.2020

Universidad Nacional
Autónoma de México
México

Volume 1, Número 2,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

1. Introducción

Existe en el Museo Nacional de Historia de México un óleo sobre tela de 1762 del pintor novohispano Miguel Cabrera. En él se aprecia al rector de la Real y Pontificia Universidad de México, don Manuel Ignacio Beye Cisneros y Quijano, cuyos años al frente de la institución fueron bastante prolíficos durante el reformismo universitario de Carlos III. En la pintura se le observa ataviado con un traje negro y sujetando con la mano derecha un pequeño libro sobre una mesa. Detrás de él hay unos estantes con una reducida colección de libros del *studium iuris*: en el estante superior, se encuentra el obligado *Corpus Iuris Canonici*, acompañado de la Recopilación de las Leyes de Indias y la Nueva Recopilación, mientras que en los otros estantes se hallan los libros de algunos de los más célebres juristas de la época: Antonio Gómez, Juan de Solórzano Pereyra, Antonio Pichardo, Jacobo Pignatelli, Juan Bautista Valenzuela, Francisco de Salgado Somoza, Diego de Covarrubias, José Vela y Alfonso de Olea.

Sin embargo, en el anaquel inferior resalta un autor por ser quien tiene el mayor número de volúmenes en la pintura: el portugués Agostinho Barbosa, sobre quien la *Bibliotheca Lusitana* se expresaba como “hum dos mais famosos varões, que produziu Portugal para crédito, e ornato da republica literaria”² y el Demetrio Moderno aseguraba que había sido “hum jurisconsulto tão judicioso, e infatigavel [...] honra de Portugal no reynado dos Filippes”.³

Este canonista gozó de un considerable prestigio académico durante los siglos XVII y XVIII, por lo cual su obra tendría obligada presencia en las bibliotecas jurídicas europeas y americanas de esas centurias.⁴ No obstante esta relevancia, la circulación de su obra en el ámbito novohispano ha sido escasamente investigada, opacada por autores con mayores afinidades geográficas como Jerónimo Castillo de Bobadilla y Juan de Hevia Bolaños. Igualmente, entre los motivos de su ausencia, no debe descartarse la poca atención prestada a los estudios históricos sobre derecho canónico.⁵

La lectura de sus libros en la Nueva España no era aleatoria, pues, como se mencionaba con antelación, era uno de los canonistas más notables y fecundos de la época. Además, su obra debe ser ubicada en las décadas de la unificación de las coronas castellana y portuguesa, que facilitó todavía más la comunicación espontánea entre sus universidades, un aspecto muy tangible en el siglo XVI cuando el saber

2 BARBOSA, Diogo - *Bibliotheca Lusitana*. Lisboa: Officina de Antonio Isidoro da Fonseca, 1741, p. 54.

3 BARNABÉ DE EDESCANO, Antonio - *Demetrio Moderno ou o Bibliografo Juridico Portuguez*. Lisboa: La Officina desa Silva Godinho, 1781, p. 202.

4 MACHADO CABRAL, Gustavo - *Ius Commune in Portuguese America: Criminal issues on Local canon Law in the First Constitutions of the Diocese of bahia' (1707)*. *Glossae. European Journal of Legal History*. No. 13 (2016), pp. 307-327; BRAVO LIRA, Bernardino - *El derecho indiano después de la independencia en la América española: legislación y doctrina jurídica*. *Historia*. Vol. XIX (1984), pp. 16-17; BENITO MOYA, Silvano - *La cultura teológica de las élites letradas. ¿Especulación teórica o pragmatismo en el Tucumán del siglo XVIII?* *Hispania Sacra*. Vol. LXV (2013), p. 340; PEÑA PEÑALOZA, Roberto - *Los autores, fuentes del derecho canónico indiano, Anacleto Reiffenstuel y el Jus Canonicum Universum*. *Revista Chilena de Historia del Derecho*. No. 14 (1991), p. 75; BARRIENTOS GRANDÓN, Javier - *Librería de don Sebastián Calvo de la Puerta (1717-1767) oidor de la Real Audiencia de Guatemala*. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. Vol. XXI (1999), pp. 345-347.

5 TRASLÓSHEROS HERNÁNDEZ, Jorge Eugenio - *Historia judicial eclesiástica de la Nueva España*. México: Porrúa-UNAM-IIH, 2014, pp. 3-19; MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Pablo - *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos años*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2011, pp. 17-27.

teológico-jurídico de la Segunda Escolástica, elaborado en esas instituciones, tuvo fuertes resonancias en el mundo Atlántico.⁶

En consecuencia, fue natural que la América hispana tampoco escapara de la conexión literaria con Portugal, como lo demuestra la conocida polémica teológica entre la novohispana Sor Juana Inés de la Cruz y el lusitano Antonio Vieira.⁷ No debe pasarse por alto que en algunas diócesis novohispanas, como la de Puebla de los Ángeles, la lectura de otros canonistas portugueses (como Manuel Álvarez Pegas, Antonio Pereira de Figuereido y Gabriel Henriques) no resultaba ajena.⁸

Así, el objetivo de las siguientes líneas será mostrar las obras de derecho canónico de Agostinho Barbosa presentes en los seminarios y colegios religiosos de la Nueva España durante las postrimerías de los siglos XVII y XVIII, con base en el fondo bibliográfico de la Biblioteca Nacional de México (BNM), el cual contiene gran parte del acervo de esas instituciones.⁹

2. El derecho canónico en la Nueva España

El derecho canónico suele ser definido, en términos generales, como el estudio del ordenamiento jurídico de la iglesia católica, sin embargo, esta definición debe ser matizada, pues, como sucede con todo tópico jurídico, nunca ha existido “un inalterable derecho de la iglesia”.¹⁰ Por lo tanto, conviene citar, desde las coordenadas temporales, geográficas y culturales aquí estudiadas, una definición acorde a la época abordada: “aquel que dirige las acciones de los ciudadanos a conseguir su felicidad eterna [...] en el cual no se encuentran sino las reglas con las cuales el cristiano es enseñado a vivir honestamente, a no ofender a otro y a dar a cada uno lo que le corresponde”.¹¹ Una definición que sigue de forma casi idéntica la máxima del jurista romano Ulpiano: “honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere”, pero que ha pasado ya por el tamiz de la cristiandad.

Sus orígenes van unidos a los primeros siglos de existencia de la iglesia como comunidad autónoma y, por lo tanto, titular de un derecho propio que buscaba el fundamento de su legitimidad directamente de Dios y no del poder civil. En un principio, la conducta de la grey era juzgada conforme a la propia Biblia, principalmente el Antiguo Testamento, y una serie de normas como el *Didaché* y las *Constitutiones Apostolorum*, a las cuales se sumarían los cánones derivados de la intensa labor

6 DUVE, Thomas - La Escuela de Salamanca: ¿un caso de producción global de conocimiento? Max Planck Institut for European Legal History. Working Paper Series. No. 2018-2. Disponible en: <http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/37615> [Fecha de consulta: 13 de junio de 2020].

7 RUIZ, Rafael; THEODORO DA SILVA, Janice - La carta atenagórica: Sor Juana Inés de la Cruz y los caminos de una reflexión teológica. *Estudios de Historia Novohispana*. No. 29 (2003), pp. 77-95.

8 PEÑA ESPINOSA, Jesús Joel - Autores portugueses del siglo XVII para un obispo de la Nueva España. *Lusitania Sacra*. No. 25 (2012), pp. 33-51.

9 El acervo del Fondo de Origen de la BNM, del cual se ha extraído el material aquí ha analizado, se conformó en 1859 cuando las bibliotecas de diversas congregaciones religiosas pasaron a ser propiedad del estado mexicano. Sin embargo, décadas de robos, falta de catalogación y dispersión documental impiden conocer con exactitud el rumbo que tomaron algunas de las colecciones bibliográficas. BRITO OCAMPO, Sofía - *La Biblioteca Nacional de México: 1822-1929*. México: UNAM, 2017.

10 CLAVERO, Bartolomé - *Historia del derecho: derecho común*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. 2011, p. 16.

11 MURILLO VELARDE, Pedro - *Curso de derecho canónico hispano e indiano (1743)*. México: El Colegio de Michoacán-Facultad de Derecho de la UNAM, Vol. I, 2005, p. 246.

legislativa de los primeros concilios y las influencias culturales de la tradición romano-germánica. Este primitivo derecho tampoco estuvo exento de los innumerables vaivenes políticos de la fragmentariedad política medieval que moldearían, en lo sucesivo, su relación con emperadores, reyes y enemigos de la fe.¹²

Sin embargo, en el siglo XII, con la aparición del *Decretum Gratiani*, la iglesia tuvo la capacidad de producir un instrumento normativo más racional y sistematizado que logró darle coherencia a esa heterogeneidad de cánones.¹³ El mismo subtítulo de esta magna compilación hacía referencia a ese objetivo: *concordia discordantium*, es decir, la “armonía en la disonancia.”¹⁴ El *Decretum* sería la base de la enseñanza canonista en la universidad de Bolonia y se ampliaría después a París y Oxford. Finalmente, el *Corpus Iuris Canonici* terminaría por complementarse con la incorporación del *Liber Extra*, *Liber Sextus*, *Clementinae* y *Extravagantes*.¹⁵

Este *ius canonicum* conformó junto con el *ius civile* un derecho común, o *ius commune*, que sería asimilado por las diversas entidades políticas europeas de la Baja Edad Media que vieron en él a un eficaz instrumento de legitimación política y de resolución de conflictos.¹⁶ En el siglo XVI este derecho sería también importado por las autoridades castellanas a sus dominios americanos en donde adquiriría carta de naturalización bajo la forma del derecho indiano.¹⁷

En la Nueva España, la iglesia, motivada por la evangelización, se apresuró a instaurar la Audiencia del Arzobispado de México en 1528 y dos décadas después la Provincia Eclesiástica de México. En lo sucesivo, una pluralidad de foros de justicia eclesiásticos serían constituidos (como el Provisorato de Indios, Juzgado de Testamentos y Cabildo Catedralicio, entre otros) para solucionar las innumerables querrelas originadas dentro de sus vastas fronteras jurisdiccionales, que en ocasiones, por la porosidad de sus márgenes, entraban en colisión con el derecho secular.¹⁸

De forma casi simultánea, serían celebrados en territorio novohispano tres concilios provinciales en 1555, 1565 (luego de la incorporación del Concilio de Trento al

12 GROSSI, Paolo - El orden jurídico medieval. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 123; GAUDEMET, Jean - La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IVe et Ve siècles. París: Instituto de Derecho Romano de la Universidad de París, 1957, pp. 133-176; BERMAN, Harold - La tradición jurídica de Occidente. México: FCE, 1996, pp. 211-236.

13 WINROTH, Anders - The Making of Gratian's Decretum. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 1-33; TIERNEY, Brian - Religion, law and the growth of constitutional thought, 1150-1650. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, pp. 8-28.

14 KUTTNER, Stephen - Harmony from Dissonance. An Interpretation of Medieval Canon Law. Nueva York: Archabbey Press, 1960, pp. 15-20.

15 BRUNDAGE, James - The Profession and Practice of Medieval Canon Law. Cornwall: Ashgate, 2004, pp. 181-183.

16 PENNINGTON, Kenneth - The Prince and the Law, 1200-1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition. Los Angeles: University of California Press, 1993, pp. 8-24.

17 NUZZO, Luigi - Between America and Europe. The Strange Case of the derecho indiano. PIHLAJAMÄKI, Heikki y DUVE, Thomas (eds.) - New Horizons in Spanish Colonial Law. Contributions to Transnational Early Modern Legal History. Fráncfort: Max Planck Institute for European Legal History, 2015, pp. 161-191.

18 TRASLOSHEROS HERNÁNDEZ, Jorge Eugenio - Iglesia, justicia y sociedad en la Nueva España. La Audiencia del Arzobispado de México, 1528-1668. México: Porrúa-UNAM-IIH, 2004, pp. 1-61; ZABALLA BESCOECHEA, Ana de - Del Viejo al Nuevo Mundo: novedades jurisdiccionales en los tribunales eclesiásticos ordinarios en Nueva España. TRASLOSHEROS HERNÁNDEZ, Jorge Eugenio; ZABALLA BESCOECHEA, Ana de (coords.) - Los indios ante los foros de justicia religiosa en la América virreinal. México: UNAM-IIH, 2010, pp. 17-46.

derecho castellano) y 1585.¹⁹ A partir de esta extensa amalgama normativa, “de amplios e imprecisos contornos”,²⁰ el derecho canónico sufriría un proceso de adaptación, sobre todo en lo referente a la validez de las normas seculares en materia seglar (cuyo ejemplo más claro era el patronato indiano) y el dilema sobre si los indígenas poseían alma, lo que en conjunto derivaría en la configuración de un derecho canónico local.²¹

En un primer momento, los operadores de esta jurisdicción fueron los prelados enviados desde Europa, pero en 1551, después de ser fundada la Real y Pontificia Universidad de México, los futuros canonistas pudieron instruirse también en la Nueva España. Esta institución seguía, en términos generales, el mismo plan de estudios de la universidad de Salamanca que no había sufrido grandes cambios con respecto a los siglos precedentes,²² y era percibida como el vestíbulo para el posterior ingreso a las altas esferas del clero o la burocracia, con su consecuente ascenso social.²³

Los estudios de bachiller en derecho canónico eran realizados durante un periodo de cinco años y tras haber superado diez lecciones públicas. Para conseguir el grado de licenciado se debía ser lector en cátedra de propiedad durante cinco años, o haber efectuado una pasantía, y presentar un acto de repetición de un texto con sus conclusiones ante un sínodo compuesto por un doctor y dos bachilleres. Finalmente, en la cúspide académica, estaba el grado de doctor en cánones que seguía casi el mismo proceso que el de licenciado, la principal diferencia radicaba en un costo superior del ceremonial.²⁴ No obstante esta regulación, los tiempos de estudio podían ser flexibles y muy a menudo eran dispensados por causas de excepcional genialidad, como le sucedió al joven letrado Antonio López Portillo, a quien le fueron otorgados cuatro grados de doctor (filosofía, teología, leyes y cánones) de manera simultánea.²⁵

Como resulta lógico, durante los casi tres siglos de su funcionamiento los planes de estudio de la Real y Pontificia Universidad de México sufrieron reformas, la principal de ellas en 1755, pero en términos generales su núcleo fundamental se man-

19 DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio - Manual de Historia del Derecho Indiano. México: UNAM, 1994, pp. 311-312.

20 TERRÁNEO, Sebastián - Derecho canónico indiano: una hipótesis sobre su naturaleza y contenido. *Revista de Historia del Derecho*. Vol. XLVI (2013), p. 107.

21 GONZÁLEZ, Fernando - Apuntes liminares de derecho canónico indiano. *Anuario Argentino de Derecho Canónico*. Vol. XVI (2009-2010), pp. 269-277. Respecto a este punto, puede afirmarse que el derecho canónico de la Provincia Eclesiástica de México tuvo como fuentes principales a cinco cuerpos jurídicos: el *Corpus Iuris Canonici*; los concilios provinciales; el derecho emanado de cada diócesis en particular; la normatividad del clero regular; y la derivada de las corporaciones de la feligresía. TRASLOSHEROS HERNÁNDEZ, Jorge - Historia judicial eclesial de la Nueva España. México: Porrúa-UNAM-IIH, 2014, p. 15.

22 PESET, Mariano; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Enrique - Las facultades de leyes y cánones. Fernández Álvarez Manuel. La universidad de Salamanca. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, Vol. II, 1990, pp. 9-61; ALONSO ROMERO, María Paz - Salamanca, escuela de juristas. Estudios sobre la enseñanza del derecho en el Antiguo Régimen. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2012, pp. 191-208.

23 AGUIRE SALVADOR, Rodolfo - El mérito y la estrategia: clérigos, juristas y médicos en Nueva España. México: CESU-UNAM-Plaza y Valdés Editores, 2003, pp. 265-270.

24 Constituciones de la Real y Pontificia Universidad de México. México: Felipe de Zúñiga y Ontiveros, 1775, pp. 152-155; TERRÁNEO, Sebastián - La enseñanza del Derecho Canónico en Indias. *Anuario Argentino de Derecho Canónico*. Vol. XXIII (2017), pp. 140-144.

25 PIMENTEL, Julio - Antonio López Portillo, verdadera joya de la Universidad de México. IRIGOYEN TROCÓNIS, Martha Patricia (coord.) - La universidad novohispana: voces y enseñanzas clásicas. México: UNAM, 2003, pp. 75-84.

tuvo con el estudio de cinco cursos de Prima, dos de Decreto, uno de Instituta, uno de Clementinas y dos de Vísperas. Si una vez concluidas estas materias el alumno deseaba graduarse en *ius civile*, debía estudiar dos cursos adicionales de Prima y Vísperas de leyes.²⁶

Además de estos cursos que priorizaban el estudio del *Corpus Iuris Canonici*, la enseñanza se complementaba con el estudio de algunas obras doctrinales que desarrollaban los temas de manera general o específica del derecho canónico. Entre la variada bibliografía presente en la BNM destacan, además de Agostinho Barbosa, las obras de Zeger Bernard Van Espen,²⁷ Anacleto Reiffensuel,²⁸ Giovanni Maria Chiericato,²⁹ Jean Doujat³⁰ y André Delvaux.³¹ En líneas generales, estos mismos autores parecen haber sido leídos con similar frecuencia en otras latitudes americanas.³²

Complementaban a esta formación universitaria la de los colegios y seminarios de las órdenes religiosas, que funcionaban como “una suerte de enseñanza media supeditada a la instancia superior y centralizadora de la universidad”,³³ cuyas bibliotecas, principalmente las de los jesuitas, estaban entre las mejores de la Nueva España.³⁴ Estos colegios impartían la educación de la jurisprudencia canónica de manera informal y simultánea a la de teología moral, pues era necesario ilustrar a las comunidades religiosas en el manejo de su propia normatividad.³⁵ Más adelante podrá observarse la importancia de estas instituciones en el resguardo y difusión de los libros de Agostinho Barbosa.

Sin embargo, la enseñanza del derecho canónico en estas instituciones no estuvo exenta de recelos por parte de la Real Universidad, como aconteció en 1746 en un conflicto entre esta última y el seminario de Puebla de los Ángeles, el cual pretendía añadir a su currículo el estudio de la canonística. Finalmente, el litigio fue resuelto por el Consejo de Indias, el cual dio la razón al seminario para que en 1748

26 Constituciones de la Real y Pontificia Universidad de México. México: Felipe de Zúñiga y Ontiveros, 1775, pp. 135-136.

27 ESPEN, Zeger Bernard Van - *Jus ecclesiasticum universum*. Coloniae Agrippinae: Sumptibus Wilhelmi Metternich, 1715.

28 REIFFENSUEL, Anacleto - *Jus canonicum universum: clara methodo juxta titulos quinque librorum decretalium in quaestiones distributum, solidisque responsionibus, & objectionum solutionibus dilucidatum*. Maceratae: Apud Antonium Bartoli, 1755.

29 CHERICATO, Giovanni Maria - *Erotemata ecclesiastica: quibus ipse utebatur pro exammandis confessariis, ac clericis dum auditoris, ac Vicarii generalis fungeretur officio*. Venetiis: Apud Andram Poleti, 1725.

30 DOUJAT, Jean - *Praenotionum canonicarum. Libri quinque Quibus sacri juris, atque universi studii ecclesiastici principia, & adminicula enucleantur*. Venetiis: Ex Typographia Balleoniana, 1735.

31 DELVAUX, André - *Paratitla Iuris Canonici, sive, decretalium D. Gregorii Papae IX*. Venetiis: Apud Laurentium Basilium, 1732.

32 SALINAS ARANEDA, Carlos - Los textos utilizados en la enseñanza del derecho canónico en Chile indiano. *Anuario de Historia de la Iglesia*. Vol. IX (2000), pp. 215-234.

33 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Enrique - Los estudios sobre historia de la universidad colonial. *Encuentro académico*. XX aniversario del CESU. México: CESU-UNAM, 1997, p. 34.

34 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Enrique - *Colegios y universidades. La fábrica de los letrados*. VOGLEY, Nancy, RAMOS MEDINA, Manuel (coords.) - *Historia de la literatura mexicana*. México: Siglo XXI-UNAM, 2011, pp. 104-127; OSORIO ROMERO, Ignacio. *Historia de las bibliotecas novohispanas*. México: SEP, 1986, pp. 119-255.

35 TERRÁNEO, Sebastián - La enseñanza del Derecho Canónico en Indias. *Anuario Argentino de Derecho Canónico*. Vol. XXIII (2017), p. 122.

su enseñanza quedara formalizada.³⁶

3. Apuntes biográficos de Agostinho Barbosa

Este canonista nació el 17 de septiembre de 1590 en Aldão (Guimarães) y fue hijo de Manuel Barbosa e Isabel Vaz da Costa, posiblemente de orígenes judíos. Su padre fue un reconocido abogado y un profundo conocedor de las letras clásicas. La influencia que ejercería en su vástago sería crucial para su formación posterior, pues desde párvulo le fue enseñado el dominio de la lengua latina con tanta soltura que en 1611 publicó su *Dictionarum Lusitanico Latinum*, trabajo que le valdría su reconocimiento como lexicógrafo.³⁷

A los 16 años partió a Coimbra para estudiar derecho canónico brindando rápidamente muestras de erudición, a grado tal que sus biógrafos dirían que él “sempre fora mestre, e nunca discípulo”.³⁸ En 1615 se graduó de bachiller en cánones y fue ordenado diácono. A partir de ese momento inició una peregrinatio academica que lo llevó a visitar diversas universidades francesas, alemanas e italianas, quedando instalado de manera definitiva en Roma, en donde se doctoró en iuris utriusque en 1621. Las razones de este cambio de residencia no están claras, pero es posible que haya intentado desvincularse de un escándalo inquisitorial acaecido en 1619 en su universidad.³⁹

En Roma mantendría estrechos vínculos con los pontífices Paulo V y Urbano VIII que le asegurarían provechosas posiciones: tesorero mayor de la Colegiata de Guimarães, protonotario apostólico y censor de libros. A pesar de este aparente éxito fueron varias las referencias de sus contemporáneos sobre la frugalidad de su vida. Se mudaría en 1632 a España para ser juez eclesiástico y posteriormente colaboraría en la corte de Felipe IV.⁴⁰ En 1648 regresaría a Italia, luego de haber sido consagrado obispo de Ugento. Ahí moriría en 1649 poco tiempo después de su consagración.

Muy poco hay que no se halla escrito de Agostinho Barbosa, sirva este breve espacio para destacar su prolífico trabajo como jurista y lexicógrafo, cuya laboriosidad, respaldada por más de veinte obras, lo catapultó como uno de los mejores canonistas del Seiscientos y le adjudicó, con justa razón, un lugar entre “nomina principalium auctorum” de la canonística.⁴¹

36 PEÑA ESPINOSA, Jesús Joel - Fuentes, autoridades y normas para la enseñanza del derecho canónico en el seminario de Puebla durante la época novohispana. ALBANI, Benedetta; DANWERTH, Otto; DUVE, Thomas (co-ords.) - Normatividades e instituciones eclesiásticas en la Nueva España, siglos XVI-XIX. Fráncfort: Max Planck Institute for European Legal History, 2018, pp. 51-67.

37 HESPANHA, Antonio Manuel - Agostinho Barbosa. The Formations and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing. Suiza: Springer, 2016, pp. 202-203; CUENA BOY, Francisco - Agostinho Barbosa. Juristas universales. Madrid: Marcial Pons, Vol. II, 2004, pp. 360-362; NESTOLA, Paola - Nemine discrepante. Agostinho Barbosa (1590.1649), estudante da universidade de Coimbra, erudito lexicógrafo, canonista difamado? Biblos. No. 5 (2019), pp. 173-195.

38 BARBOSA, Diogo - Bibliotheca Lusitana. Lisboa: Officina de Antonio Isidoro da Fonseca, 1741, p. 54.

39 NESTOLA, Paola - “Nemine discrepante”. Agostinho Barbosa (1590.1649), estudante da universidade de Coimbra, erudito lexicógrafo, canonista difamado? Biblos. No. 5 (2019), p. 188.

40 CLAVERO, Bartolomé - Cataluña como persona, una prosopopeya jurídica. IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino; SÁNCHEZ LAURO, Sixto (eds.) - Centralismo y autonomismo en los siglos XVI-XVII. Homenaje al profesor Jesús Lalín de Abadía. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1989, pp. 104-105.

41 HOMMEL, Carol Ferdinand - Litteratura iuris. Lipsiae: Apud Ioannem Wendlerum, 1761, p. 87.

4. Circulación de su obra en la Nueva España

La circulación y recepción de las obras del *ius commune* en las Indias es un fenómeno que ha sido abordado con bastante amplitud por la historiografía,⁴² de modo tal que puede asegurarse, en términos generales, que la mayoría de los libros jurídicos de los autores europeos circulaban con la misma fuerza entre los letrados indianos.

La importancia de estos libros derivaba de su autoridad para dirimir controversias en aquellos casos en los que la ley callaba o era omisa. Así, la *communis opinio doctorum* formaba parte de las fuentes que nutrían el ordenamiento jurídico, y en el caso de Agostinho Barbosa era, con toda seguridad, una de las voces más acreditadas para resolver dudas en temas de canonística.

Los libros de la BNM permiten observar por medio de sus marcas de propiedad las instituciones y personas entre las cuales circuló la obra de este jurista.⁴³ A continuación se presenta un cuadro en donde son mencionadas las obras (título, ciudad, impresor y año), seguidas de dos importantes indicaciones sobre marcas de propiedad: sus marcas de fuego y *ex libris*.

Obra	Marca de fuego	Ex libris
Sacrosanctum oecumenicum concilium tridentinum, Matriti: Apud Michaellem escribano, 1779.	Convento de Santa Ana Coyoacán	
Sacrosanctum oecumenicum concilium tridentinum, Matriti: Ex Typographia Regia, 1773.	Convento de San Diego	
Sacrosanctum oecumenicum concilium tridentinum, Tridenti: Sumptibus societatis, 1762.	Convento de San Agustín	
Sacrosanctum oecumenicum concilium tridentinum, Tridenti: sumptibus Societatis, 1745.	Colegio Apostólico de San Fernando	De la librería del Colegio de S. Fernando de Mex.co" Fr. Anto de Pichardo
Pastoralis sollicitudinis, sive, De officio et potestate episcopi, Lugduni: Sumptibus Anisson, & Posuel, 1724.	Convento Grande de San Francisco	Ex Bibliotheca Magni Mexicani Conventus S.P.N.S. Francisci

42 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino - Acerca de la recepción del *ius commune* en el derecho de Indias: notas sobre las opiniones de los juristas indianos. Anuario Mexicano de Historia del Derecho. No. 15 (2003), pp. 447-523.

43 En este sentido ha sido de gran ayuda la identificación previa de las distintas marcas de fuego novohispanas realizada por el equipo de investigación de la Biblioteca Lafragua de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla: <http://www.marcasdefuego.buap.mx:8180/xmLibris/projects/firebrand/>.

Praxis exigendi pensiones adversvs calvmniantes, et diferentes illas solvere, Lugduni: Sumptibus Anisson, & Posuel, 1723.	Catedral Metropolitana	Ex Bibliotheca Turriana
Summa apostolicarum decisionum: extra jus commune vagantium, Lugduni: Sumptibus Anisson, et Posuel, 1722.	Convento Grande de San Francisco Catedral Metropolitana	Ex Bibliotheca Magni Mexicani Conventus S.P.N.S. Francisci Ex Bibliotheca Turriana
Praxis methodica exigendi pensiones, adversus columniantes, et diferentes eas solvere, Lugduni: Sumptibus Anisson, & Posuel, 1722.	Catedral Metropolitana	Ex Bibliotheca Turriana
Collectanea doctorum, qui in suis operibus Concilii Tridentini loca referentes, illorum materiam incidenter tractarunt, & varias quaestiones, in foro ecclesiastico versantibus maxime utiles, deciderunt, Lugduni: Sumptibus Anisson, & Posuel, 1721.	Catedral Metropolitana	Ex Bibliotheca Turriana
Collectanea in codicem Justiniani ex doctoribus tum priscis, tum neotericis, Lugduni: Sumptibus Anisson, & Posuel, 1720.	Catedral Metropolitana Convento Grande de San Francisco	Ex Bibliotheca Turriana Ex Bibliotheca Magni Mexicani Conventus S.P.N.S. Francisci
Tractatus de canonicis, et dignitatibus, aliisque inferioribus beneficiariis cathedralium, & collegiatarum acclesiarvm, corvmque officiis, tam choro, quam in capitulo, Lugduni: Sumptibus Annison, Posuel, 1718.	Catedral Metropolitana	Ex Bibliotheca Turriana

<p>Juris ecclesiastici universi: libri tres, Lugduni: Sumptibus Anisson & Posuel, 1718.</p>	<p>Convento Grande de San Francisco Catedral Metropolitana</p>	<p>Ex Bibliotheca Magni Mexicani Conventus S.P.N.S. Francisci Ex Bibliotheca Turriana</p>
<p>Tractatus varii, Lugduni: Sumptibus Anisson, & Posuel, 1718.</p>	<p>Convento Grande de San Francisco Catedral Metropolitana</p>	<p>Ex Bibliotheca Magni Mexicani Conventus S.P.N.S. Francisci</p>
<p>Collectanea doctorum, tam veterum quam recentiorum in jus pontificum universum, Lugduni: Sumptibus Anisson & Posuel, 1716.</p>	<p>Convento de Santa Ana de Coyoacán Convento Grande de San Francisco Catedral Metropolitana Convento San Agustín de Puebla</p>	<p>Ex Bibliotheca Magni Mexicani Conventus S.P.N.S. Francisci Ex Bibliotheca Turriana</p>
<p>Repertorium juris civilis et canonici: in quo alphabetico ordine principaliores & practicae vtriusque juris conclusiones collectae indicantur, & magna doctorum copia exornantur: opus posthumum, Lugduni: Apud Boudet, Declaustre, De Ville, & De La Roche, 1712.</p>	<p>Catedral Metropolitana</p>	<p>Ex Bibliotheca Turriana</p>
<p>Pastoralis sollicitudinis, sive, De officio et potestate parochi, tripartita descriptio, Lugduni: Apud Boudet, de Clustre, de Ville & de la Roche, 1712.</p>	<p>Catedral Metropolitana Convento Grande de San Francisco Convento de San Agustín</p>	<p>Ex Bibliotheca Turriana Ex Bibliotheca Magni Mexicani Conventus S.P.N.S. Francisci</p>

Sacrosanctum concilium tridentium, Coloniae Agrippinae: Apud Franciscum Metternich, 1712.	Catedral Metropolitana	
Collectanea doctorum, qui in suis operibus Concilii Tridentini loca referentes illorum materiam incidenter tractarunt, [et] varias quaestiones, in foro ecclesiastico uersatibus maxime utiles, deciderunt, Lugduni: Sumptibus Petri Borde, Joannis Arnavd, 1704.	Convento Grande de San Agustín, Puebla Convento Grande de San Francisco Convento de Santa Ana de Coyoacán	Ex Bibliotheca Magni Mexicani Conventus S.P.N.S. Francisci
Summa apos[tolicarum] decisionu[m]: extra jus commune vag[ant]ium, Lugduni: Sumptibus Petri Borde, et Joannis Arnaud, 1703.	Convento de Santa Ana Coyoacán	
Praxis methodica exigendi pensiones, adversus calumniantes et differentes eas solvere, Lugduni: Sumptibus Petri Borde, et Joannis Arnavd, 1702.	Convento de Santa Ana Coyoacán	
Collectanea in codicem justiniani ex doctoribus tam priscis, tum neotericis, Lugduni: Sumptibus Petri Borde, Joannis Arnavd, 1701-1702.	Convento de Santa Ana de Coyoacán Convento de San Agustín de Puebla	
Tractatus de canonicis, et dignitatibus: aliisque inferioribus beneficiariis cathedralium, & collegiatarum ecclesiarum, corumque officis, tam in choro, quam in capitulo, Lugduni: Sumptibus Petri Borde, Joannis Arnaud, Petri Arnaud, 1700.	Convento de Santa Ana Coyoacán	
Juris ecclesiastici universi: libri tres, Lugduni: Sumptibus Petri Borde, Joannis & Petri Arnaud, 1699.	Convento de San Sebastián	

<p>Pastoralis sollicitvdinis, sive, De officio, et potestate episcopi, Lugduni: Sumptibus Petri Borde, Joannis & Petri Arnavd, 1698.</p>	<p>Catedral Metropolitana Convento de San Agustín Convento de Santa Ana Coyoacán</p>	<p>Ex Bibliotheca Turriana</p>
<p>Collectanea in codicem Justiniani ex doctoribus tam priscis, tum neotericis, Lugduni: Sumptibus Laurentii Arnaud, Petri Borde, Joannis, & Petri Arnavd, 1679.</p>	<p>Convento de Nuestra Señora de la Merced</p>	<p>Del Dr. Dn. Juan Ign. Castorenas</p>
<p>Iuris ecclesiastici universi: libri tres, Lugduni: Sumptibus Laurentii Arnavd, Petri Borde, Ioannis, & Petri Arnavd, 1677.</p>	<p>Convento de Nuestra Señora de la Merced</p>	<p>Del Dr. Don Jose Ignacio Castorena</p>
<p>Collectanea doctorvm, tam vetervm quam recentiorvm in ius pontificivm vniversvm, Lugduni: Sumptibus Phil. Borde, Lavr. Arnavd, & Petri Borde, 1669.</p>	<p>Convento de Nuestra Señora de la Merced</p>	<p>Dr. Dn. Juan Ygnacio Castorena y Usua</p>
<p>Pastoralis sollicitudinis, sive, De officio, et potestate parochi tripartita descriptio: cuius partes singulas earumque materias, methodo nova, atque expedita pertractaras, sequens pagina declarabit, Lugduni: Sumptibus Philippi Borde, Lavrentii Arnavd, Petri Borde, et Gvill Barbier, 1665.</p>	<p>Convento de San Agustín Convento de Nuestra Señora de la Merced</p>	<p>Dr. Dn. Joseph... Rincon y Mendoza</p>
<p>Pastoralis sollicitvdinis, sive, De officio, et potestate episcopi tripartita descriptio, Lugduni: Sumptibus Philippi Borde, Lavrentii Arnavd, Petri Borde, & Gvilielmi Barbier, 1665.</p>	<p>Convento de San Agustín</p>	<p>Ilegible</p>
<p>Praxis exigendi pensiones, aduersus calvmniantes, et diferentes illas solvere, Lugduni: Sumptibus Philippi Borde, Lavrentii Arnavd, Petri Borde, & Gvilielmi Barbier, 1663.</p>	<p>Convento de San Agustín</p>	<p>Dn. Joseph Joachin del Rincon y Mendoza</p>

Pastoralis sollicitvdinis, sive, De officio, et potestate episcopi: tripartita descriptio, Coloniae Agrippinae: Apud Ioannem Bvsaevm, 1662.	Convento de Santo Domingo	
Ivris ecclesiastici vniversi: libri tres, Lugduni: Sumptibus Phil. Borde; Lavr. Arnavd, & Clavd. Rigavd, 1660.	Convento de San Agustín	
Pastoralis sollicitvdinis, sive, De officio, et potestate parochi: tripartitia descriptio, Lugduni: Sumptibus Laurentij Durand, & Laurentij Arnaud, 1660.		Fr. Ordonez
Tractatvs varii, Lugduni: Sumptibus Philippi Borde, Lavrentii Arnavd, & Clavdii Rigavd, 1660.	Convento de San Agustín	Dr. Dn. Joseph Jacinto del Rincon y Mendoza
Tractatvs de canonicis, et dignitatibvs: aliisque inferioribus beneficiariis cathedralium, & collegiatarum ecclesiarum, eorumque officiorum tam in choro, quam in capitulo, Lugduni: Sumptibus Philippi Borde, Lavrentii Arnavd & Clavdii Rigavd, 1658.	Convento de San Agustín	
Collectanea doctorvm qui in svis operibvs Concilii Tridentini loca referentes, illorum materiam incidenter tractarunt, [et] varias quaestiones, in foro ecclesiastico uersatibus maxime utiles, deciderunt, Lugduni : Sumptibus Philippi Borde, Lavrentii Arnavd, Clavdii Rigavd, 1657.	Convento de San Agustín, Puebla	
Collectanea ex doctoribvs tvn princis, tvn neotericis, in codicem Ivstiniani, Lugduni: Sumptibus Philippi Borde, Arnaud, & Cl. Rigaud, 1657-1660.		Licdo. Ruiz de la Motta

Collectanea doctorvm tam vetervm, quam recentiorvm in ius pontificivm vniversvm, Lugduni: Sumptibus Philippi Borde, Lavrentii Arnavd, & Clavdii Rigavd, 1656.	Convento Grande de San Francisco	Ex Bibliotheca Magni Mexicani Conventus S.P.N.S. Francisci
Pastoralis sollicitvdinis, sive, De officio, et potestate parochi: tripartita descriptio, Lugduni: Sumptibus Philippi Borde, Lavrentii Arnavd, & Clavdii Rigavd, 1655.		Ilegible
Praxis exigendi pensiones, adversvs calumniantes, et differentes illas solvere, Lugduni: Sumptibus Philippi Borde, Lavrentii Arnavd, & Clavdii Rigavd, 1653.		Consultationes vota consultura
Collectanea doctorvm qui in suis operibvs Concilii Tridentini loca referentes, illorum materiam incidenter tractarunt, [et] varias quaestiones, in foro ecclesiastico versatibus maxime utiles, deciderunt, Lugduni: Sumptibus Philippi Borde, Lavrentii Arnavd, & Clavdii Rigavd, 1651.	Convento de San Sebastián	Dn. Garcia delegan Velasco
Svmma apostolicarvm decisionum: extra ius commvne vagantivm, Lugduni: Sumptibus Philippi Borde, Laurentij Arnaud, & Claudij Rigaud, 1650.	Convento de San Agustín	
Svmma apostolicarvm decisionvm: extra ius commune vagantivm, Genevae: Excudebat Ioannes de Tournes, 1650.		Fdo. Monteral
Collectanea ex doctoribus tum priscis, tum neotericis in codicem iustiniani, Lugduni: Sumptibus Haered Petri Prost, Philippi Borde, Laurentij Arnavd, 1648-1650.	Convento Grande de San Francisco	Ex Bibliotheca Magni Mexicani Conventus S.P.N.S. Francisci

Tractatus de canonicis, et dignitatibus aliisque inferioribus beneficiariis cathedralium, & collegiatarum ecclesiarum, eorumque officiorum tam in choro, quam in capitulo, Lugduni: Sumptibus Haered Petri Prost, Philippi Borde, Laurentii Arnaud, 1648-1700.	Convento de San Joaquín	Es del Colegio de Sn. Joachin se compro ano de 1750
Iuris ecclesiastici vniversi: libri tres, Lugduni: Sumptibus Haer. Petri Prost, Philip Borde, & Lavrentii Arnavd, 1645.	Convento de San Joaquín Convento de San Agustín Convento Grande de San Francisco	Ex Bibliotheca Magni Mexicani Conventus S.P.N.S. Francisci
Collectanea doctorum qui suis in operibus Concilij Tridentini loca referentes, illorum materiam incidenter tractarunt, [et] varias quaestiones, in foro ecclesiastico uersantibus maxime utiles, [et] necessarias, deciderunt, Lugduni: Sumptibus Lavrentii Dvrand, 1642.	Convento Grande de San Francisco	Lic. Ordonez Ex Bibliotheca Magni Mexicani Conventus S.P.N.S. Francisci
Pastoralis sollicitvdinis, sive, De officio, et potestate parochi : tripartita descriptio, Lugduni: Sumptibus Laurentij Durand, Laurentij Arnaud, 1641.	Convento de Santa Ana Coyoacán Convento Grande de San Francisco	Ex Bibliotheca Magni Mexicani Conventus S.P.N.S. Francisci
Tractatus de canonicis, et dignitatibus: aliisque inferioribus beneficiariis cathedralium, & collegiatarum ecclesiarum, eorumque officio tam in choro, quam in capitulo, Lugduni: Sumptibus Laurentij Durand, & Laurentij Arnaud, 1640.	Convento Grande de San Francisco	Luis Ordonez Ex Bibliotheca Magni Mexicani Conventus S.P.N.S. Francisci
Collectanea doctorum tam veterum, quam recentiorum, in ius pontificium vniversum, Romae: Apud Ioannem Paulum Rochetti, 1637.		Lic. Ordonez

Collectanea doctorvm: tam vetervm, qvam recentiorvm, in ius pontificivm vniversvm, Lugduni: Sumptibus Lavrentii Dvrand, 1636.	Colegio de San Juan de Letrán	Bibliotheca Collegij Mexicani Societatis Jesu
Praxis exigendi pensiones contra calvmniantes, & differentesillas solvere, Lugduni: Sumptibus Laurentii Dvrand, 1636.	Convento de los Dieguinos de Tacubaya	Ilegible
Iuris ecclesiastica vniversi: libri tres, Lugduni: Sumptibus Lavrentii Dvrand, 1634.	Colegio de San Juan de Letrán Convento de San Joaquín de Tacubaya	
Collectanea bvlarii aliarvmve svmmorvm pontificvm constitutionvm, necnon praecipuarum decisionum: qvae ab apostolica sede, et sacris congregatioribus S. R. E. Cardinalium Romae celebratis usque ad annvm 1633 emanarunt, Lugduni: Sumptibus Lavrentii Dvrand, 1634.	Convento de los Dieguinos de Tacubaya	
Variae tractationes iuris: in quibvs continentvr quinque tractatus legales iuxta seriem alphabeticam brevi methodo disposito, Lugduni: Sumptibus Lavrentii Dvrand, 1631.	Convento Grande de San Francisco Convento de San Joaquín	Lic. Ordonez Es del collegio de carmelitas descalzos de San Joachin Ex Bibliotheca Magni Mexicani Conventus S.P.N.S. Francisci
Collectanea doctorvm tam vetervm, qvam recentiorvm in ius pontificium vniuersum, Romae: Ex typographia R. Camerae Apost., 1629.	Colegio de San Joaquin	Es del Collegio de San Jhoachin se compro ano de 1750

Pastoralis sollicitvdinis, sive, De officio, et potestate episcopi: tripartita descriptio, Lugduni: Sumptibus Lavrentii Arnavd, 1628.	Convento de San Agustín	
Sacros. Concilii Tridentini canones et decreta item declarationes cardinalium concilii interpretum, ex ultima, recognitione Ioannis Gallemart; cum anotationibus Ioan Sotealli, et Horaty Lucy, Augustini Barbosa et decisionibus, Lugduni: Sumptibus Claudi Landry, 1624.	Convento de San Diego	
Remissiones doctorvm qui varia loca concilii Tridentini incidenter tractarvnt, Vallisoleti: Ex Typographia Hieronymi Morillo, 1621.	Convento de San Agustín	Ilegible
Remissiones doctorum qui varia loca Concilij Tridentini ni incidenter Tractarunt, Lugduni: Horatij Cardon, 1619.	Colegio de San Pedro y San Pablo	
Remissiones doctorvm qui varia loca Concilii Tridentini incidenter tractarvnt, [S.l. : s.n.], 1618.	Convento de San Agustín	
De officio et potestate episcopi, [S.l. : s.n., 16-?].	Colegio de San Juan de Letrán	

Como se desprende de los datos antes expuestos, el libro de mayor presencia en las colecciones era la *Pastoralis sollicitvdinis* (10 volúmenes), a la cual le seguían en importancia la *Praxis exigendi* (7 volúmenes) y la *Collectanea doctorum* (7 volúmenes). El *Iuris ecclesiastici universi* (6 volúmenes) también era una obra infaltable.

Sobre las ediciones halladas en la colección bibliográfica, la mayoría procedían de la ciudad de Lyon, Francia (Lugduni), y casi todas ellas pertenecían a los impresores Philippe Borde, Laurence Arnaud y Claude Rigaud, mientras que su impresor de toda la vida, Laurence Durand, sólo está presente con 8 volúmenes.⁴⁴

Entre las instituciones poseedoras, como se desprende de sus marcas de propiedad, destacaban los conventos de San Agustín (18 volúmenes), San Francisco (15

44 HESPANHA, Antonio Manuel - Agostinho Barbosa. *The Formations and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*. Suiza: Springer, 2016, p. 203.

volúmenes) y la Catedral Metropolitana (13 volúmenes). Resalta también el dato de que ningún libro parece contener la marca de fuego de la Real y Pontificia Universidad de México,⁴⁵ pero, como ya se advirtió previamente, la imagen de este catálogo es sólo parcial y seguramente algunos libros se hallan dispersos en otras colecciones bibliográficas.⁴⁶

Además de su presencia física en las bibliotecas novohispanas, su autoridad puede ser confirmada a nivel doctrinal por su mención en diversos tratados de gran influencia en el derecho indiano. Así, fue el jurista más citado, junto con Martín de Azpilcueta, en el influyentísimo Curso de derecho canónico hispano e indiano de 1743 de Pedro Murillo Velarde, quizás la obra canónica de mayor relevancia en el orbe hispano.⁴⁷ Tampoco se olviden las menciones a su *Collectanea iuris*⁴⁸ en la Política Indiana de Juan de Solórzano Pereira, así como su cita en algunos juicios de excomunión de los independentistas americanos.⁴⁹

De igual forma, era nombrado por el ilustrado gallego Juan Francisco de Castro en los Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes, quien echaría mano del portugués en su aparato crítico, en donde son frecuentes las citas a su *Iuris Ecclesiastici Universi* y *Thesaurus locorum communium iurisprudentiae*.⁵⁰

Su nombre no pasaba desapercibido en el foro novohispano, en donde era común citarlo en los alegatos y consultas jurídicas, como en un litigio sobre la oposición a una canonjía magistral vacante, cuyo autor, al tratar sobre un tema de edictos, colocaba la jerarquía del lusitano a la misma altura que la Aristóteles y Escoto.⁵¹

En nuestro territorio su influencia alcanzaría el siglo XIX, cuando Joaquín de Escriche en su renombrado Diccionario razonado continuaba citando sus *Collectanea doctorum* y *Pastoralis sollicitudinis*.⁵² Ni que decir respecto a su uso en los litigios canónicos ya bien entrado el siglo XIX.⁵³ Estos son sólo dos ejemplos de la longevidad y resistencia de Agostinho Barbosa a sucumbir ante una modernidad jurídica en la que

45 Aunque recientemente han surgido nuevas investigaciones que han puesto en discusión esta marca de propiedad. SUÁREZ RIVERA, Manuel - Disputa de fuego. La marca de propiedad de la Biblioteca de la Real Universidad de México. Estudios de Historia Novohispana. Vol. LIX (2018), pp. 88-117.

46 Un análisis al Fondo Antiguo de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UNAM permitió corroborar que tampoco contiene libros de Agostinho Barbosa, pero debe indagarse aún más sobre este aspecto. Otro hecho que explica la ausencia del autor lusitano en el fondo de la Real y Pontificia Universidad de México es que su biblioteca sería fundada hasta 1778.

47 MURILLO VELARDE, Pedro - Curso de derecho canónico hispano e indiano (1743). México: El Colegio de Michoacán-Facultad de Derecho de la UNAM, Vol. I, 2005, pp. 146-147.

48 BARRERO GARCÍA, Ana María - La literatura jurídica del barroco europeo a través de la obra de Solórzano Pereira. Revista Chilena de Historia del Derecho. No. 15 (1989), p. 71.

49 PENA GONZÁLEZ, Miguel Anxo - Conflictos en las independencias hispanoamericanas: las excomuniones de los insurgentes de la Paz y su validez canónica. Revista Española de Derecho Canónico. Vol. 68. No. 170 (2011), pp. 113-203.

50 CASTRO, Juan Francisco de - Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes. Madrid: Joachin Ibarra, 2 Vols., 1765.

51 DÍAZ CIENFUEGOS, Pedro - Consulta jurídica sobre la oposición de la Canonjía Magistral vacante, de la catedral de Caracas. México: En la Imprenta Real del Superior Gobierno de Doña María de Rivera; en el Empedradillo, 1734, p. 14.

52 GONZÁLEZ, María del Refugio - El derecho indiano en el Diccionario de Escriche anotado por Rodríguez de San Miguel. Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. México: UNAM, 1995, p. 554.

53 GARCÍA UGARTE, Marta Eugenia - Poder político y religioso. México siglo XIX. México: Cámara de Diputados-UNAM-IMDOSOC-Miguel Ángel Porrúa, 2010, pp. 177-178.

el *ius canonicum* parecía no tener más cabida.

5. Conclusiones

Hasta el momento la historiografía jurídica mexicana ha apuntado al análisis de autores hispanos, razón entendible por los obvios vínculos de comunidad política. Sin embargo, en este camino ha olvidado que la variada literatura del *ius commune* se conformaba por una gran cantidad de autores que posiblemente ahora escapan a nuestra consideración, pero que en ese momento eran auténticos best sellers del ámbito forense. Este era el caso de Agostinho Barbosa, cuya obra, como ha quedado demostrado, tuvo gran aceptación sobre todo en los colegios y seminarios religiosos, los cuales eran instituciones que de manera indirecta intervenían como dispositivos normativos para el control de la grey católica.

Sus libros, además de circular ampliamente en las bibliotecas novohispanas, también fueron utilizados en la praxis judicial, en donde la voz del jurista lusitano tenía la fuerza suficiente como argumento de autoridad en los alegatos, la cual pudo incluso mantenerse hasta las postrimerías del siglo XIX. Esta breve investigación pretende ser un acercamiento a su obra en la Nueva España, pues un análisis muy profundo necesitaría del esfuerzo plural de instituciones y personas para averiguar, con más detalle, el verdadero impacto de su obra en las jurisdicciones de la América hispana.

6. Bibliografía

AGUIRRE SALVADOR, Rodolfo - El mérito y la estrategia: clérigos, juristas y médicos en Nueva España. México: CESU-UNAM-Plaza y Valdés Editores, 2003.

ALONSO ROMERO, María Paz - Salamanca, escuela de juristas. Estudios sobre la enseñanza del derecho en el Antiguo Régimen. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2012.

BARBOSA, Diogo - Bibliotheca Lusitana. Lisboa: Oficina de Antonio Isidoro da Fonseca, 1741.

BARNABÉ DE EDESCANO, Antonio - Demetrio Moderno ou o Bibliografo Juridico Portuguez. Lisboa: La Oficina desa Silva Godinho, 1781.

BARRERO GARCÍA, Ana María - La literatura jurídica del barroco europeo a través de la obra de Solórzano Pereira. Revista Chilena de Historia del Derecho. No. 15 (1989), pp. 65-85.

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier - Librería de don Sebastián Calvo de la Puerta (1717-1767) oidor de la Real Audiencia de Guatemala. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Vol. XXI (1999), pp. 345-347.

BENITO MOYA, Silvano - La cultura teológica de las élites letradas. ¿Especulación teórica o pragmatismo en el Tucumán del siglo XVIII? Hispania Sacra. Vol. LXV (2013), pp. 309-359.

BERMAN, Harold - La formación de la tradición jurídica de Occidente. México: FCE, 1996.

BRAVO LIRA, Bernardino - El derecho indiano después de la independencia en América española: legislación y doctrina jurídica. Historia. Vol. XIX (1984), pp. 5-52.

BRUNDAGE, James - The Profession and Practice of Medieval Canon Law. Cornwall: Ashgate, 2004, pp. 177-196.

CLAVERO, Bartolomé - Historia del derecho: derecho común. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2011.

————— Cataluña como persona, una prosopopeya jurídica. IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino, SÁNCHEZ LAURO, Sixto (eds.). Centralismo y autonomismo en los siglos XVI-XVII. Homenaje al profesor Jesús Lalín de Abadía. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1989, pp. 101-120.

Constituciones de la Real y Pontificia Universidad de México. México: Felipe de Zúñiga y Ontiveros, 1775.

DÍAZ CIENFUEGOS, Pedro - Consulta jurídica sobre la oposición de la Canonjía Magistral vacante, de la catedral de Caracas. México: En la Imprenta Real del Superior Gobierno de Doña María de Rivera; en el Empedradillo, 1734.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio - Manual de Historia del Derecho Indiano. México: UNAM, 1994.

DUVE, Thomas - La Escuela de Salamanca: ¿un caso de producción global de conocimiento? Max Planck Institut for European Legal History. Working Paper Series. No. 2018-2. Disponible en: [Fecha de consulta: 13 de junio de 2020].

GARCÍA UGARTE, Marta Eugenia - Poder político y religioso. México siglo XIX. México: Cámara de Diputados-UNAM-IMDOSOC-Miguel Ángel Porrúa, 2010.

GAUDEMET, Jean - La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV^e et V^e siècles. París: Instituto de Derecho Romano de la Universidad de París, 1957.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Enrique - Los estudios sobre historia de la universidad colonial. Encuentro académico. XX aniversario del CESU. México: CESU-UNAM, 1997, pp. 23-47.

————— Colegios y universidades. La fábrica de los letrados. VOGLEY, Nancy; RAMOS MEDINA, Manuel (coords.). Historia de la literatura mexicana. México: Siglo XXI-UNAM, 2011, pp. 104-127.

GONZÁLEZ, Fernando - Apuntes liminares de derecho canónico indiano. Anuario Argentino de Derecho Canónico. Vol. XVI (2009-2010), pp. 269-277.

GONZÁLEZ, María del Refugio - El derecho indiano en el Diccionario de Escriche anotado por Rodríguez de San Miguel. Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. México: UNAM, 1995, pp. 543-570.

GROSSI, Paolo - El orden jurídico medieval. Madrid: Marcial Pons. 1996.

HESPANHA, Antonio Manuel - Agostinho Barbosa. The Formations and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing. Suiza: Springer, 2016, pp. 202-205.

HOMMEL, Carol Ferdinand - *Litteratura iuris*. Lipsiae: Apvd Ioannem Wendlervm, 1761.

KUTTNER, Stephen - *Harmony from Dissonance. An Interpretation of Medieval Canon Law*. Nueva York: Archabbey Press, 1960.

MACHADO CABRAL, Gustavo - *Ius Commune in Portuguese America: Criminal issues on Local canon Law in the 'First Constitutions of the Diocese of bahia' (1707)*. *Glossae. European Journal of Legal History*. No. 13 (2016), pp. 307-327.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino - *Acerca de la recepción del ius commune en el derecho de Indias: notas sobre las opiniones de los juristas indianos*. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. No. 15 (2003), pp. 447-523.

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Pablo - *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos años*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2011.

MURILLO VELARDE, Pedro - *Curso de derecho canónico hispano e indiano (1743)*. México: El Colegio de Michoacán-Facultad de Derecho de la UNAM, Vol. I, 2005.

NESTOLA, Paola - "Nemine discrepante". *Agostinho Barbosa (1590.1649), estudante da universidade de Coimbra, erudito lexicógrafo, canonista difamado?* *Biblos*. No. 5 (2019), pp. 173-195.

NUZZO, Luigi - *Between America and Europe. The Strange Case of the derecho indiano*. PIHLAJAMÄKI, Heikki, DUVE, Thomas (eds.) - *New Horizons in Spanish Colonial Law. Contributios to Transnational Early Modern Legal History*. Fráncfort: Max Planck Institute for European Legal History, 2015, pp. 161-191.

OSORIO ROMERO, Ignacio - *Historia de las bibliotecas novohispanas*. México: SEP, 1986.

PENNINGTON, Kenneth - *The Prince and the Law, 1200-1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*. Los Angeles: University of California Press, 1993.

PEÑA ESPINOSA, Jesús Joel - *Autores portugueses del siglo XVII para un obispo de la Nueva España*. *Lusitania Sacra*. No. 25 (2012), pp. 33-51.

——— *Fuentes, autoridades y normas para la enseñanza del derecho canónico en el seminario de Puebla durante la época novohispana*. ALBANI, Bendetta; DANWERTH, Otto; DUVE, Thomas - *Normatividades e instituciones eclesiásticas en la Nueva España, siglos XVI-XIX*. Fráncfort: Max Planck Institute for European Legal History, 2018, pp. 51-67.

PEÑA PEÑALOZA, Roberto - *Los autores, fuentes del derecho canónico indiano, Anacleto Reiffenstuel y el Jus Canonicum Universum*. *Revista Chilena de Historia del Derecho*. No. 14 (1991), pp. 71-89.

PESET, Mariano; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Enrique - *Las facultades de leyes y cánones*. Fernández Álvarez Manuel. *La universidad de Salamanca*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, Vol. II, 1990, pp. 9-61.

PIMENTEL, Julio - *Antonio López Portillo, verdadera joya de la Universidad de México*. IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia (coord.). *La universidad novohispana: voces y*

enseñanzas clásicas. México: UNAM, 2003, pp. 75-84.

RUIZ, Rafael, THEODORO DA SILVA, Janice - La carta atenagórica: Sor Juana Inés de la Cruz y los caminos de una reflexión teológica. Estudios de Historia Novohispana. No. 29 (2003), pp. 77-95.

SALINAS ARANEDA, Carlos - Los textos utilizados en la enseñanza del derecho canónico en Chile indiano. Anuario de Historia de la Iglesia. Vol. IX (2000), pp. 215-234.

TERRÁNEO, Sebastián - Derecho canónico indiano: una hipótesis sobre su naturaleza y contenido. Revista de Historia del Derecho. Vol. XLVI (2013), pp. 99-110.

——— La enseñanza del Derecho Canónico en Indias. Anuario Argentino de Derecho Canónico. Vol. XXIII (2017), pp. 115-144.

TIERNEY, Brian - Religion, law and the growth of constitutional thought, 1150-1650. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

TRASLOSHEROS HERNÁNDEZ, Jorge Eugenio - Iglesia, justicia y sociedad en la Nueva España. La Audiencia del Arzobispado de México, 1528-1668. México: Porrúa-UNAM-IIH, 2004.

——— Historia judicial eclesiástica de la Nueva España. México: Porrúa-UNAM-IIH, 2014.

WINROTH, Anders - The Making of Gratian's Decretum. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ZABALLA BESCOECHEA, Ana de - Del Viejo al Nuevo Mundo: novedades jurisdiccionales en los tribunales eclesiásticos ordinarios en Nueva España. TRASLOSHEROS HERNÁNDEZ, Jorge Eugenio; ZABALLA BESCOECHEA, Ana de - Los indios ante los foros de justicia religiosa en la América virreinal. México: UNAM-IIH, 2010, pp. 17-46.

Breve comentário à STSJ Galicia 677/2019, de 23 de maio de 2019: ineficácia de disposição testamentária a favor do cônjuge no caso de separação de facto que subsiste no momento da abertura da sucessão. Algumas notas comparativas com o direito Português

Brief comment to STSJ Galicia 677/2019, of may 23, 2019: Inefficacy of testamentary provision in favor of the spouse in case of separation in fact that subsist at the time of the opening of the succession. Some notes comparative to portuguese law

Diana Leiras¹

Resumo: Nestas páginas fazemos um breve comentário à Sentença do Tribunal Superior de Justicia de Galicia 677/2019, de 23 de maio de 2019, relativa à declaração de ineficácia da instituição de herdeira universal em favor da esposa com fundamento na separação de facto dos cônjuges no momento da abertura da sucessão sem que tenha existido reconciliação conjugal. Esta sentença julga improcedente o recurso por ser inadmissível a introdução de uma questão nova, mas o Tribunal decidiu responder a essa questão de fundo, a qual consiste em saber se a ineficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge opera *ope legis*, ou, se tem, como alega a recorrente, de ser completada ou ratificada com a vontade inequívoca do causante de querer tal ineficácia ao tempo do seu falecimento. Com vista a um melhor alcance do objetivo delineado, analisamos o regime previsto no artigo 208 da Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, e a eficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge no caso de restabelecimento da vida conjugal. Apresentamos, ainda, algumas notas comparativas com o regime consagrado no Direito português para a situação paralela, que, todavia, não abrange a separação de facto.

Palavras-chave: testamento; separação de facto; ineficácia; reconciliação

Abstract: In these pages we make a brief comment to the sentence of the Tribunal Superior de Justicia de Galicia 677/2019, of may 23, 2019, on the declaration of ineffectiveness of the institution of universal heiress in favor of the wife on the grounds of the *de facto* separation of the spouses at the time of the opening of the succession without marital reconciliation. This decision dismissed the appeal, since the introduction of a new question isn't admissible, but the Court has decided to answer that substantive question, to which consists of whether the ineffectiveness of the testamentary provisions in favor of the spouse operates *ope legis*, or whether it has, as the applicant claims, to be completed or ratified with the unequivocal will of the deceased to want such ineffectiveness at the time of his death. To better achieve the objective set, we analysed the regime provided for in artigo 208 of Ley 2/2006, of 14 de junio, of Derecho Civil de Galicia, and the effectiveness of the testamentary provisions in favor of the spouse in the case of reestablishment of married life. We present also comparative notes with the regime enshrined in portuguese Law for the parallel situation, which, however, does not cover *de facto* separation.

Key words: testament; *de facto* separation; ineffectiveness; reconciliation

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela. Docente no Departamento de Direito da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Portugal. dleiras@ipca.pt

Recebido: 28.04.2020

Aprovado: 29.06.2020

Instituto Politécnico do
Cávado e do Ave
Portugal

Volume 1, Número 2,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

1. Resumo dos factos

O causante outorgou testamento em que instituiu herdeira universal a sua esposa, a qual lhe veio a sobreviver. Após a outorga do testamento, os cônjuges separaram-se de facto, situação que persistia à data do falecimento do testador, o mesmo é dizer no momento da abertura da sucessão. Esta circunstância conduziu à propositura de uma ação judicial pela mãe do causante perante o Juzgado de Primera Instancia número 4 de Lugo, com vista à declaração de ineficácia sobreveniente de disposição testamentária a favor do cônjuge.

A viúva contestou a ação e, por sua vez, solicitou a improcedência integral da mesma com condenação de custas à parte demandante.

2. Decisões da primeira instância e da apelação

Em primeira instância, através de sentença de 1 de setembro de 2016, a ação proposta pela mãe do causante contra a viúva deste foi julgada integralmente procedente e declarou a ineficácia da deixa testamentária a favor desta última.

A viúva interpôs recurso dessa sentença perante a *Audiencia Provincial de Lugo*, pedindo a revogação da sentença proferida em primeira instância. A apelante alegou que era casada com o testador e que a relação conjugal que os unia subsistiu até à data do óbito daquele, assim como negou a rutura dessa mesma relação. Nesse sentido, invocou que a decisão de primeira instância não fez uma correta aplicação do artigo 208 da *Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia* (LDCG).

A Sentença da *Audiencia Provincial de Lugo*, de 31 de outubro de 2018, julgou integralmente improcedente o recuso interposto pela viúva, por considerar provada a separação de facto dos cônjuges no momento da abertura da sucessão, situação que nos termos do artigo 208 LDCG determina a ineficácia das disposições de última vontade a favor do cônjuge salvo se do testamento resultar o contrário.

3. Objeto do recurso interposto perante o Tribunal Superior (recurso de casación)

A recorrente alegou a incorreta aplicação do artigo 208 LDCG, mas fê-lo introduzindo uma questão jurídica nova. Isto, em desobediência ao disposto no artigo 477.1 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, que dispõe que o recurso só pode ter como fundamento a infração de normas aplicáveis para resolver as questões objeto do processo. Esta regra processual determinou de per si a inadmissibilidade do recurso (Fundamento de Direito primeiro). Porém, o Tribunal Superior decidiu responder à questão prejudicial que foi introduzida ex novo, assinalando que o recurso seria julgado improcedente ainda que não se tivesse incorrido na referida irregularidade processual (Fundamento de Direito segundo).

Essa questão consiste em saber se, como a recorrente afirma, a ineficácia superveniente das disposições testamentárias a favor do cônjuge não opera ope legis, tendo de ser completada ou ratificada com a vontade inequívoca do causante de

querer tal ineficácia ao tempo do seu falecimento.

4. A Doutrina do Tribunal Superior

O motivo de recurso invocado não é acolhido pelo Tribunal Superior, que considera que a ineficácia superveniente das disposições testamentárias a favor do cônjuge opera *ope legis*, em concreto por força do artigo 208 LDCG.

Na argumentação da sua posição, o Tribunal começa por aludir às circunstâncias que caracterizam o caso em análise, e que se encontram provadas na primeira instância:

“1ª. Don Carlos Jesús contrajo matrimonio con doña Penélope el 3 de julio de 2004.

2ª. El 6 de agosto de 2010 don Carlos Jesús otorgó testamento abierto notarial, en cuyas dos primeras cláusulas se hace constar que “está casado en únicas nupcias con doña Penélope (...), y no tiene descendientes” (cláusula primera), así como que, para el caso de que a su fallecimiento no deje descendientes, “instituye y nombra universal heredera a su citada esposada y la substituye vulgarmente por su madre, doña Rosa (...)” (cláusula segunda).

3ª. En el año 2012 los cónyuges se separaron de hecho y don Carlos Jesús se trasladó a vivir a casa de su madre, llevándose todas sus pertenencias.

4ª. En el año 2013 don Carlos Jesús comenzó una relación sentimental con doña Caridad, habiendo alquilado ambos un piso con la duración de un año prorrogable. Dicha relación era conocida por todos, incluso por la familia y por doña Penélope”.

5ª. Fracasada la relación con doña Caridad, don Carlos Jesús regresó a casa de su madre.

6ª. En el mes de mayo de 2014, don Carlos Jesús ingresó en un centro de rehabilitación, y poco después de salir del mismo, tras haber permanecido aproximadamente mes y medio, comenzó una relación sentimental con doña Florinda, quien fue su pareja estable desde agosto de 2014 hasta su fallecimiento el 15 de junio de 2015. Toda la familia conocía a doña Florinda, quien asistió al velorio de don Carlos Jesús en su condición de pareja.

7ª. Don Carlos Jesús falleció sin descendientes y bajo el antes mencionado testamento abierto notarial”.

Quanto à questão prejudicial em si mesma, o Tribunal argumenta que o testamento é ineficaz por posterior separação de facto entre os cônjuges, que persiste no momento do falecimento do testador, sem que do testamento resulte que a sua outorga teve lugar estando já os cônjuges em tal condição. O Tribunal assinala que *“esto es así porque para el legislador gallego la ineficacia de la disposición testamentaria a favor del cónyuge del artículo 208 LDCG/2006 tiene lugar ope legis o por ministerio de la ley en el caso – entre otros – de que al fallecer el testador los consortes se hallasen separados de hecho «salvo que del testamento resulte otra cosa”, esto es, del testamento y no de cualquier conducta ulterior y ajena al mismo, excepción hecha de la reconciliación conyugal, como es lógico”*. O Tribunal entende, pois, que a ineficácia da disposição testamentária resulta diretamente do artigo 208 LDCG, não

sendo exigida ou requerida qualquer declaração de vontade do causante que a complete ou ratifique. O Tribunal não nega o caráter dispositivo do aludido artigo, mas só admite a eficácia da disposição testamentária quando seja possível inferir do próprio testamento a intenção do testador em favor do seu cônjuge com indiferença da sua condição de tal, bem como de uma posterior situação de crise conjugal².

A argumentação do Tribunal assenta ainda na comparação da solução prevista no artigo 208 LDCG com a solução consagrada no artigo 422-13 do Livro Quarto do Código Civil de Catalunha relativo às Sucessões, que também consagra situações de ineficácia superveniente, e estabelece de modo objetivo os casos de aplicação da norma, *rectius* situações de crise conjugal ou de convivência, para determinar com base nelas a eficácia das disposições a favor do cônjuge.

A argumentação do Tribunal inclui ainda a referência a algumas decisões do Tribunal Supremo no âmbito do Direito Civil comum ou estatal (SSTS 531 e 532/2018, de 26 e 28 de setembro), em que não existe uma norma análoga aos aludidos artigos da LDCG e Livro Quarto do Código Civil de Catalunha. Tais sentenças assumem como suficiente que a disposição testamentária seja efetuada a favor de cônjuge (ou convivente) para se entender que a qualidade de tal foi causa, ou motivo, da mesma, determinando a ineficácia da disposição testamentária por aplicação do artigo 767/1.º Código Civil³.

2 Esta foi também a posição seguida pelo mesmo Tribunal num caso similar, tal como resulta da argumentação apresentada: “(ya en la STSJG 31/2012, de 4 de septiembre, pusimos de manifiesto que el artículo 208 LDCG/2006 es «una norma dispositiva de carácter general, residual, que se refiere a la ineficacia sobrevinida de las disposiciones de última voluntad en favor del cónyuge viudo en el sentido de que, salvo que sea otra la voluntad del testador, las establecidas no surtirán efecto, entre otros, en los casos de separación de hecho subsistente en el momento de fallecer el causante»)”.

3 O artigo 767/1.º do Código Civil dispõe o seguinte: “La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa”. Esta posição é seguida por Gómez Calle, para quem “en línea con un sector de la doctrina, cuando pueda demostrarse que el testador dispuso de cierta forma determinado por una concreta presuposición acerca del futuro, y que no habría hecho así de haber sabido al tiempo de testar como se desarrollarían realmente los acontecimientos, debería aplicarse el artículo 767.1 CC para justificar la invalidez de dicha disposición, por desaparición sobrevinida de su causa”. Cfr. Código Civil comentado (Cañizares Laso, A. e outros, Dirs.), vol. II, 2.ª ed., Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2016, p. 673. Vid. da mesma autora, El error del testador y el cambio sobrevinido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2007, pp. 27 e ss. No entendimento de que o artigo 767.º Código Civil foi pensado exclusivamente para a situação em que a causa é falsa no momento da disposição, o que não sucede em relação a circunstâncias supervenientes à outorga das disposições testamentárias, e que a indicação no testamento de que o beneficiário é cônjuge do testador constitui um elemento de identificação da pessoa em causa, não pretendendo significar que era vontade do testador que a disposição só produzisse efeitos se à data do seu falecimento o beneficiado mantivesse a condição de seu cônjuge, cfr. Domínguez, César Manuel Fernández-Casqueiro, in Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia, Comentarios a los Títulos IX y X de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, y a la Ley 10/2007, de 28 de junio (Cora Gerreiro, J. M. e outros, Coords.), vol. I, Madrid, Colegio Notarial de Galicia – Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 2007, p. 323; e Soto, José Luis Espinosa de, in Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio (Rebolledo Varela, Á. L., Coord.), Cizur menor, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 901. É esta a orientação seguida na RDGRN de 26 de fevereiro de 2003, que num caso em que a esposa foi instituída herdeira testamentária pelo esposo e os cônjuges se encontram divorciados à data da morte do cônjuge testador, decide que “el hecho de que en la disposición testamentaria se identifique al beneficiario por su relación de cónyuge del testador, después de haber expresado su identidad, no permite concluir que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues bien pudiera entenderse la expresión de aquella relación como un elemento simplemente identificativo, lo que impediría aplicar el artículo 767 del Código Civil” (BOE n.º 85, de 9 abril de 2003).

4.1 Algumas notas sobre o conceito de separação de facto

A separação de facto tem lugar quando os cônjuges vivem separados sem oficializar a situação⁴: para a ordem jurídica, a relação de convivência e de afetos entre os cônjuges mantém-se, assim como subsistem os deveres conjugais (arts. 67 e 68 Código Civil). Tratando-se de uma separação puramente fáctica, nela reveste especial importância o dever de coabitação, que é até objeto de uma presunção legal (“se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos”, cfr. artigo 69)⁵.

Não existe separação de facto quando a vivência conjugal cessa durante certo tempo por razões alheias à vontade dos cônjuges, mas tão só quando ocorre por vontade destes⁶. Dito de outro modo, não se considera que os cônjuges estão separados de facto se existe entre eles um mero distanciamento físico motivado, por exemplo, por razões laborais ou profissionais⁷. Sob outro prisma, a interrupção da vida conjugal não implica que os cônjuges deixem de viver no mesmo domicílio, desde logo porque ambos podem carecer de habitação⁸. O anterior artigo 87 Código Civil, revogado pela *Ley 15/2005*, que suprimiu as causas de separação ou divórcio, entre elas a cessação da vivência conjugal, estabelecia o seguinte: “*el cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 y 86 de este Código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente*”; e, ainda, que “*la interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga*”.

Face ao exposto, embora por norma seja necessária a reunião cumulativa de dois requisitos para se poder considerar que os cônjuges estão separados de facto – um, objetivo, que corresponde à cessação da vivência dos cônjuges sob o mesmo teto; e outro, subjetivo (*animus*), que traduz o desejo dos cônjuges de não restabelecerem a vida matrimonial –, dada a flexibilidade que o primeiro requisito pode assumir, o único elemento decisivo é este último, o qual se traduz na quebra da *affectio maritalis*⁹.

4 Mora, María Carmen Crespo, “Algunos aspectos de la legítima del cónyuge viudo separado de hecho. Perspectivas de futuro”, in *Boletín de La Facultad de Derecho*, n.º 27, 2005, pp. 159-160.

5 Esta presunção cessa uma vez admitida a ação de nulidade, separação ou divórcio (artigo 102 Código Civil). Nos termos do artigo 105 Código Civil, “no incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud” (de nulidade, separação ou divórcio).

6 ALLUÉ, FERNANDO CRESPO, “COMENTARIOS DEL NUEVO ARTÍCULO 834 DEL CÓDIGO CIVIL”, in *COMENTARIOS A LA REFORMA DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO* (GUILARTE GUTIÉRREZ, V. DIR.), VALLADOLID, LEX NOVA, 2005, p. 249.

7 Balmaseda, María Ángeles Egusquiza, *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 64.

8 Tal como escreve Nieto Alonso, “piénsese en épocas de crisis económica y el difícil acceso a la vivienda que, de forma inexorable, propician la convivencia en el mismo domicilio, aun faltando el necesario afecto marital para resultar beneficiario de los sus dichos derechos sucesorios”. Cfr. “La legítima del cónyuge viudo”, in *Tratado de legítimas* (Torres García, T. F., Coord.), Barcelona, Atelier, 2012, p. 242, nota 195.

9 DOMÍNGUEZ, CÉSAR MANUEL FERNÁNDEZ-CASQUEIRO, *OP. CIT.*, p. 328. COMO DIZ RAGEL SÁNCHEZ “aunque es muy difícil de probar, puede existir separación de hecho en aquellos casos en que los cónyuges siguen viviendo bajo el mismo techo pero han cortado por completo sus relaciones conyugales”. CFR. *LAS MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL DEL AÑO 2015* (BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., COORD.), VALENCIA, TIRANT LO BLANCH, 2016, p. 855.

Se os cônjuges continuaram a viver no mesmo domicílio, é difícil a prova de uma autêntica separação de facto, tendo em conta que está em causa uma situação de âmbito interno da família, difícil de comprovar no exterior. Por seu turno, a prova está facilitada se os cônjuges outorgaram *capitulaciones matrimoniales* para substituir o regime da *sociedad de gananciales* pelo regime da separação de bens, desde que tenham feito constar do documento a situação de separação de facto¹⁰, ou se celebraram um convénio regulador de divórcio por mútuo acordo (v.g. a SAP de Palencia, 19 de outubro de 2015¹¹). Também a circunstância de à data da abertura da sucessão estar pendente ação destinada a declarar a nulidade do casamento, a separação ou divórcio se apresenta como elemento concludente da separação de facto: a propositura de tal ação produz os efeitos de permitir aos cônjuges viver separados e da cessação da presunção de coabitação prevista no artigo 69 Código Civil (artigo 102/1.º Código Civil)¹².

É essencial também distinguir uma separação em que há intenção de um ou de ambos os cônjuges em fazer cessar definitivamente a comunhão de vida conjugal daquela em que um ou ambos os cônjuges apenas pretendem um tempo para refletir sobre se desejam ou não continuar juntos. Nesta última hipótese, não há uma verdadeira separação de facto para os efeitos que lei prevê, tal como a ineficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge. Em tal caso, a decisão de não restabelecer a vida em comum não estava tomada, e podia nem sequer chegar a sê-lo¹³.

Naturalmente que o facto de um dos cônjuges se encontrar (ou até ambos) a viver em união de facto com outra pessoa constitui forte indício de não há da sua parte intenção de retomar a vida conjugal. Neste sentido, pronuncia-se a já aludida SAP de Palencia, de 19 de outubro de 2015, que declara a existência de uma separação de facto à data do falecimento do esposo com base em diversos dados concludentes, entre os quais o de o cônjuge defunto se encontrar à data da abertura da sucessão a viver com outra mulher¹⁴. Outro exemplo é a SAP de Ciudad Real, de 10 abril de 2017¹⁵, que considera que os cônjuges estavam separados de facto, atendendo ao

10 Segundo Crespo Mora “lo normal es que los cónyuges otorguen capitulaciones sustituyendo el régimen de gananciales por otro régimen económico que encaje mejor en la situación de crisis matrimonial que están atravesando: esto es, el régimen de separación de bienes” (“La titularidad de los bienes y derechos adquiridos durante la separación de hecho en el régimen de gananciales”, in RJUAM, n.o 11, 2004, p. 49).

11 (Id Cendoj: 34120370012015100277).

12 A produção desses efeitos pode ser requerida pelo cônjuge que se proponha a demandar a nulidade, separação ou divórcio do seu casamento, mas a ação tem de ser proposta no prazo de trinta dias a contar da data em que esses efeitos foram adotados (artigo 104 Código Civil).

13Herrero, María Teresa Carrancho, in Código Civil comentado (Cañizares Laso, A. e outros, Dirs.), vol. II, 2.ª ed., Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2016, p. 934. Neste sentido, veja-se a SAP de A Coruña, de 16 de março de 2010 que decide que ao tempo do falecimento não existia separação de facto entre os cônjuges (que alegadamente durava há cinco meses), com fundamento de que estes apenas atravessavam nesse momento uma mera crise conjugal (não foi possível provar uma verdadeira separação ou cessação efetiva da vida em comum entre os cônjuges). De acordo com a sentença, “la experiencia demuestra que no pocas personas arrastran crisis matrimoniales durante mucho tiempo, incluso reiterando que ya no aguantan más y que van a separarse o a divorciarse, pero esto no significa que lo hagan, ya por la esperanza de un futuro arreglo, ya por indecisión, o por otros motivos personales” (Id Cendoj: 15030370042010100137).

14 Os outros dados concludentes da separação de facto invocados nesta sentença são: domicílios distintos (contratos de água, seguros...), e diferentes moradas registadas (empadronamientos); independência económica dos cônjuges; e os cônjuges terem assinado uma convenção de mútuo acordo que confirma a separação de facto existente antes do falecimento.

15 (Id Cendoj: 13034370022017100156).

conteúdo do testamento do de cuius, do qual constam disposições a favor de outra mulher (a sua nova companheira sentimental), e ainda, pela prova testemunhal que evidencia a falta de contacto entre os cônjuges ao ponto que a viúva não tinha conhecimento da “grave enfermedad y fallecimiento de aquél”.

4.2 A solução consagrada no artigo 208 LDCG

Segundo o artigo 208 LDCG, “*salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco producirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges*”.

Esta norma evidencia a intenção do legislador galego em atender àquela que seria a vontade do testador, já que consagra a ineficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge no caso de posterior crise matrimonial, salvo se do testamento resultar outra coisa¹⁶.

Desta forma, à luz da LDCG as disposições testamentárias a favor do cônjuge são feitas na condição de tal e enquanto o seja, e subsista a vida em comum do casal, a não ser que do próprio testamento seja possível concluir que o testador teria feito a disposição mesmo considerando uma futura crise matrimonial.

Com efeito, a disposição testamentária não se torna ineficaz se do testamento resultar uma vontade do testador em sentido oposto, a qual prevalece em todo o caso, tal como o legislador teve o cuidado de esclarecer ao indicar no início da norma “*salvo que del testamento resulte otra cosa*”¹⁷. Como diz ESPINOSA DE SOTO, “*QUE SE HAYA APROBADO UNA REGULACIÓN PENSADA EN LO QUE SUCEDE EN LA MAYORÍA DE LOS CASOS NO EVITA QUE SIEMPRE SEA NECESARIA UNA ADECUADA LABOR DE INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO A LA LUZ DEL PRINCIPIO GENERAL DE QUE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR ES LA LEY DE LA SUCESIÓN*”. FORA DESSE CASO, A INEFICÁCIA NÃO ATUA SE AS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS FORAM OUTORGADAS DEPOIS DE O CASAMENTO TER SIDO DECLARADO NULO, DO DIVÓRCIO OU DE OS CÔNJUGES SE TEREM SEPARADO LEGALMENTE OU DE FACTO, OU, AINDA, DEPOIS DE PROPOSTA AÇÃO TENDO EM VISTA A DECLARAÇÃO DE NULIDADE, O DIVÓRCIO OU A SEPARAÇÃO LEGAL; NESSES CASOS É POSSÍVEL CONCLUIR QUE O TESTADOR DESEJAVA A EFICÁCIA DA DISPOSIÇÃO. O MESMO ACONTECE NOS CASOS DE SEPARAÇÃO E POSTERIOR RECONCILIAÇÃO OU DIVÓRCIO E NOVO CASAMENTO SE O TESTADOR NÃO REVOGOU AS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS¹⁸.

4.3 Disposições testamentárias a favor do cônjuge no caso de reconciliação

16 O mesmo acontece no âmbito da instituição voluntária do cônjuge no usufruto da herança (em testamento ou escritura pública) através da qual o usufruto legitimário vidual pode estender-se a toda a herança, a qual fica sem efeito não só nos casos de declaração de indignidade ou deserção justa do cônjuge usufrutuário, como também de declaração de nulidade do casamento, divórcio e separação legal ou de facto (artigo 230/1 LDCG).

17 Domínguez, César Manuel Fernández-Casqueiro, op. cit., p. 326. O autor evidencia que o artigo 208 LDCG também é aplicável às disposições correspondentes entre cônjuges contidas em testamento mancomunado provocando, assim, a ineficácia das restantes disposições reciprocamente condicionadas (op. cit., p. 329).

18 Soto, José Luis Espinosa, op. cit., pp. 902-903.

As relações conjugais estão profundamente suscetíveis à mudança, sendo possível que os cônjuges separados restabeleçam a vida conjugal quando seja essa a vontade de ambos (decisão bilateral)¹⁹. Como diz Fernández González-Regueral, “*la reconciliación entre los cónyuges se traduce en una vuelta a la vida en común, restableciéndose los lazos afectivos y de amistad entre los esposos. La reconciliación, en definitiva, hace cesar el status, legal o de hecho, de cónyuges separados*”²⁰. Assim, uma verdadeira reconciliação conjugal pressupõe a verificação de dois elementos, um objetivo que corresponde ao restabelecimento da vida em comum, e um subjetivo que corresponde à intenção dos cônjuges de cessar a situação de separação e restabelecer a normalidade nas relações conjugais²¹. Não é, pois, suficiente que os cônjuges residam no mesmo domicílio (por razões de necessidade, por interesse dos filhos ou por uma mera tentativa de reconciliação), assim como não obsta à reconciliação a circunstância de aqueles terem domicílios diferentes. Isto vai de encontro com o que dispunha o anterior artigo 87.º Código Civil²².

A doutrina distingue a reconciliação efetiva da tentativa de reconciliação, que nos termos do aludido preceito era compatível com a cessação efetiva da vida conjugal. Sustenta que na primeira os cônjuges assumem a totalidade das obrigações e deveres conjugais (arts. 66, 67 e 69 Código Civil), enquanto na segunda isso não acontece (por exemplo, os cônjuges voltam a viver juntos, mas não mantêm relações sexuais ou não respeitam o dever de fidelidade), estando os cônjuges a viver um período de reflexão que pode ou não terminar em reconciliação²³. Neste sentido, a STSJ Cataluña, de 7 de setembro de 2009²⁴ declara que “*la reconciliación supone, pues, – y en eso debe distinguirse de los intentos de reconciliación – una reanudación estable y continuada de la convivencia con la finalidad de cesar la situación y los efectos derivados de la anterior separación matrimonial*”.

Face ao exposto, se os cônjuges se separaram, mas no momento em que um deles falece estão reconciliados, subsistindo a vida conjugal, não opera a ineficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge *ex vi* artigo 208 LDCG: a efetiva reconciliação determina a cessação dos efeitos que *ex lege* decorrem da separação de facto²⁵. Como é lógico, a reconciliação dos cônjuges separados apenas de facto

19 Tomé, Herminia Campuzano e González, Julio Carbajo, “Reflexiones en torno a la reconciliación de los cónyuges”, in *La Ley*, n.º 2, 1985, p. 1173.

20 González-Regueral, María Ángeles Fernández, *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la nulidad, la separación y el divorcio*, t. V, Derecho de Sucesiones, Madrid, Dykinson, 2006, p. 226. Em sentido similar, Pérez Rúa refere que a reconciliação configura um negócio jurídico de Direito da Família pelo qual os cônjuges, livremente e de forma voluntária, fazem cessar a situação jurídica de separação e retomam a comunhão de vida. Cfr. *La reconciliación matrimonial*, Almería, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 1999, p. 32.

21 Penadés, Javier Plaza, *Derechos sucesorios del cónyuge viudo separado de hecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 38.

22 Vid. González-Regueral, María Ángeles Fernández, *op. cit.*, p. 229, nota 388, e p. 231.

23 Tomé, Herminia Campuzano, *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 245.

24 (Id Cendoj: 08019310012009100049).

25 Barea, Margarita Castilla, “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio”, in *Tratado de Derecho de Familia* (Isquierdo Tolsada, M. e Cuenca Casas, M., Coords.), vol. II, Madrid, Aranzad, 2011, p. 215.

não exige a observância de qualquer formalidade²⁶.

5. Algumas notas comparativas com o Direito português

No Direito português a separação de facto não é equiparada para efeitos sucessórios à separação legal – separação de pessoas e bens - ao contrário do que sucede no Direito galego, e também no Direito Civil comum espanhol em que a separação de facto exclui os direitos legitimários e *ab intestato* do cônjuge viúvo (arts. 238 LDCG, e 834 e 945 **Código Civil espanhol**)²⁷. O n.º 3 do artigo 2133 **Código Civil português** indica apenas o divórcio e a separação de pessoas e bens como causas de exclusão do chamamento legal (legitimário e legítimo) do cônjuge viúvo, não sendo atribuído o mesmo efeito à separação de facto nem nesta norma nem em qualquer outra²⁸. Por isso, as notas comparativas que agora se escrevem **não** respeitam especificamente **à separação de facto**, sendo relativas à incidência das crises matrimoniais sobre as disposições testamentárias a favor do cônjuge em geral.

O artigo 2317 Código Civil português contém uma enumeração, **não taxativa**, de casos de caducidade das disposições testamentárias, respeitando a alínea d) desse artigo à matéria em análise. Esta norma determina a caducidade das disposições testamentárias “se o chamado à sucessão era cônjuge do testador e à data da morte deste se encontravam divorciados ou separados judicialmente de pessoas e bens ou o casamento tenha sido declarado nulo ou anulado, por sentença já transitada em julgado ou que venha a transitar em julgado, ou se vier a ser proferida, posteriormente àquela data, sentença de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento”. Observa-se, assim, que o legislador português considera que não era vontade do testador, em face da variação das circunstâncias existentes no momento da outorga do testamento – nulidade ou anulação do casamento, divórcio, ou separação de pessoas e bens²⁹ –, que as disposições que estipulou em benefício do seu cônjuge sejam cumpridas.

Na verdade, a caducidade das disposições testamentárias a favor do cônjuge no caso de divórcio ou de separação de pessoas e bens já resulta do artigo 1791 Código Civil português, na parte em que este preceito determina como efeito daquelas crises matrimoniais que cada um dos cônjuges perde o que haja de receber

26 Isto ao invés do que sucede no caso de separação legal, em que a reconciliação, para produzir os seus efeitos, tem de ser comunicada pelos cônjuges (separadamente) ao operador jurídico que conheceu a separação (artigo 84 Código Civil). O artigo 835 Código Civil faz depender a atribuição da legítima ao cônjuge viúvo da realização dessa comunicação.

27 O artigo 945 do Código Civil é aplicável na sucessão *ab intestato* ex vi do artigo 267 LDCG.

28 Esta norma respeita à sucessão *ab intestato* (ou sucessão legítima) mas por força da remissão presente no artigo 2157 *in fine* Código Civil é também aplicável na sucessão legitimária.

29 As decisões proferidas pelo conservador do registo civil no divórcio ou separação de pessoas e bens por mútuo consentimento produzem os mesmos efeitos que uma sentença judicial sobre idêntica matéria (arts. 1776/3 e 1794 Código Civil português).

do outro cônjuge, em consideração do estado de casado³⁰. Deste modo, no Direito português, ainda que o testador não tenha revogado a disposição testamentária a favor do cônjuge no caso de posterior crise matrimonial, a disposição não produz os seus efeitos: considera-se que o testador dito “comum” não pretendia beneficiar quem deixou de ser seu cônjuge ou continuou a sê-lo, mas sem que com ele vivesse maritalmente. Como sublinha Capelo de Sousa, esta causa de caducidade das disposições testamentárias assenta na vontade presumível do testador e em razões de moral social³¹.

No que respeita à separação de facto é conveniente reiterar que este tipo de separação está presente no artigo 208 LDCG a par da nulidade do casamento, do divórcio e da separação legal, mas não no artigo 2317, alínea d) Código Civil português porque no ordenamento jurídico português apenas a separação que é comunicada ao operador jurídico (a separação de pessoas e bens) assume relevância sucessória.

Posto isto, é visível que a opção legislativa portuguesa coincide no essencial com a galega. Ambas configuram a existência do casamento e a normalidade da relação conjugal não só à data da outorga do testamento mas também à data em que se abre a sucessão do cônjuge testador como pressuposto da eficácia das disposições testamentárias feitas a favor do cônjuge, muito embora a primeira se refira a caducidade e a segunda a ineficácia. Na verdade, esta distinção é mais nominal do que de fundo, já que em qualquer caso se impede por força da lei a produção dos efeitos da disposição testamentária.

O artigo 2317, alínea d) Código Civil português, ao contrário do artigo 208 LDCG, não ressalva a hipótese de ser possível concluir do conteúdo do testamento que o testador pretendia manter as disposições testamentárias, não obstante a eventual posterior declaração de nulidade ou anulação do casamento, divórcio ou separação de pessoas e bens. Apesar disso, uma vez que a tarefa de interpretação do testamento assenta no princípio do *favor testamenti* (os atos testamentários devem corresponder à vontade real do testador)³², a vontade do testador em conformidade com o texto do testamento tem de ser apurada em qualquer caso (artigo 2187 Código Civil português)³³. Ou seja, ainda que esteja prevista a caducidade das disposições testamentárias a favor do cônjuge do testador nos casos de posterior crise matrimonial, não está vedada a possibilidade de ser extraída do testamento a vontade real ou psicológica do testador em sentido diverso³⁴.

30 Nos termos do artigo 1791 Código Civil português na redação anterior à Lei 61/2008, a caducidade só operava quando o cônjuge beneficiado tivesse sido declarado pelo tribunal como culpado do divórcio ou separação. Apesar de o artigo 2317, al. d) na altura não atribuir qualquer relevância à culpa (a sua redação correspondia à atual) tinha de ser interpretado com atenção à declaração de culpa constante da sentença de divórcio ou separação de pessoas e bens. Vid. neste sentido, o Acórdão do STJ de 7 de dezembro de 1994, proc. n.º 086057 (Relator: Torres Paulo), disponível in www.dgsi.pt.

31 Sousa, Rabindranath Capelo de., *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.a ed., Coimbra, Editora, 2012, p. 234.

32 Fernandes, Luís A. Carvalho, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.a ed., Lisboa, Quid Iuris, 2012, pp. 531-532.

33 Sousa, Rabindranath Capelo de, op. cit., p. 196. Para desenvolvimentos sobre a interpretação do testamento no ordenamento jurídico português vid. op. cit., pp. 196-200.

34 Nos termos do artigo 2187/2 Código Civil português, “é admitida prova complementar, mas não surtirá qualquer efeito a vontade do testador que não tenha no contexto um mínimo de correspondência, ainda que imperfeitamente expressa”.

6. Considerações finais

A questão apreciada pelo *Tribunal Superior de Justicia de Galicia* assume contornos muito interessantes pela relevância inegável das disposições de última vontade do causante e pelo constante assombramento dos casamentos pelas crises conjugais.

No caso concreto a decisão de primeira instância, confirmada pelas instâncias subsequentes, dando razão à parte demandante, deu como provada a separação de facto entre os cônjuges, assim como a sua persistência no momento da abertura da sucessão, e, por conseguinte, declarou ineficaz o testamento a favor do cônjuge (parte demandada). Tal decisão fundamentou-se na aplicação do artigo 208 LDCG que determina a ineficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge em tal caso e noutros de rutura da vida conjugal (declaração de nulidade do casamento, divórcio e separação legal, mesmo que no momento da abertura da sucessão ainda se encontrem pendentes os procedimentos dirigidos a esse fim).

A prova existente nos autos quanto à persistência da separação de facto no momento do falecimento do testador levou a parte demandante a invocar perante o Tribunal Superior que a disposição testamentária outorgada a seu favor pelo seu falecido marido só seria ineficaz se este tivesse declarado de forma inequívoca que pretendia tal ineficácia ao tempo do seu falecimento. A decisão do Tribunal Superior não podia ser outra que a de rejeitar essa posição, na medida em que o artigo 208 LDCG é expresso quanto à ineficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge no caso em que os cônjuges se encontravam separados de facto no momento da abertura da sucessão. A única ressalva que é feita neste artigo respeita à vontade do testador em sentido contrário, dedutível do próprio testamento, o que é óbvio, uma vez que o efeito em causa está instituído em função da vontade presumível do causante.

A solução legal, com algumas variantes, coincide com a que resulta do Código Civil português, embora neste último diploma legal a separação de facto não assuma relevância sucessória inclusive para o efeito aqui em causa. Os legisladores galego e português partilham o entendimento de que é presumível o desaparecimento da vontade do causante em favorecer quem tem a condição de seu cônjuge e convive maritalmente caso posteriormente cesse a comunhão de vida, sendo com base nessa presunção que determinam a perda de eficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge no caso em que os cônjuges não se encontrem reconciliados no momento da abertura da sucessão.

7. Referências bibliográficas

Allué, Fernando Crespo, “Comentarios del nuevo artículo 834 del Código Civil”, in *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: Ley 15/2005, de 8 de julio* (Guilarte Gutiérrez, V. Dir.), Valladolid, Lex Nova, 2005.

Alonso, Antonia Nieto, “La legítima del cónyuge viudo”, in *Tratado de legítimas* (Torres García, T. F., Coord.), Barcelona, Atelier, 2012.

Balmaseda, María Ángeles Egusquiza, *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2003.

Barea, Margarita Castilla, “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio”, in Tratado de Derecho de Familia (Isquierdo Tolsada, M. e Cuenca Casas, M., Coords.), vol. II, Madrid, Aranzad, 2011.

Calle, María Esther Gómez,

Código Civil comentado (Cañizares Laso, A. e outros, Dirs.), vol. II, 2.^a ed., Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

- El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2007.

Domínguez, César Manuel Fernández-Casqueiro, in Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia, Comentarios a los Títulos IX y X de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, y a la Ley 10/2007, de 28 de junio (Cora Gerreiro, J. M. e outros, Coords.), vol. I, Madrid, Colegio Notarial de Galicia – Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 2007.

Fernandes, Luís A. Carvalho, Lições de Direito das Sucessões, 4.^a ed., Lisboa, Quid Iuris, 2012.

González-Regueral, María Ángeles Fernández, Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la nulidad, la separación y el divorcio, t. V, Derecho de Sucesiones, Madrid, Dykinson, 2006.

Herrero, María Teresa Carrancho, in Código Civil comentado (Cañizares Laso, A. e outros, Dirs.), vol. II, 2.^a ed., Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

Mora, María Carmen Crespo,

- “Algunos aspectos de la legítima del cónyuge viudo separado de hecho. Perspectivas de futuro”, in Boletín de La Facultad de Derecho, n.º 27, 2005.

- “La titularidad de los bienes y derechos adquiridos durante la separación de hecho en el régimen de gananciales”, in RJUAM, n.º 11, 2004.

Penadés, Javier Plaza, Derechos sucesorios del cónyuge viudo separado de hecho, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Rúa, María José Pérez, La reconciliación matrimonial, Almería, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 1999.

Sánchez, Luis Felipe Ragel, in Las modificaciones al Código Civil del año 2015 (Bércovitz Rodríguez-Cano, R., Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Soto, José Luis Espinosa de, in Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio (Rebolledo Varela, Á. L., Coord.), Cizur menor, Thomson-Aranzadi, 2008.

Sousa, Rabindranath Capelo de, Lições de Direito das Sucessões, vol. I, 4.a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.w

Tomé, Herminia Campuzano e González, Julio Carbajo, “Reflexiones en torno a la reconciliación de los cónyuges”, in La Ley, n.º 2, 1985.

Tomé, Herminia Campuzano, La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento, Bosch, Barcelona, 1986.

Bases histórico-normativas e perspectivas do teletrabalho no Brasil pós-pandemia¹

Historical-normative bases and perspectives of telework in post-pandemic Brazil

Denise Fincato²

RESUMO: Faz-se um estudo histórico sobre o teletrabalho, reestabelecendo suas raízes a partir da experiência de Chappe. Conceitua-se o instituto, alinhando seus elementos essenciais e passa-se a comentar cada um dos dispositivos inseridos pela Reforma Trabalhista de 2017 no “Capítulo II-A” da Consolidação das Leis do Trabalho, destacando pontos de alteração durante o regime emergencial estabelecido pela pandemia do vírus Covid-19. Conclui no sentido de que a adoção massiva do teletrabalho fez verificarem-se suas fragilidades com isto gerando movimentações de acirramento protetivo no meio acadêmico e legislativo.

Palavras-Chave: Teletrabalho. COVID19. Coronavírus. Estado de Calamidade.

ABSTRACT: A historical study of telework is carried out, reestablishing its roots from Chappe’s experience. The institute is conceptualized, aligning its essential elements and starts to comment on each of the provisions inserted by the Labor Reform of 2017 in “Chapter II-A” of the Consolidation of Labor Laws, highlighting points of change during the emergency regime established by pandemic of the Covid-19 virus. It concludes in the sense that the massive adoption of teleworking has made its weaknesses verified with this, generating movements of protective intensification in the academic and legislative environment.

Keywords: Teleworking. COVID-19. Coronavirus. State of Calamity.

Recebido: 04.06.2020

Aprovado: 01.08.2020

Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul
Brasil

Volume 1, Número 2,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

¹ Este texto parte de referências anteriores, produzidos pela própria autora e publicados em outros veículos científicos.

² Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad Complutense de Madrid (España). Doutora em Direito pela Universidad de Burgos (España). Professora Pesquisadora do PPGD da PUCRS. Titular da Cadeira nº 34 da ASRDT. Advogada e Consultora Trabalhista. CEO do Instituto Workab. E-mail: dpfincato1@gmail.com.

Introdução

O teletrabalho flexibiliza o tempo e o espaço do trabalho. Com o teletrabalho, não se faz mais necessária a coabitação do empregador e de seus empregados - ao revés, seu pressuposto é a distância entre ambos – tampouco que todos estejam sob mesmo fuso horário, pois, com o teletrabalho, é possível trabalhar em momentos aleatórios, distintos dos fabris ou até mesmo do padrão social, observando biorrítmos, responsabilidades familiares ou outras condicionantes-limitantes do tempo do trabalhador, desde que se faça a mediação da distância via tecnologias de informação e comunicação.

O teletrabalho foi fenômeno construído no espaço entre a administração de empresas e a tecnologia da informação. Talvez por isto, seu conceito foi dali importado e o trato jurídico ao instituto tardou a chegar. Nas últimas duas décadas, no Brasil, embora já se pensasse sobre o assunto enquanto um fato jurídico, pouco se escrevia sobre o mesmo, refletindo-se isto na ausência de legislação acerca desta modalidade laboral. Verificou-se, durante o período pandêmico de Covid-19, uma popularização da modalidade contratual, dada a impositividade de sua utilização em razão dos deveres de isolamento social impostos pelo ente estatal. A sociedade, não apenas a brasileira, provou do teletrabalho, de forma intensa e, por vezes, tensa.

A título de resgate histórico de sua normatização no Brasil, nos idos dos anos 2000, foram sugeridas algumas propostas legislativas e ganhou força a Lei nº 12.551/2011 que apenas tangenciou o tema, alterando o artigo 6º da CLT para modificar seu *caput*, igualando o trabalho presencial ao “trabalho a distância” (onde inserido o teletrabalho, como se verá a seguir), acrescentando-lhe também um parágrafo no qual atribuiu aos comandos e controles telemáticos eficácia idêntica aos presenciais, especialmente para fins de identificação do elemento subordinativo, caracterizador da relação empregatícia. Com isto, alguns entenderam que o teletrabalho, no Brasil, estaria suficientemente regrado. No entanto, seguiu-se percebendo a necessidade de maior verticalização na minúcia legislativa do contrato de teletrabalho. A experiência internacional era e é inequívoca ao demonstrar tal necessidade: Portugal, Espanha, Colômbia, Itália, entre outros já têm alguma regulação para o teletrabalho. Enquanto a legislação brasileira não vinha, algumas empresas ou categorias supriam as lacunas legais com regulamentos empresariais e instrumentos coletivos.

Eis que em dezembro de 2016 o governo federal propôs o Projeto de Lei nº 6.787/2016, que foi encaminhado à Câmara dos Deputados e ali estudado e retribulado por uma Comissão de Deputados por cerca de 4 (quatro) meses. Na proposta originária, não figurava o teletrabalho. Ele surgiu durante o período de ausculta popular, acredita-se que, em especial, em razão das diversas reuniões (todas registradas e disponíveis no site da Câmara dos Deputados – andamento do PLC nº 38/2017) que atores sociais tiveram com dita Comissão, dentre os quais destaca-se a SOBRA-TT – Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades. Na proposta enviada ao Senado, ali aprovada e sancionada pelo Presidente da República, passam a constar alguns dispositivos que mencionam expressamente o teletrabalho que, então, passa

a ter existência formal e positivada em território nacional.

Em março de 2020, com a chegada da pandemia de coronavírus Covid-19 ao Brasil, uma das alternativas para a continuidade de negócios e preservação de empregos de que se lançou mão foi exatamente o teletrabalho. Durante a vigência do Decreto-Legislativo nº 06/2020, que decretou o Estado de Calamidade no Brasil, estima-se que uma grande parte da população trabalhadora brasileira alterou o perfil de seu contrato para a prestação remota de serviços, ensejando uma série de questionamentos e desdobramentos. Mesmo antes do vigor da Medida Provisória nº 927/2020, especialistas alertavam³ para o potencial do teletrabalho como mecanismo que permitiria a conciliação da continuidade do trabalho com as políticas de isolamento social.

O experiência intensiva do teletrabalho permitiu algumas conclusões e reações e, com a perda de vigência da MP nº 927/20 algumas complexidades restam no âmbito das empresas, sobretudo na gestão de contratos com diferentes momentos de formação/alteração.

O estudo é realizado sob bases científicas, utilizando-se de método de abordagem dedutiva, métodos de procedimento histórico, comparativo, tipológico e estruturalista e método de interpretação sistemático. A pesquisa foi essencialmente bibliográfico-documental.

Enfim, é sobre a adoção do teletrabalho no Brasil que este estudo trata, esperando contribuir para a compreensão do tema e, com isto, oportunizar o uso cada dia mais seguro do modelo contratual, mesmo que sob os efeitos de calamidade e emergência.

História do teletrabalho⁴

Rever a história do teletrabalho significa mergulhar nas interações entre tecnologia e trabalho ao longo da evolução da humanidade, especialmente da tecnologia que permite o envio do trabalho ao trabalhador, que desterritorializa a relação laboral, ao menos em uma de suas vias de tráfego.

Neste tópico, o presente estudo ultrapassa os referenciais ordinários acerca do tema, que fixam na figura de Jack Nilles o surgimento do teletrabalho e, de forma apressada, lhe atribuem a “invenção” desta modalidade laboral. Em verticalização, se observa que o fenômeno tem intensa e visceral relação com um significativo objeto, fruto da evolução tecnológica: o telégrafo óptico também chamado telégrafo sinalei-

3 Neste sentido, ver: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/covid-19-e-relacoes-de-trabalho-planejando-a-parada/>

4 Mais informações sobre a história do teletrabalho em: FINCATO, D.P.; CRACCO, H.B.; SORIA, J.S. De Chappe a Nilles: a evolução da tecnologia no trabalho e a invenção do teletrabalho – uma revisão necessária. In: Teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha: Tomo I / organizadores Carlos Luiz Strapazzon. Rodrigo Goldschmidt, Robison Tramontina. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 109-122

ro, inventado por Claude Chappe⁵.

Cientista e pesquisador, Chappe inventou um sistema de comunicação visual, realizando sua primeira experiência pública de comunicação à distância em 1793. O sistema baseava-se nos pêndulos de relógios e consistia na instalação de duas hastes com agulhas e números móveis, no topo de edificações altas, pelas quais se poderiam transmitir mensagens, entre elas ordens de serviços e orientações de tarefas. Entende-se que o distanciamento entre o gestor e os prestadores de serviço concretiza o elemento geográfico, um dos caracterizadores do teletrabalho. O elemento organizacional pode ser identificado no arranjo operacional em que o trabalho remoto se insere. A sua vez, o elemento tecnológico, inafastável à sua caracterização até os dias atuais, estaria, no caso particular, concretizado no uso do telégrafo sinaleiro, tecnologia de comunicação que levava o trabalho ao trabalhador.

Mais de um século depois (nos anos 1970), a discussão acadêmica sobre teletrabalho ganha corpo com os trabalhos de Jack Nilles, um ex-cientista aeronáutico⁶, que define teletrabalho como qualquer forma de substituição dos deslocamentos relacionados ao trabalho por meio do uso de tecnologias de informação e comunicação – TIC's, tais como os telefones e computadores. Fulcral no conceito de Nilles é a noção de substituição: os deslocamentos do trabalhador de sua residência para o empregador são substituídos (total ou parcialmente) pelo uso das tecnologias de informação e comunicação. A noção de substituição de deslocamento, aos poucos, vai sendo substituída pela noção de distância e utilização da tecnologia vem como forma de mediá-la, sem que se fale, propriamente, em deslocamentos⁷.

No Brasil, o tema tarda a chegar, quer no plano teórico, quer no plano prático⁸. Para fins jurídicos, tanto mais. Como já destacado, o trabalho telemático foi admitido pela legislação brasileira apenas em 2011 e o teletrabalho somente foi formalmente reconhecido e regrado na Reforma Trabalhista, em 2017. Com a pandemia Covid19, o teletrabalho ganhou popularidade e destaque, merecendo ênfase na Medida Provisória nº 927 de 2020, já expirada por inércia legislativa.

Conceito

Na etimologia grega, tele significa distância. O teletrabalho é modalidade es-

5 Claude Chappe: abade, engenheiro e inventor francês, nascido na cidade de Brûlon. De uma típica e rica família da nobreza francesa, chegou a enveredar-se por vida religiosa, mas foi atingido pela revolução e pela instabilidade financeira por esta gerada. Mais por necessidade que por vocação, juntou-se a seus quatro irmãos, todos então igualmente desempregados: pretendiam dar novos rumos às suas vidas e, como efeito colateral de sua atuação, deram também novos rumos à engenharia e ao mundo do trabalho. Sobre a biografia e obra de Chappe, ver mais em: <http://www.telegraphe-chappe.com/chappe/portail.html>

6 ALVES, R.V. Teletrabalho: um conceito complexo no Direito Brasileiro. In: Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia. v. 35: 385-394, 2007

7 Em amadurecimento à ideia de que o virtual também pode se constituir em espaço de trabalho. STEIL, A.V.; BARCIA, R.M. Um modelo para análise da prontidão organizacional para implantar o teletrabalho. In: Revista de Administração. São Paulo v.36, n.1, p.74-84, janeiro/março 2001.

8 Cita-se a SERPRO como das primeiras empresas a utilizar, oficialmente, o teletrabalho como forma de prestação de serviços no Brasil. Neste sentido, ver: PINTO, J. O. Avaliação da viabilidade de implantação do teletrabalho no domicílio: um estudo de caso no SERPRO. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 2003

pecial de trabalho a distância, tipo específico, contido neste. Não à toa, o legislador reformista o colocou com requisitos específicos e formalidades intrínsecas à contratação, que o fazem um contrato de tipo especial.

No teletrabalho, conjugam-se elementos que permitem identificar algo além do mero trabalho fora do estabelecimento (sede física) do empregador. Tem-se a presença obrigatória da tecnologia da comunicação e informação, quer como ferramenta de trabalho, quer como mediadora da distância relacional, ou até como próprio espaço (virtual) de trabalho.

Não pode, como visto, ser singelamente equiparado ao trabalho a distância e tampouco, como se verá, ser igualado a trabalho em domicílio (home office), constituindo-se, portanto, em figura *sui generis*.

O teletrabalho é modalidade laboral que ultrapassa os conceitos e experiências de trabalho próprios da Revolução Industrial, situando-se na chamada era da Revolução Informacional. Com ele (e outros tantos fenômenos próprios da contemporaneidade), diversos paradigmas necessitam ser reelaborados, uma vez que o trabalho atual e futuro já é e cada vez mais será desterritorializado e atemporal.

No teletrabalho, os protagonistas da relação de emprego atuam via mecanismos telemáticos na maior parte do tempo, encontrando-se fisicamente distantes, verificando-se a presença de tecnologia da informação e comunicação como elementos inafastáveis de seu conceito e constatação.

Barros⁹, neste sentido, aponta para ausência de limites do teletrabalho, que prioriza o trabalho intelectual e ultrapassa fronteiras territoriais tradicionais:

Aliás, esta nova forma de trabalhar transcende os limites territoriais e poderá ser transregional, transnacional e transcontinental. Ela permite até mesmo a atividade em movimento. Esse tipo de trabalho é executado por pessoas com média ou alta qualificação, as quais se utilizam da informática ou da telecomunicação no exercício das atividades.

O teletrabalho não afasta a relação subordinada, como se desconfiava nos primórdios de seus estudos. A questão, aliás, foi resolvida legislativamente no Brasil ainda em 2011, com a alteração do artigo 6º da CLT que admitiu mesma eficácia presencial ao comando, supervisão e controle exercidos de forma telemática¹⁰, não sem antes igualar o trabalho presencial ao trabalho a distância (gênero do qual o teletrabalho faz parte). Tal igualização legal-formal, no entanto, não satisfazia as peculiaridades da modalidade laboral específica, de modo que, o meio produtivo, seguia reclamando melhores definições legais e, enquanto tais não vinham, apostava em políticas (regulamentos) empresariais e instrumentos coletivos para supressão da lacuna legal.

O teletrabalho não estava contido no PL nº 6.787/2016¹¹. Foi acrescentado pela Comissão de Deputados que elaborou o PLC nº 38/2017, ora sancionado e às vésperas

9 BARROS, A.M. de. Curso de Direito do Trabalho. 10 ed. São Paulo, LTr, 2016, p. 213

10 Conjunto de serviços informáticos fornecidos através de uma rede de telecomunicações. Dicionário Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/telematica/> Acessado em 31 out 2017

11Nesse sentido, ver histórico da Reforma Trabalhista brasileira em FINCATO, D.P. Reforma Laboral no Brasil – Tópicos. I Colóquio Hispano-Brasileiro Direito do Trabalho e Reformas. Disponível em e-book https://issuu.com/unifatos/docs/i_coloquio_hispano_brasileiro_downl. Cascavel: UNIVEL, 2017, p. 94

de entrar em vigor. Da análise do relatório da Comissão, verifica-se a atuação efetiva da SOBRATT – Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades –, que manteve reunião com a Comissão Legislativa supra referida no interregno da tramitação e elaboração do texto da Reforma Trabalhista, muito possivelmente contribuindo para o teor dos artigos que adiante serão analisados.

Seu conceito, no Brasil, foi firmado na legislação (art. 75-B da CLT) e reiterado no Capítulo II da MP nº 927/2020 (art. 4º § 1º), enquanto esta foi vigente.

Anotações sobre a base legal do teletrabalho

Neste tópico, realizam-se anotações a cada um dos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho que tratam especificamente sobre o teletrabalho. Acrescentam-se, ainda, considerações sobre as alterações no padrão normativo, decorrentes da MP nº 927/2020, com o alerta de que esta teve seu prazo de validade expirado em julho de 2020, o que, a *prima facie*, determina o retorno da aplicação do modelo normativo anterior, não sem complexidades, eis que a tecnicidade impõe que o ato jurídico perfeito deve ser preservado, assim como que deve ser aplicada a lei vigente no momento da prática do ato.

Seguir-se-á, doravante, a sequência dos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho referentes ao teletrabalho, por ser esta a base normativa genérica em vigor (alerta-se para a infinidade de acordos e convenções coletivas que abordaram o tema e que ainda estão em plena vigência).

Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

A Lei nº 13.467/2017 altera o *status quo* da igualização genérica outrora estabelecida pelo artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT¹² entre o trabalho a distância e o trabalho presencial. Abre-se capítulo para acomodar a normatização do teletrabalho, a exemplo do que fez Portugal ainda em 2003¹³ em seu Código do Trabalho. Há, ainda, duas outras referências ao teletrabalho dispostas no texto reformado da CLT: os artigos 62, III¹⁴ e 611-A, VIII. O primeiro, para localizar o teletrabalho entre as formas de prestação de serviço subordinado excluídas do controle da duração de jornada e o segundo para dizê-lo tema factível de negociação coletiva.

Durante o período em que vigente, a MP nº 927 permitiu aplicação do teletrabalho

12 Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011)

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

13 Código do Trabalho de Portugal, disponível em http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_004.html#L004S14, acessado em 27 set. 2017. A legislação sobre teletrabalho foi novamente alterada em 2009.

14 Em razão de sua exclusão do regime de controle da duração do trabalho, alguns doutrinadores têm entendido que os contratos em regime de teletrabalho não são suscetíveis de redução de jornada/salário (MP 936/2020). Neste sentido, ver BOMFIM, Volia. MP 936 – Medidas Trabalhistas para o enfrentamento da crise. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TJ-YytPp6Mw>. Acessado em: 15 abr. 2020.

ho a estagiários (que têm lei própria e cuja relação com as entidades oportunizadoras do estágio não é, propriamente, de trabalho) e aprendizes.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Seguindo o exemplo de ordenações estrangeiras e o próprio costume da CLT, o legislador ocupa-se em positivar a conceituação do teletrabalho, acertadamente identificando-o como mera forma diferenciada de prestar serviços. Com isto, afasta-se a ideia de que os teletrabalhadores ocupariam categoria profissional diferenciada, por exemplo, eis que qualquer atividade em que possível a transmissão/realização do trabalho pelas tecnologias de informação e comunicação torna-se passível de teletrabalho.

O dispositivo legal bem vincula os elementos caracterizadores do teletrabalho, já reiteradamente apresentados pela doutrina de forma sistematizada¹⁵ e, em seu parágrafo único, aponta que o fato de o empregado remoto comparecer à empresa para desempenho de tarefas específicas não altera a natureza do contrato. Isto pode se dar inclusive com rotina, como é natural no teletrabalho¹⁶, devendo apenas ser previsto no contrato entre as partes.

É importante resgatar que o teletrabalho pode ocorrer a partir de modalidades que levam em consideração o local em que **preponderantemente** estiver o teletrabalhador e a intensidade do contato telemático entre este e seu empregador. Assim, quanto ao local, o teletrabalho poderá ser classificado como¹⁷:

- em domicílio (*home office*): quando o trabalhador fixa o local de trabalho em sua residência, instalando ali pequena estação com acesso a meios de comunicação e utilizando de estrutura própria ou cedida pela empresa para prestar os serviços contratados.

- em centros satélites: locais para trabalho pertencentes ao empregador, que não se constituem filiais (em seu conceito civil-fiscal). Estes locais não possuem estrutura

15 Geográfico (ou topográfico): o teletrabalhador desempenha suas atividades fora do espaço tradicional (físico) da empregadora (matriz e filiais, comumente); Tecnológico: o teletrabalhador desenvolve suas tarefas mediante o emprego de tecnologia da informação e comunicação que poderá, ainda, ser identificada como a mediadora da relação ou como o próprio espaço de trabalho; Organizativo: o empregador deverá estar organizado, em sua estrutura produtiva e de recursos humanos, para o teletrabalho, visualizando o trabalhador remoto como integrante de sua rede de empregados em todas as ações e estratégias (ambiência laboral, medicina do trabalho, capacitações e promoções, etc). Ver mais em: FINCATO, D.P. Meio Ambiente Laboral e Teletrabalho. In: Anais do IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades. Porto Alegre: Magister, 2011, p. 36-48

16 Quando se procura tangenciar os efeitos do isolamento e marginalização estrutural do trabalhador remoto via reuniões, atividades de integração e capacitações corporativas presenciais ou mesmo admitindo flexibilidade para prestação do serviço na sede física do empregador, se assim o empregado desejar, quando quiser.

17 FINCATO, D.P. Meio Ambiente Laboral e Teletrabalho. In: Anais do IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades. Porto Alegre: Magister, 2011, p. 36-48, p. 41-42.

organizacional (não há chefias, subordinados, etc), sendo meros espaços de apoio para prestação de serviços pertencentes unicamente à empregadora.

- em telecentros: que diferem dos anteriores pelo fato de serem compartilhados (estrutura e recursos) entre duas ou mais empresas.

- em *telecottages*: espaços (também) para trabalho, situados em regiões rurais ou de difícil acesso e, normalmente, de menor escolaridade, quase se confundindo com os telecentros, não fosse o particular de sua localização e a possibilidade de parcerias público-privadas para sua instalação (uma vez que a estrutura poderá servir, também, à educação e capacitação da população regional, contribuindo para o desenvolvimento de políticas públicas de emprego, por exemplo, notoriamente na modalidade EAD). Sua virtude é atrair mão de obra qualificada, naturalmente migrante aos grandes centros urbanos, para regiões que potencialmente sofrem com o êxodo laboral.

- móvel (ou nômade): nele não há determinação quanto ao local de prestação do serviço. Qualquer lugar pode ser espaço de trabalho, desde que o teletrabalhador disponha das ferramentas necessárias para tal (atualmente, um *smartphone* atende bem estas necessidades).

Já no tocante ao grau de conexão entre teletrabalhador e empregador, o teletrabalho pode se dar em três modalidades:

- *offline*: por alguns não mais entendida como teletrabalho, eis que a tecnologia não estaria a serviço do tráfego do trabalho, mas tão somente do trato e armazenamento dos dados e informações (matéria prima do teletrabalho), descaracterizando-o essencialmente. Ao trabalho nessas condições se poderia emprestar a proteção própria do trabalho em domicílio.

- *one way line*: hipótese em que a comunicação é unilateral, ou seja, apenas para envio ou para recepção da tarefa/trabalho. O trabalhador, por exemplo, recebe a tarefa por e-mail, *whatsapp* ou outro sistema eletrônico e o entrega presencialmente, por mensageiro ou pelo sistema de correios tradicional.

- *online*: é o teletrabalho por excelência. Nesta modalidade, a interatividade poderá ser imediata, síncrona e simultânea. Por vezes, inaugurando novos debates sobre o espaço de trabalho, o trabalho é desenvolvido em “*webspaces*” corporativos (intranets de acesso remoto). Registre-se, pois já existentes inúmeros estudos e demonstrações nesse sentido, que nessa modalidade de teletrabalho é possível administrar formas de controle da duração de jornada, em que pese o legislador tenha optado por excluí-lo do teletrabalho, criando presunção *juris tantum* (art. 62, III).

A MP nº 927/20 manteve o conceito legal e seguiu a lógica da doutrina clássica, respeitando os elementos caracterizadores e as modalidades de teletrabalho supra narradas. Registre-se que, em razão do dever sanitário de isolamento social, o teletrabalho em regime de *home office* (também chamado de teletrabalho emergencial) foi a forma mais adotada no período pandêmico.

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá **ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.**

§ 2º Poderá **ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.**

Atribuindo caráter especial à modalidade contratual, o legislador impõe forma à contratação do teletrabalho: expressa e, ao que se concluirá com a análise dos artigos seguintes, escrita. Diferentemente, portanto, da contratação ordinária empregatícia, não se admitirá teletrabalho (e suas benesses, como a exclusão do regime de controle da duração do trabalho) pela forma tácita. A forma expressa escrita¹⁸ se justifica em razão da quantidade de temas que devem ser regradados de maneira inequívoca entre as partes, como adiante se verá. Na avença, deve-se registrar com a maior exatidão possível as atividades que serão realizadas pelo empregado em regime de teletrabalho. Recomenda-se, já pelo contido no dispositivo anterior, a previsão acerca das circunstâncias em que se admitirá ou exigirá que o teletrabalhador preste serviços de maneira presencial, estipulando a preponderância da atividade remota como a regra prestacional a vigorar entre as partes e deixando claro que tais episódios não descaracterizarão o contrato.

Os parágrafos preveem hipótese de variação das condições contratuais, admitindo que possa o teletrabalho surgir como opção no decurso da relação laboral ou prevendo eventual necessidade de reverter o originário regime telemático durante a contratação, volvendo-o presencial.

Neste caso, diferentemente de Portugal, em que a adoção do regime remoto se dará, por vezes, de forma impositiva ao empregador¹⁹, no Brasil decorrerá de mútuo acordo, contido em aditivo contratual (evidentemente expreso e escrito, por lógica sistemática). Entende-se que esta alteração deva respeitar a principio-logia trabalhista (tuitiva), contida no comando que impõe manter a condição mais

18 Pois, ao registrar apenas “forma expressa”, o legislador deixa azo à possibilidade de sua expressão verbal.

19 Do Código de Trabalho Português: “Art. 166 [...] 1 - Pode exercer a atividade em regime de teletrabalho um trabalhador da empresa ou outro admitido para o efeito, mediante a celebração de contrato para prestação subordinada de teletrabalho. 2 - Verificadas as condições previstas no n.º 1 do artigo 195.º, o trabalhador tem direito a passar a exercer a atividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a atividade desempenhada. 3 — Além das situações referidas no número anterior, o trabalhador com filho com idade até 3 anos tem direito a exercer a atividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a atividade desempenhada e a entidade patronal disponha de recursos e meios para o efeito. 4 — O empregador não pode opor-se ao pedido do trabalhador nos termos dos números anteriores.” “Art. 167 [...] 1 - No caso de trabalhador anteriormente vinculado ao empregador, a duração inicial do contrato para prestação subordinada de teletrabalho não pode exceder três anos, ou o prazo estabelecido em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho. 2 - Qualquer das partes pode denunciar o contrato referido no número anterior durante os primeiros 30 dias da sua execução. 3 - Cessando o contrato para prestação subordinada de teletrabalho, o trabalhador retoma a prestação de trabalho, nos termos acordados ou nos previstos em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho”. Disponível em: http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_004.html#L004S14 Acessado em 28 set. 2017 (grifou-se)

benéfica ao trabalhador (art. 468 da CLT²⁰), não afetado pela Reforma Trabalhista.

A alteração²¹ pelo empregador do regime de teletrabalho para trabalho presencial não pressupõe mútuo acordo²², mas aviso prévio mínimo de 15 dias, a ser expresso e escrito em aditivo contratual e com finalidade de permitir tempo de “transição”, segundo o texto legal. Esta situação parece aproximar-se da lógica da “reversão” do cargo de confiança à atividade antecedente, circunstância prevista no parágrafo único do artigo 468 da CLT (precitado), obviamente não se aplicando a hermenêutica à hipótese de teletrabalho originário. Ou seja, pela disposição legal, o exercício do teletrabalho não gera direito adquirido, não incorpora condição de forma perene e é reversível nos limites da necessidade e do interesse empresarial. Vislumbra-se aqui espaço de possível tensão em eventuais demandas judiciais, em razão do previsto no art. 468 da CLT que, aportado a um caso em concreto, pode revelar circunstância em que o teletrabalho será a condição mais benéfica ao trabalhador ou que sua reversão por iniciativa patronal gere prejuízos (diretos ou indiretos, na locução normativa) ao empregado. Entende-se que a hermenêutica retro mencionada, de imperativa proteção, no tocante a empregados que se enquadrem no perfil do artigo 444 § único da CLT²³ (os chamados hipersuficientes), será fragilizada em razão da emancipação que se lhes atribui na Reforma Trabalhista (com a prevalência da autonomia da vontade individual), salvo comprovado vício de vontade.

Com a MP nº 927/20, teve vigor a regra contida no art. 4º § 2º da mesma, segundo a qual o empregador, a seu critério, poderia alterar o regime de trabalho (presencial – remoto – presencial), bastando que notificasse ao trabalhador com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, por escrito ou por meio eletrônico. Tal facilitação decaiu, juntamente com a Medida Provisória.

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.

20 Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

21 Pela redação, não se pode afirmar que esta alteração importa em reversão ao trabalho presencial anteriormente desempenhado pelo ora teletrabalhador. Ao revés, entende-se que poderá o empregador, se assim entender pertinente ao arranjo de seus meios produtivos, extinguir postos de trabalho remoto, a modalidade remota de trabalho em seu empreendimento ou determinar que um teletrabalhador específico preste serviços presencialmente.

22 Como ocorre em Portugal, art. 166 “[...] 6 - O trabalhador em regime de teletrabalho pode passar a trabalhar no regime dos demais trabalhadores da empresa, a título definitivo ou por período determinado, mediante acordo escrito com o empregador”. Disponível em: http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_004.html#L004S14. Acessado em 28 set. 2017 (grifou-se)

23 Art. 444. [...] Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

O legislador atribui às partes o direito-dever de dispor acerca da aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos e infraestrutura para o teletrabalho, devendo ser estas cláusulas obrigatórias nos contratos respectivos. Entende-se que se as partes assim não dispuserem, pela lógica protetiva laboral, aliada ao fato de que, genericamente, é do empregador o risco do empreendimento²⁴, em eventual demanda judicial será atribuído ao empregador o dever de ressarcir os custos eventualmente arcados pelo teletrabalhador na composição da infraestrutura necessária à prestação do trabalho remoto, incluindo-se aí a aquisição e manutenção de equipamentos informáticos.

Mas o legislador também cita as despesas eventualmente arcadas pelo empregado, apontando que poderão ser *reembolsadas* pelo empregador. Que despesas seriam estas? A doutrina costuma apontar, como mais comumente argúveis, os acréscimos nos encargos domésticos ordinários a que o trabalhador remoto será submetido por passar a laborar desde sua casa. Cita-se como exemplo, elevações nas despesas de energia elétrica, no consumo de gás, na telefonia e no uso da internet. Como despesas extraordinárias, tem-se o custeio de passagens e hospedagens necessárias à participação do teletrabalhador em momentos laborais presenciais obrigatórios (reuniões, capacitações, integrações). Veja-se que também nesta hipótese deve a contratação ser suficiente e exauriente: para além de prever o máximo possível das despesas, também se deve estimar valores-teto e sistema de reembolso, se assim for o pacto entre as partes (pois, inclusive, se pode pactuar no sentido de que a empresa não as reembolsará).

De toda a sorte, se entregues bens, custeados serviços ou ressarcidas despesas ao empregado, tais “utilidades” não serão consideradas verbas de natureza salarial e não integrarão a remuneração do trabalhador, a exemplo do que já acontece com os benefícios previstos no artigo 458 § 2º da CLT²⁵ ou com a Participação nos Lucros e Resultados disciplinada pela Lei nº 10.101/2000²⁶.

Para o período de calamidade, os ajustes com relação à aquisição, manutenção e fornecimento da infraestrutura e dos equipamentos necessários à prestação de serviços em regime de teletrabalho estariam previstos em termo escrito firmado em até 30 (trinta) dias da adoção do regime remoto (art. 4º §3º). Admitia-se o comodato

24 Art. 2º da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”, recordando que a direção da prestação pessoal de serviços pode se dar por meio telemático para os fins de caracterização da subordinação, segundo o que estabelece o artigo 6º da CLT.

25 Art. 458 – [...]§ 2o Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço; II – educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático; III – transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público; IV – assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; V – seguros de vida e de acidentes pessoais; VI – previdência privada; VII – (VETADO) VIII - o valor correspondente ao vale-cultura. Disponível em: <http://cltonline.blogspot.com/2010/02/art-458.html#ixzz4u1k5x1zf>

26 Lei nº 10.101/2000 – Dispõe sobre a Participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10101.htm. Acessado em 31 out 2017.

de elementos estruturais ou tecnológicos e, na impossibilidade de tal cessão pelo empregador, previa-se que o empregado deveria ficar “a disposição”, ou seja, sem trabalho, mas sem prejuízo de salários (inciso II do § 3º do art. 4º).

Atualmente, a adoção do regime exige pactuação expressa e prévia quanto à estrutura e despesas decorrentes da prestação de serviços.

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Uma das grandes preocupações com o trabalho remoto é a questão do controle da boa ambiência laboral, que deve seguir ditames de equilíbrio e salubridade idênticos ao espaço presencial, atribuindo o Judiciário tal responsabilidade ao empregador, tradicionalmente. Nesta perspectiva, já existe julgado do Tribunal Regional da 3ª Região (Minas Gerais)²⁷ acerca de demanda que envolveu trabalho em domicílio e doença ocupacional (não propriamente teletrabalho, sendo o paradigma válido para fins didáticos).

Destarte, percebe-se que o legislador reformista segue a lógica CLT, que no artigo 157 determina que o empregador instrua seus empregados acerca dos riscos do trabalho e do ambiente de labor, educando-os para a precaução.

No entanto, este dever de orientação para a higiene, saúde e segurança do/no trabalho, não pode se resumir à elaboração e entrega ao empregado de um manual de boas práticas, genéricas e estáticas. Ao revés, a instrução a que alude o dispositivo deve ser entendida de forma mais abrangente e protetiva à relação, gerando garantias ao empregado e ao empregador. Assim, instruir deve ser compreendido como um conceito dinâmico e constante, de conteúdo mutante, tanto quanto o ambiente e os métodos de trabalho. Daí concluir-se que, de tempos em tempos, deva o empregador realizar alguma inspeção do ambiente laboral, assim como deva se pre-

27EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DOENÇA PROFISSIONAL. CULPA DO EMPREGADOR. EMPREGADO EM DOMICÍLIO. O fato de o empregado trabalhar em domicílio não constitui, por si só, motivo para eximir o empregador da observância das normas de segurança e medicina do trabalho, colocando o trabalhador à margem da proteção legal que deve abranger “todos os locais de trabalho”, sem distinção (artigo 154 da CLT). É certo que não há como exigir do empregador, em semelhante circunstância, a fiscalização cotidiana dos serviços prestados, inclusive quanto à efetiva observância pelo empregado das normas de segurança e medicina, mesmo porque a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial, nos termos da garantia estatuída no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Essa particularidade, sem dúvida, constitui elemento que vai interferir na gradação da culpa do empregador em relação a eventual doença profissional constatada, mas não permite isentá-lo do cumprimento de obrigações mínimas, como a de instruir os empregados quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais, nos termos do artigo 157, II, da CLT, além de fornecer mobiliário adequado, orientando o empregado quanto à postura correta (artigo 199 da CLT), pausas para descanso, etc. Verificado o descumprimento dessas obrigações primordiais pelo empregador, em face da sua omissão negligente no tocante aos cuidados com a saúde da empregada, é inegável a sua culpa no surgimento da doença profissional constatada, incidindo sua responsabilidade pela compensação do dano moral sofrido pela obreira. (grifou-se) - TRT-00208-2006-143-03-00-2-RO – Disponível em <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129546658/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1626808-00208-2006-143-03-00-2> Acessado em 28 set 2017.

caver dos acidentes e doenças laborais decorrentes, prevendo e registrando atitudes necessárias nesse sentido em uma gama ampla de documentos, tais como o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA e o Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional – PCMSO, entre outros.

A pandemia demonstrou que os principais fatores de risco no teletrabalho residem no excesso de atividades, hiperconexão e isolamento do trabalhador e, ainda, em fatores ergonômicos geradores de adoecimento. Novamente, as questões de higiene, saúde e segurança do trabalho restaram ao ajuste das partes mas tornaram-se mais complexas em razão da aparente contradição do previsto no art. 62, III da CLT (teletrabalhadores não estão sujeitos ao controle de horário) e pela previsão (aparentemente paradoxal, portanto) contida no § 5º do art. 4º da MP nº 927/20, que fixa não constituir tempo à disposição, prontidão ou sobreaviso o tempo empregado no uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada contratada e ordinária.

O fato chamou a atenção em diversos países e, à falha dos ajustes individuais, viu-se resposta legislativa. Argentina, Espanha e Portugal editaram novas leis, que verticalizaram temas importantes, entre eles especialmente a questão da saúde no teletrabalho.

A partir dos comentários supra, bem como do pleno domínio sobre o histórico e regulamentação do teletrabalho no Brasil, é possível tecer algumas linhas conclusivas sobre seu funcionamento em território nacional, notoriamente em tempos pós-calamidade.

Conclusão

O teletrabalho é modalidade contratual com o D.N.A da Revolução Informacional. Seus fundamentos são diversos do trabalho concebido e regido na Revolução Industrial e, por isto, carecia verdadeiramente de regulamentação própria. Equivocou-se o legislador nacional, em 2011, ao declarar a equiparação de tratamento entre trabalho presencial e trabalho a distância o que, atualmente, vê-se corrigido com o correto destaque ao teletrabalho.

O teletrabalho é tipo do gênero trabalho a distância enquanto o teletrabalho em domicílio é tipo do gênero teletrabalho. De onde se conclui que não é correto utilizar como sinônimo de teletrabalho quer a expressão trabalho a distância, quer trabalho em domicílio (e sua variante *home office*).

No teletrabalho, o centro das constatações e do estabelecimento das consequências da relação de emprego deixa de ser o local de trabalho e a compra de horas do dia do empregado.

O empregador se polariza, ramifica, estende sua presença e alcance a qualquer local onde a comunicação possa chegar (e, com ela, o trabalho). O empregado passa a efetivamente vender seu trabalho e os padrões remuneratórios migram do salário-hora para o salário-productividade, alterando culturas, diálogos negociais e contratos.

O tempo do trabalho, portanto, deixa de ser tão relevante, o que pode ser po-

sitivo, inclusive ao empregado, que passa a ver viável a consecução de sua antiga vindicação pela conciliação digna de suas diversas dimensões vivenciais. No teletrabalho, não há compra de tempo, não há jornada a cumprir. O teletrabalho é atemporal e flexível.

Como a tecnologia não vê fronteiras geográficas, o teletrabalho permite muitos transbordamentos (municipais, regionais, nacionais) e isto leva ao repensar dos modelos contratuais e ao alerta para a necessidade de entidades internacionais fortes e representativas, que garantam a efetividade e eficácia das avenças e dos mínimos existenciais.

Em âmbito nacional, embora com diversos anos de atraso (inclusive em comparação com países sul-americanos), o Brasil finalmente rege as relações de teletrabalho em 2017, reconhecendo o fenômeno, quando subordinado, como tipo especial de contrato de trabalho e impondo, para sua validade, a forma escrita. Seguindo a lógica reformista, delega, às partes, em diversos momentos, a decisão sobre questões afetas ao estabelecimento e dinâmica do ajuste (equipamentos e despesas, p.ex.) e impõe ao empregador o dever de instruir o empregado em regime de teletrabalho sobre saúde e segurança no (tele)trabalho. Assim, tomando por referência experiências de outras nações, mas sem copiá-las, o Brasil construiu seu próprio modelo e ingressou no rol dos países que dispõe de regulamentação para o teletrabalho via norma positivada.

O regime normativo adotado durante o período de calamidade sanitária decorrente da pandemia de Covid-19 levou a flexibilizações no sistema em vigor, em especial quanto à sua voluntariedade e formalização. À toda evidência, foram flexibilizações necessárias ao momento mas que, atualmente, já não mais vigem, obrigando operadores jurídicos e gestores a verdadeiro malabarismo na gestão dos contratos pré, durante e pós pandemia.

De tudo, a certeza de que o teletrabalho se tornou uma realidade no meio produtivo-laboral, sendo inequívoca sua expansão ao longo dos próximos anos, mesmo sem calamidades. Testado de forma intensiva por empresas e trabalhadores no mundo inteiro, o teletrabalho teve suas fragilidades destacadas, o que gerou reações governamentais (legislação ainda mais protetiva na Argentina, Portugal e Espanha) e do meio acadêmico (como o Projeto de Lei nº ... de autoria de grupo de acadêmicos e especialistas brasileiros), denotando o ajuste da norma ao fato social o que, em especial no meio trabalhista, ocorre no sentido de garantir segurança jurídica aos contratantes e apoio ao ser humano trabalhador.

Referências Bibliográficas

ALVES, R.V. Teletrabalho: um conceito complexo no Direito Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**. v. 35: 385-394, 2007

BARROS, A.M. de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo, LTr, 2016,

CASSAR, Vólia Bomfim; *et all.*. MP 936 – Medidas Trabalhistas para o enfrentamento da crise. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TJ-Yyt-Pp6Mw>. Acessado em 15 abr. 2020

CHAPPE, C. **Sítio sobre Claude Chappe**. (17--). Disponível em: <www.clau-dechappe.fr>. Acesso em: 20 out. 2012.

FINCATO, D. P. et al. Saúde, higiene e segurança no teletrabalho: reflexos e dilemas no contexto da dignidade da pessoa humana trabalhadora. In: **Direitos fundamentais & justiça**, v. 9, p. 101-123, 2009.

FINCATO, D. P. Teletrabalho transnacional, dumping social e a *rerum novarum*: reflexões. In: GÜNTHER, L. E.; VILLATORE, M. A.C. (Org.). **Rerum novarum: estudos em homenagem aos 120 anos de Encíclica Papal**. Porto Alegre: Juruá, 2011.

FINCATO, D. P. Teletrabalho: aproximações epistemológicas. In: **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**, v. 31, p. 34-40, 2009.

FINCATO, D. P. Teletrabalho: aproximações epistemológicas. In: **Revista Magister Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, v. 26, p. 68-72, 2009.

FINCATO, D. P. Teletrabalho: estudos para regulamentação a partir do direito comparado. In: FINCATO, D. P. (Org.). **Novas tecnologias e relações de trabalho: Reflexões**. Porto Alegre: Magister, 2011.

FINCATO, D. P. Teletrabalho: uma análise juslaboral. In: **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 36, n. 96, p. 137-160, 2003

FINCATO, D. P. Teletrabalho: uma análise juslaboral. In: **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 236, p. 40-56, 2003.

FINCATO, D. P. Trabalho e tecnologia: reflexões. In: FINCATO; D. P.; MATTE, M.; GUIMARAES, C. I. S. (Org.). **Direito e tecnologia: reflexões sociojurídicas**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FINCATO, D. P.; CRACCO NETO, H. B. Teletrabalho: de Chappe a Nilles. In: **Justiça do Trabalho**, v. 358, p. 52, 2013.

FINCATO, D. P.; NASCIMENTO, C. B. Teletrabalho e Direitos Fundamentais Sociais: entre a modernidade sólida e a pós-modernidade líquida. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 7, p. 196-215, 2013.

FINCATO, D. P.; OLICHESKI, A. T. Globalização e direitos fundamentais sociais. In: FINCATO, D. P. F. (Org.). In: **Novas tecnologias e relações de trabalho: reflexões**. Porto Alegre: Magister, 2011.

FINCATO, D.P. Meio Ambiente Laboral e Teletrabalho. In: **Anais do IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades**. Porto Alegre: Magister, 2011, p. 36-48

FINCATO, D.P.; CRACCO, H.B; SORIA, J.S. **DE CHAPPE A NILLES: A EVOLUÇÃO DA TECNOLOGIA NO TRABALHO E A INVENÇÃO DO TELETRABALHO – UMA REVISÃO NECESSÁRIA.** In: Teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha : Tomo I / organizadores Carlos Luiz Strapazzon. Rodrigo Goldschmidt, Robison Tramontina. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 109-122

FINCATO, D.P; STURMER, G. . Teletrabalho em tempos de calamidade por covid19: impacto das medidas trabalhistas de urgência. In: BELMONTE, A.A; MARTINEZ, L.; MARANHÃO, N.. (Org.). **Direito do Trabalho na crise da COVID-19.** 1ed.Salvador - BA: JusPODIVM, 2020, v. 1, p. 341-363.

GILLE, B. **Histoires des techniques.** Paris: Pléiade, 1978.

HISTORIA DE LAS TELECOMUNICACIONES. 2006. Disponível em: <http://histel.com/z_histel/biografias.php?id_nombre=34>.

PINTO, J. O. **Avaliação da viabilidade de implantação do teletrabalho no domicílio: um estudo de caso no SERPRO.** Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 2003

SÓ BIOGRAFIAS. *Claude Chappe.* 2011. Disponível em: <<http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/ClaudeCh.html>>. Acesso em: 07 jun. 2014.

STEIL, A.V.; BARCIA, R.M. Um modelo para análise da prontidão organizacional para implantar o teletrabalho. In: **Revista de Administração**, São Paulo v.36, n.1, p.74-84, janeiro/março 2001.

Recebido: 28.10.2020

Aprovado: 28.11.2020

Faculdade de Direito
Milton Campos
Brasil

Volume 1, Número 2,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

A (in)compatibilidade das leis de proteção de dados pessoais e a tecnologia blockchain: reflexões iniciais sobre a responsabilidade civil de controlador

The (in)applicability of personal data protection law and the blockchain technology: initial reflections on the civil liability of the controller

Beatriz Gontijo de Brito¹

Aline França Campos²

Sumário: 1. A classe de tecnologia do blockchain; 2. A (in)compatibilidade da tecnologia blockchain em face à General Data Protection Regulation (GDPR) e à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira: delimitação da responsabilidade civil de controladores com atuação conjunta; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho visa apresentar reflexões iniciais sobre os impactos da legislação protetiva de dados pessoais, notadamente da UE General Data Protection Regulation e da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira - Lei n. 13.709, de 2018, em relação à tecnologia blockchain. Sabe-se que a crescente regulação estatal sobre a proteção de dados pessoais foi idealizada para sistemas tecnológicos centralizados e, por isso, questionamentos surgiram sobre a sua (in) aplicabilidade às estruturas descentralizadas, como as instituídas pela tecnologia blockchain. Sabe-se que o uso dessa classe de tecnologia é possível em vários domínios. A investigação voltou-se para a identificação de contornos do conceito legal de controlador, que atua de forma conjunta na rede blockchain com outros controladores, com graus e com qualificações diferenciadas. A questão jurídica voltou-se para os limites da responsabilidade civil de cada controlador. Nada obstante as previsões de responsabilidade civil do controlador de dados pessoais nas mencionadas legislações, ainda pairam muitas dúvidas sobre a temática, notadamente quando se está diante de controle realizado por várias pessoas de forma distribuída.

Palavras-chave: Tecnologia do blockchain; UE General Data Protection Regulation e Lei Geral de Proteção de Dados brasileira; Responsabilidade civil do controlador.

Abstract: This paper aims at presenting initial reflections, in the light of the blockchain technology, on the impacts of personal data protection legislation; notably the EU General Data Protection Regulation and the Brazilian General Data Protection Act - Law No. 13.709 of 2018. The growing state regulation on personal data protection was designed for centralized technological systems. This fact has raised questions about the (in)applicability of regulation to decentralized structures, such as those introduced by blockchain, a technology with applicability in several domains. The investigation focuses on identifying the contours of the legal concept of controller, which acts jointly in the blockchain network with other controllers, with different degrees and qualifications. The legal issue focuses on the limits of the civil liability of each controller. Despite the personal data controller's civil liability provisions in the mentioned legislation, there are still many doubts on the subject, especially when several people exercise control in a distributed manner.

Key words: Blockchain; EU General Data Protection Regulation and Brazilian General Data Protection Act; Controller's civil liability.

¹ Mestre em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora na Faculdade de Direito Milton Campos (MG). Pesquisadora do Centro Universitário de Brasília. Pesquisadora da Faculdade de Direito Milton Campos (MG). Advogada. Email: beagbrito@gmail.com

² Pós-doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Pós-doutora, Doutora e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional da UFPR – Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico. Professora Adjunta da Faculdade de Direito Milton Campos (MG). Advogada. Email: alinefc3@yahoo.com.br

1. A classe de tecnologia do blockchain

A internet, associada ao uso de tecnologia disruptiva, introduziu uma nova realidade sócio-econômica pautada em ampla liberdade contratual e no livre exercício da autonomia privada. Os formatos de governança e de poder centralizado são percebidos, na contemporaneidade, com certo desgaste e desconfiança pela sociedade civil global. Nesse contexto, a tecnologia do *blockchain*³ foi recepcionada como uma nova era da economia de dados, acompanhada de expectativas de potenciais usos no mercado digital, mas também de incertezas e de reflexões nos âmbitos mercadológico e regulatório⁴.

Nesse sentido, a tecnologia do *blockchain*, quando do seu surgimento no meio digital⁵, atraiu a atenção de vários segmentos da sociedade sedentos por transformação. Um de seus maiores atributos foi a inauguração de uma rede descentralizada e de livre acesso, capaz de assegurar maior autonomia a todos que assim se propuseram a experimentá-la. É o nascimento de uma estrutura, nas palavras de Tatiana Revor e Rodrigo Borges «cujo DNA possui redes peer-to-peer (ponto-a-ponto), criptografia e consenso distribuído»⁶. Ressalta-se que não se trata de uma tecnologia, mas de uma classe de tecnologia de razão distribuída- DLT⁷ e que pode ser utilizada para inúmeras finalidades, a depender de sua configuração técnica e funcional.

A classe de tecnologia *blockchain* é usualmente identificada em dois sistemas. O sistema público é executado na rede pública e é aberto a todos que quiserem dele participar. O sistema privado, por sua vez, é executado em rede privada, em regra com um propósito específico e que tem um *gatekeeper* que controla a entrada de pessoas. A distinção está na liberdade de entrada e no conhecimento dos dados do banco pelo *gatekeeper*. Classifica-se, ainda, o sistema de *blockchain* como permis-

3 Sobre a definição de tecnologia blockchain sugere-se a leitura de SILVA, Breno Fraga Miranda. Blockchain e grupos societários: uma análise antitruste. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (Orgs.). Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Editora Singular, 2019, p. 127.

4 Cfr. Parlamento Europeu. Blockchain and General Data Protection: can distributed ledgers be squared with European data protection law? European Parliamentary Research Service. Study. Panel for the future of science and technology. Scientific Foresight Unit (STOA) PE 634.445- July 2019. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU\(2019\)634445_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU(2019)634445_EN.pdf). Acesso em: 23. Dezembro. 2020.

5 Nas palavras de Marco Iansit e Lakhani R. Karin: «Blockchain—a peer-to-peer network that sits on top of the internet—was introduced in October 2008 as part of a proposal for bitcoin, a virtual currency system that eschewed a central authority for issuing currency, transferring ownership, and confirming transactions. Bitcoin is the first application of blockchain technology». (IANSIT, Marco; KARIN, R. Lakhani. The truth about blockchain. In: Harvard Business Review, January-February, 2017. Disponível em: <https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain>. Acesso em: 18. Dezembro. 2020).

6 REVOREDO, Tatiana; BORGES, Rodrigo. Blockchains e as leis de proteção de dados: incompatíveis? Disponível em: <https://www.blockmaster.com.br/artigos/blockchains-e-as-leis-de-protecao-de-dados-incompativeis/>. Acesso em: 18. dezembro.2020.

7 Nesse sentido, palavras proferidas no painel sobre o futuro de ciência e da tecnologia do Parlamento Europeu: «Any overview of blockchain technology must commence with the observation that there is not one 'blockchain technology'. Rather, blockchains (or Distributed Ledger Technology – 'DLT') are better seen as a class of technologies operating on a spectrum that present different technical and governance structures. This is of pivotal importance as these divergent characteristics ought to be taken into account when determining the compliance of a specific use case with the GDPR. As a consequence, the compliance of a specific use case of the technology and the law must ultimately be determined on a case-by-case basis». (Parlamento Europeu. Blockchain and General Data Protection: can distributed ledgers be squared with European data protection law? European Parliamentary Research Service. Study. Panel for the future of science and technology. Scientific Foresight Unit (STOA) PE 634.445- July 2019. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU\(2019\)634445_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU(2019)634445_EN.pdf). Acesso em: 23. Dezembro. 2020).

sionário e não permissionário. Nas palavras de Tatiana Revoredo e Rodrigo Borges: «Nos blockchains permissionários são entidades pré-selecionadas que conduzem o processo de consenso. Já nos blockchains não permissionários, qualquer pessoa pode participar do processo de consenso»⁸.

O armazenamento e o tratamento de dados, por meio dessa tecnologia, são feitos por uma cadeia de blocos que contém, de forma cronológica e permanente, todas as transações feitas, conectadas por meio de um *software* aberto aos usuários.⁹ «*In essence, a blockchain is a shared and synchronised digital database that is maintained by a consensus algorithm and stored on multiple nodes (computers that store a local version of the database)*»¹⁰. É banco de dados digital que coleta e armazena dados de forma descentralizada e distribuída.

Sobre o processamento e a validação das transações, Klaus Schwab ressalta que «o blockchain descrito como um «livro-razão distribuído» é um protocolo seguro no qual uma rede de computadores verifica de forma coletiva uma transação antes de registrá-la e aprová-la».¹¹ O registro é projetado para ser imutável, já que, por meio de consenso, deve-se concordar com o estado em que se encontra o «livro-razão distribuído», o que gera transparência e redução de custos de transação¹². O seu controle é feito por todos os usuários, dispensando-se terceiros intermediários.¹³ Cada transação é feita entre os usuários *peer to peer* que têm acesso ao banco de dados, desde a primeira transação, por meio do «livro-razão», que pode ser para uso por tempo determinado ou indeterminado.

Nada obstante às expectativas de se inaugurar uma nova era de armazenamento e de tratamento de dados por meio da tecnologia do *blockchain*, essa estrutura tecnológica não foi vislumbrada como uma realidade próxima, quando da edição de legislações de proteção de dados pessoais, notadamente, da *UE General Data Protection Regulation*, de 2018, e da Lei Geral de Proteção de dados do Brasil, Lei n.13.709, de 2018, idealizadas para sistemas tecnológicos centralizados. Nesse sentido, indaga-se sobre os impactos dessas normas protetivas de dados pessoais sobre as redes que utilizam a tecnologia do *blockchain*, especificamente no que se refere à responsabilização civil de controladores que atuam de forma conjunta.

8 REVOREDO, Tatiana; BORGES, Rodrigo. Blockchains e as leis de proteção de dados: incompatíveis? Disponível em: <https://www.blockmaster.com.br/artigos/blockchains-e-as-leis-de-protecao-de-dados-incompativeis/>. Acesso em: 18. dezembro.2020.

9 Cfr. LILLA, Paulo Eduardo. Tecnologia blockchain e as leis de proteção de dados pessoais: é possível conciliar? In: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (Orgs.). Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Editora Singular, 2019, p. 60.

10 Parlamento Europeu. Blockchain and General Data Protection: can distributed ledgers be squared with European data protection law? European Parliamentary Research Service. Study. Panel for the future of science and technology. Scientific Foresight Unit (STOA) PE 634.445- July 2019. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU\(2019\)634445_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU(2019)634445_EN.pdf). Acesso em: 23. Dezembro. 2020.

11 SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 27.

12 «[...] custos de transação consistem naquilo que se precisa pagar ou de que se deve abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual». (PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em direito e economia. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum, n. 14, abril/junho, 2006, p. 61). Cfr. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 75.

13 Cfr. IANSIT, Marco; KARIN, R. Lakhani. The truth about blockchain. In: Harvard Business Review, january-february, 2017. Disponível em: <https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain>. Acesso em: 18. Dezembro. 2020.

2. A (in)compatibilidade da tecnologia *blockchain* em face à *General Data Protection Regulation* (GDPR) e à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira: delimitação da responsabilidade de controladores com atuação conjunta

Nos termos do artigo 1.º, n.º 2.¹⁴ da UE *General Data Protection Regulation* (GDPR) e do artigo 1.¹⁵ da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), é objetivo a proteção do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, no que se refere ao tratamento e à livre circulação. Consideram-se dados pessoais a «informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»)»¹⁶. O direito à proteção de dados contempla não somente a privacidade, mas todas as situações existenciais que são afetadas pelo tratamento das informações pessoais¹⁷.

Associado a esse objetivo, a regulação tem por fim promover a confiança necessária para o desenvolvimento especialmente do mercado digital, eliminando-se obstáculos para o fluxo de dados necessários à consecução desse fim.¹⁸

A primeira premissa quanto à aplicabilidade das referidas legislações às estruturas de tecnologia *blockchain* é saber se os dados coletados, armazenados e tratados por meio dela são de natureza pessoal, ou seja, se estão atrelados a uma pessoa identificada ou identificável¹⁹. Nos termos do considerando 26 da GDPR, «para determinar se há uma probabilidade razoável de os meios serem utilizados para identificar a pessoa singular, importa considerar todos os fatores objetivos, como os custos e o tempo necessário para a identificação, tendo em conta a tecnologia disponível à data do tratamento dos dados e a evolução tecnológica».

Destaca-se, no presente artigo, a análise do ajuste da aplicação da GDPR e da LGPD às tecnologias *blockchain* em relação à imputação de responsabilidade de controladores de dados pessoais, ou seja, vinculados a uma pessoa, que atuam de forma conjunta. Ressalta-se a importância da delimitação nos vários domínios susceptíveis ao uso dessa tecnologia, com o controle feito por vários atores. Por outro lado, a pessoa do controlador é central nas regulações, já que é a quem- mas não

14 Artigo 1.º, n.º 2.º : «O presente regulamento defende os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção dos dados pessoais».

15 Artigo 1.º : «Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural».

16 Artigo 5.º da LGPD: «I- dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável».

17 Eis as palavras de Ana Frazão: «Os problemas que decorrem da exploração dos dados pessoais são muito mais extensos do que a mera violação da privacidade, especialmente se tal direito for compreendido sob a sua aceção clássica, ou seja, no sentido de intimidade e do direito de ser deixado só. Além da privacidade, há vários outros desdobramentos da personalidade que são colocados em risco pela economia movida a dados, como a própria individualidade e a autonomia.» FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coords). Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 98.

18 Cfr. Considerando n.º 7.º da GDPR. Nesse sentido, artigo 2.º, V da LGPD: «A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: V- o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação».

19 Sabe-se que a linha divisória entre os dados anônimos e os dados pessoais é muito tênue. Sobre os possíveis cenários de anonimização e pseudonimização de dados, sugere-se estudo do Parlamento Europeu. Cfr. Parlamento Europeu. *Blockchain and General Data Protection: can distributed ledgers be squared with European data protection law?* European Parliamentary Research Service. Study. Panel for the future of science and technology. Scientific Foresight Unit (STOA) PE 634.445- July 2019. Disponível em: . Acesso em: 23. Dezembro. 2020. Cfr. ainda UNIÃO EUROPEIA. Parecer 05/2014 sobre técnicas de anonimização, adotado em 10 de abril de 2014 (WP 2016). Disponível em: <https://www.gdpd.gov.mo/uploadfile/2016/0831/20160831045040634.pdf>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

somente- os usuários podem se reportar para fins de reparação de dano decorrente de violação de seu direito fundamental de proteção de dados.

Nesse sentido, é relevante a identificação de controlador, especialmente no que se refere à imputação de sua responsabilidade civil pela violação das disposições legais. E no caso de tecnologia blockchain, ressalta-se a importância da identificação de controladores que atuam conjuntamente. Nos termos do artigo 4.º, n.º 7.º, da RGPD, o controlador é «a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios desse tratamento sejam determinados pelo direito da União ou de um Estado-Membro, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos aplicáveis à sua nomeação podem ser previstos pelo direito da União ou de um Estado-Membro». Na mesma linha, nos termos do artigo 5.º, VI, da LGPD, controlador é «a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais».

A partir desses conceitos legais, nota-se que a identificação de controlador ou controladores está diretamente vinculada aos meios de tratamento de dados e à sua finalidade. Nota-se que a legislação da União Europeia, diferentemente da brasileira, prevê expressamente a possibilidade de controle de forma conjunta o que se aproxima mais da realidade da tecnologia blockchain.

A identificação de controladores, que atuam de forma conjunta, nos sistemas privados que utilizam essa classe de tecnologia pode se tornar um pouco mais facilitada diante do controle de entrada de pessoas pelo gatekeeper. O mesmo não ocorre no sistema executado em rede pública, que independente de permissão de entrada. Nesse último, deve-se, primeiramente, indagar se as chaves públicas utilizadas no sistema podem ser identificadas como dados pessoais. Sabe-se que a entrada se dá sem autorização e para cada transação há uma chave pública criptografada, além da chave privada. Mas se, por exemplo, a chave pública, atribuída a um usuário não identificado, associar-se a outros elementos de identificação, passa-se a ser considerada como dado pessoal, susceptível de proteção legal²⁰, já que se torna dado pseudônimo, nos termos do artigo 4.º, n.º 5.º, da GDPR²¹.

Identificada a chave pública como dado pessoal, identifica-se os controladores do dado, de forma a apurar responsabilidades, no âmbito civil. Nos termos do artigo 26, n.º 1.º, da RGPD, «Quando dois ou mais responsáveis pelo tratamento determinem conjuntamente as finalidades e os meios desse tratamento, ambos são responsáveis conjuntos pelo tratamento. Estes determinam, por acordo entre si e de modo transparente as respectivas responsabilidades pelo cumprimento do presente regulamento,

20 Cfr. Parlamento Europeu. Blockchain and General Data Protection: can distributed ledgers be squared with European data protection law? European Parliamentary Research Service. Study. Panel for the future of science and technology. Scientific Foresight Unit (STOA) PE 634.445- July 2019. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU\(2019\)634445_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU(2019)634445_EN.pdf). Acesso em: 23. Dezembro. 2020.

21 Cfr. LILLA, Paulo Eduardo. Tecnologia blockchain e as leis de proteção de dados pessoais: é possível conciliar? In: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (Orgs.). Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Editora Singular, 2019, p. 71.

nomeadamente no que diz respeito ao exercício dos direitos do titular dos dados e aos respetivos deveres de fornecer as informações referidas nos artigos 13. e 14. , a menos e na medida em que as suas responsabilidades respetivas sejam determinadas pelo direito da União ou do Estado-Membro a que se estejam sujeitos. O acordo pode designar um ponto de contacto para os titulares dos dados». Já a LGPD, em seu artigo 42, parágrafo 1., II, estipula que «os controladores que estiverem envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previsto no art. 43 da Lei». A ressalva do artigo 43 da LGPD refere-se à ausência do nexo de causalidades entre o dano e a conduta do controlador.

Nota-se que a legislação comunitária menciona explicitamente a responsabilidade conjunta pelo tratamento de dados pessoais por parte do controlador e a possibilidade de celebração de acordo sobre essa responsabilidade. Quanto ao exercício do direito de reparação de dano por parte do usuário, o artigo 26, n. 3., da RGPD, estipula que, independentemente dos termos do acordo, ele pode exercer o seu direito em face de todos os responsáveis pelo controle. Na mesma linha, na LGPD há previsão de responsabilidade solidária entre os controladores. No caso de dano causado à pessoa titular de dados, a ela facultar-se pleitear a reparação perante quaisquer dos controladores, à sua escolha.

Nada obstante os termos legais, à luz do atual entendimento jurisprudencial comunitário²², não há consenso, no âmbito da tecnologia blockchain, sobre os contornos do conceito legal de controladores. Isso porque se está diante de uma atuação de controle com significativas variáveis. A depender da autonomia do controlador, indaga-se sobre a possibilidade efetiva de cumprir as obrigações previstas em lei, bem como o grau de sua responsabilidade. Indaga-se, ainda, sobre a possibilidade da matéria ser objeto de acordo, nos termos do artigo 26, n. 1., da RGPD.

Nesse contexto, entende-se que a delimitação do conceito de controlador, no âmbito da tecnologia blockchain, por se tratar de controle descentralizado, requer uma explicitação por parte do intérprete da lei próxima à realidade, com atenção para os indicativos do caso concreto, tais como, o projeto técnico, a governança, o grau de autonomia e de participação de cada controlador.²³ Todos devem, a depender do grau de controle que detêm sobre a estrutura de tecnologia blockchain, garantir o cumprimento da legislação.

A questão jurídica distancia-se de uma resposta fechada, o que traz à tona

22 Sobre os contornos do conceito legal de controladores que atuam de forma conjunta e, conseqüentemente, de suas responsabilidades legais, sugere-se os seguintes julgados destacados no estudo do Parlamento Europeu: Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein e Jehovan Witnesses. (Parlamento Europeu. Blockchain and General Data Protection: can distributed ledgers be squared with European data protection law? European Parliamentary Research Service. Study. Panel for the future of science and technology. Scientific Foresight Unit (STOA) PE 634.445- July 2019. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU\(2019\)634445_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU(2019)634445_EN.pdf). Acesso em: 23. Dezembro. 2020).

23 Parlamento Europeu. Blockchain and General Data Protection: can distributed ledgers be squared with European data protection law? European Parliamentary Research Service. Study. Panel for the future of science and technology. Scientific Foresight Unit (STOA) PE 634.445- July 2019. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU\(2019\)634445_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU(2019)634445_EN.pdf). Acesso em: 23. Dezembro. 2020.

necessárias investigações para a sua solução, seja por meio de novas tecnologias²⁴, seja por meio de adequação prévia do controlador, quando da escolha do tipo de sistema que irá adotar, com medidas funcionais e técnicas, sem que a regulação seja visualizada como um engessamento do progresso do mercado digital²⁵.

Considerações Finais

O desenvolvimento da economia de dados certamente pressupõe espaço para um exercício de atividade econômica com liberdade e criatividade, com suas bases, hoje, no mercado digital. Entende-se que a tecnologia *blockchain*, diante de suas inúmeras aplicações, pode contribuir e muito para o crescimento desse mercado. Mas esse crescimento também atrela-se à efetividade de aplicação de normas protetivas de dados pessoais dos indivíduos que nele estão inseridos.

Dentro desse contexto, indagou-se sobre a (in)compatibilidade da GDPR e da LGPD com a tecnologia *blockchain*, com enfoque na responsabilização dos controladores que atuam de forma conjunta. Para tanto, entende-se ser necessário um trabalho hermenêutico, fundado nas diretrizes normativas principiológicas, no sentido de delimitar o conceito legal de controle conjunto, de acordo com a realidade tecnológica e funcional de cada sistema que se pretende analisar. Nesse sentido, a análise deve ser casuística, proporcional aos meios e aos fins da coleta e tratamento de dados, com respeito às suas peculiaridades. A partir dela, acredita-se que maiores certezas jurídicas virão para os usuários da tecnologia *blockchain*, bem como para os controladores que atuam de forma conjunta, de forma a se projetar em consonância com o resguardo dos dados pessoais.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados e altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 15. agosto. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 27 de dezembro de 2020.

FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coords). Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

IANSIT, Marco; KARIN, R. Lakhani. The truth about blockchain, in: Harvard Business Review, january-february, 2017. Disponível em: <https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain>. Acesso em: 18. Dezembro. 2020.

24 Sobre possíveis tecnologias, tais como, por exemplo, o processamento de dados em rede paralela (side chain) ou fora da rede (off chain), sugere-se a leitura de LILLA, Paulo Eduardo. Tecnologia blockchain e as leis de proteção de dados pessoais: é possível conciliar? In: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (Orgs.). Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Editora Singular, 2019, p. 75-76.

25 Cfr. HERIAN, Robert. Regulation Disruption. Blockchain. GDPR and questions of data sovereignty. Journal of International Law, v. 22, n. 2, August, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327111702_REGULATING_DISRUPTION_BLOCKCHAIN_GDPR_AND_QUESTIONS_OF_DATA_SOVEREIGNTY. Acesso em: 20 de dezembro de 2020).

LILLA, Paulo Eduardo. Tecnologia blockchain e as leis de proteção de dados pessoais: é possível conciliar? In: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (Orgs.). Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Editora Singular, 2019, p. 57-79.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em direito e economia. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum, n. 14, abril/junho, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

REVOREDO, Tatiana; BORGES, Rodrigo. Blockchains e as leis de proteção de dados: incompatíveis? Disponível em: <https://www.blockmaster.com.br/artigos/blockchains-e-as-leis-de-protecao-de-dados-incompativeis/>. Acesso em: 18 dezembro. 2020.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Breno Fraga Miranda. Blockchain e grupos societários: uma análise antitruste. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (Orgs.). Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Editora Singular, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Jornal Oficial da União Europeia, Estrasburgo, 24/10/1995. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:01995L0046-20031120&form=EN>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Jornal Oficial da União Europeia, Estrasburgo, 04/05/2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Parecer 05/2014 sobre técnicas de anonimização, adotado em 10 de abril de 2014 (WP 2016). Disponível em: <https://www.gdpd.gov.mo/uploadfile/2016/0831/20160831045040634.pdf>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

HERIAN, Robert. Regulation Disruption. Blockchain. GDPR and questions of data sovereignty. Journal of International Law, v. 22, n. 2, August, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327111702_REGULATING_DISRUPTION_BLOCKCHAIN_GDPR_AND_QUESTIONS_OF_DATA_SOVEREIGNTY. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

Recebido: 28.10.2020

Aprovado: 28.11.2020

Università degli Studi di Padova
Itália

Volume 1, Número 2,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt



Diritti fondamentali e ruolo della giurisprudenza nella emergenza covid-19

Fundamental rights and the role of jurisprudence in the covid-19 emergency

Francesca Benatti¹

Sommario: 1. Introduzione; 2. Scienza, politica e giurisprudenza; 3. L'attuale tendenza della giurisprudenza; 4. Originalismo v. Common good constitutionalism?; 5. Conclusioni.

Riassunto: Il presente lavoro offre una analisi del difficile rapporto tra giurisprudenza e scienza, analizzando la situazione di emergenza causata dalla pandemia Covid. Nell'ultimo anno, il potere politico ha imposto per prevenire la diffusione del contagio misure restrittive della libertà personale, economica, religiosa, di circolazione, di espressione, del diritto di istruzione. Se in un primo momento la giurisprudenza ha lasciato ampia discrezionalità al politico, nell'ultimo periodo sembra richiedere una maggiore trasparenza dei dati e una razionalità e proporzionalità delle misure rispetto agli obiettivi prefissati. Benché, infatti, il potere esecutivo e quello legislativo sono maggiormente adeguati a confrontarsi con la scienza e a compiere decisioni di policy, spetta alla giurisprudenza fissare il confine che il potere politico non può e non deve oltrepassare. Emblematica in tal senso è la decisione in materia di libertà religiosa della US Federal Supreme Court. La necessità di un controllo per prevenire abusi e arbitri pone, però, il problema della complessità di una gerarchizzazione dei valori fondamentali, dei criteri impiegati, del soggetto deputato a compierla. Sono scelte cruciali che attengono alla concezione stessa della democrazia. In particolare, il saggio si concentra sui metodi di interpretazione costituzionale originalista e del bene comune, mettendone in luce vantaggi e criticità.

Parole Chiave: Scienza; Giurisprudenza; Interpretazione.

Abstract: This work offers an analysis of the difficult relationship between jurisprudence and science, analyzing the emergency situation caused by the Covid pandemic. In the last year, political power has imposed restrictive measures on personal, economic, religious freedom, movement, expression and the right to education to prevent the spread of the infection. If at first the jurisprudence left wide discretion to the political power, in the last period it seems to require greater transparency of data and a rationality and proportionality of the measures with respect to the objectives set. Although, in fact, the executive and legislative powers are better suited to confront science and make policy decisions, it is up to jurisprudence to set the boundary that political power cannot and must not cross. Emblematic in this sense is the decision on religious freedom of the US Federal Supreme Court. The need for control to prevent abuses and arbitrators, however, raises the problem of the complexity of a hierarchy of fundamental values, of the criteria used, of the subject appointed to carry it out. These are crucial choices that pertain to the very concept of democracy. In particular, the essay focuses on the methods of originalist constitutional interpretation and the common good, highlighting their advantages and criticalities.

Key Words: Science; Jurisprudence; Interpretation.

¹ Professoressa associata di Diritto Comparato presso Università degli Studi di Padova. Email: francesca.benatti@unipd.it

1. Introduzione

La pandemia Covid che ormai da un anno quasi controlla le nostre vite ha accentuato alcune delle questioni e della problematiche irrisolte già presenti nelle nostre realtà: il ruolo della scienza e il suo rapporto con la politica e la giurisprudenza, il confronto fra giurisprudenza e legislazione, la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali, ma soprattutto la loro gerarchizzazione. La crisi ha confermato come spesso la loro tutela comporti il sacrificio di altre libertà e diritti. Si impone quindi la necessità di individuare i soggetti preposti al loro bilanciamento e un criterio chiaro che possa essere impiegato. Si è assistito ad una limitazione della libertà economica, religiosa, di circolazione, del diritto all'istruzione e perfino della libertà di espressione perché il dibattito sul Covid è sempre avvenuto in forme determinate e qualsiasi dubbio sulla opportunità o razionalità delle misure è stato tacciato come ignorante o negazionista. E il dibattito sulla obbligatorietà dei vaccini o sulla introduzione di misure premiali volte a incentivarli apre una stagione di nuovi problemi. Libertà in cambio di sicurezza è stato il patto hobbesiano tra Stato e cittadini che ha regolato questo periodo.

Appare ovvio nell'esaminare la situazione attuale come tutti i sistemi abbiano scelto di far prevalere il diritto alla salute su tutti gli altri. E si potrebbe specificare ulteriormente sottolineando come anche all'interno dello diritto alla salute siano spesso state fatte gradazioni che hanno portato al sacrificio di altri malati. E in tal senso si è comportata la giurisprudenza che ha accolto quasi tutti i provvedimenti presi lasciando al potere politico quella discrezionalità di cui gode nell'emergenza nello stato di eccezione. Peralto come afferma Ira Katznelson² la differenza fra democrazia e dittatura non è che la democrazia si impedisce lo di eccezione, ma lo impone per proteggersi e non per agire impunemente e arbitrariamente. Essa richiede che le misure implementate siano temporanee e soprattutto razionali e trasparenti. Devono essere strettamente mirate all'obiettivo che nella pandemia Covid è rappresentato dalla tutela della salute e la protezione dei cittadini attraverso una prevenzione del contagio.

2. Scienza, politica e giurisprudenza

La questione si concentra dunque sull'impiego della scienza da parte del legislatore e della giurisprudenza perché solo la scienza può fornire gli elementi e i criteri sui quali fondare le scelte. Il tema è antico: la Corte Costituzionale tedesca ha affrontato il complesso rapporto fra i tre poteri dello stato con riguardo alla scienza nella decisione del 1978 Kalkar I relativa alla costruzione di un impianto nucleare. Nella motivazione è affermato come certe decisioni siano di natura politica e tendenzialmente sottratte ad una judicial review: "solo il futuro dirà se questa scelta di implementare la tecnologia sarà utile o dannosa. In questa situazione necessariamente incerta sono innanzitutto il legislatore e il governo ad avere la responsabilità politica per prendere le decisioni che essi ritengono pragmaticamente opportune entro i confini delle loro rispettive competenze. In queste circostanze, il giudice non ha il compito di sostituire il suo giudizio a quello dei rami politici nel valutare la situazione, in quanto non esisto-

² KATZNELSON, Ira. "Fear itself: The new deal and the origins of our time". New York: WW Norton & Company, 2013.

no criteri giuridici per tali decisioni”³.

E' evidente dunque come le Corti adottino l'approccio deferente per varie ragioni: l'impossibilità di un controllo effettivo della validità del dato scientifico, la scarsa conoscenza da parte dei giudici, la difficoltà di un bilanciamento di valori e libertà che non è meramente tecnico, ma politico. Ciò non esclude la necessità di una verifica non tanto della correttezza sostanziale, quanto della trasparenza del dato impiegato e della proporzionalità, della razionalità delle misure in relazione alle informazioni disponibili. Sia politica che giurisprudenza condividono le medesime difficoltà nel relazionarsi al dato scientifico che attengono principalmente ad una diversità di approccio. Esse infatti richiedono elementi possibilmente certi in un determinato momento per la decisione. Invece non dovrebbero mai dimenticare che, come sottolineato, “la certezza ... di oggi potrebbe essere eliminata dalla prossima generazione di esperti o che la ricerca scientifica getterà luce in angoli che sono attualmente bui”. D'altra parte “questo è il destino, anzi questo è il senso del lavoro della scienza, al quale esso è sottoposto ed esposto in modo del tutto specifico rispetto a tutti gli altri elementi della cultura per i quali pur vale la stessa cosa: ogni riuscita scientifica comporta “nuove questioni” e vuole essere superata e invecchiare”⁴. Per tale ragione gli appelli a seguire la scienza, a non dubitare o a dibattere alcuni dati della pandemia per ricercare maggiore chiarezza oggi appaiono sbagliati o peggio rischiosi. Sono, inoltre, smentiti dall'esperienza: l'OMS ha messo in luce, in una ennesima giravolta, pochi giorni fa la possibilità di errori nei test, se non eseguiti scrupolosamente, e uno studio americano discute della contagiosità degli asintomatici. E' il metodo scientifico, che la ribalta mediatica vorrebbe cambiare o, addirittura, far tacere.

Il che tuttavia implica due riflessioni. La prima è l'impossibilità per la politica di abdicare al suo ruolo nei confronti della scienza e della tecnica. Da un lato esse non sono mai neutrali ma possono servire gli scopi più diversi come intuito già da Carl Schmidt, dall'altro la decisione di far governare la scienza è una decisione profondamente politica. Nell'ultimo periodo in Italia sono usciti due importanti libri sul tema: “Il lavoro dello spirito” di Massimo Cacciari e “L'ingranaggio del potere” di Lorenzo Castellani. Il primo ci ricorda⁵, richiamandosi a Weber, che il politico è chiamato a calcolare, misurare, analizzare in analogia con il metodo del lavoro scientifico, ma in quanto partecipante esplicitamente alla lotta sul terreno dei lavori sarà responsabile della sua scelta e dunque del fondo non razionale che la sua decisione comporta. Il politico deve saper rendere ragione e riconoscersi responsabile-

Lorenzo Castellani, nella prospettiva di Hayek, critica l'illusione tecnocratica, rilevando come la conoscenza dovrebbe emergere dal sistema poiché quando si impone sul sistema è prescritta da qualcuno che domina sugli altri. E quindi all'accentramento tecnocratico di esperti è preferibile la decentralizzazione del sapere⁶. In entrambi gli autori si afferma come la responsabilità del politico, che deve saper usare il dato scientifico, sia l'elemento decisivo che avvicina politica e scienza.

3 Kalkar Case I (1978) 49 BVerfGE 89.

4 In re U (A Child) [2005] Fam. 134.

5 CACCIARI, Massimo. “Il lavoro dello spirito”. Milano: Adelphi, 2020, pp.57 ss.

6 CASTELLANI, Lorenzo. “L'ingranaggio del potere”. Macerata: Liberlibri, 2021, pp. 201 ss.

La seconda riflessione è che neppure la giurisprudenza debba rinunciare al suo ruolo nei confronti della politica e della scienza. Aveva ragione probabilmente Holmes quando muovendo dalla sfiducia nel diritto come modo di miglioramento della società osservava che se il diritto è politica deve scegliere il legislatore, se il diritto è conflitto di interessi sono i parlamenti a dover decidere⁷. Ma alla tesi con riguardo alla pandemia può essere sollevata, innanzitutto una obiezione fattuale: i tribunali si sono espansi a tal punto che oggi il self-restraint appare più una pavida scusa che una reale giustificazione. Se questo è un argomento insufficiente, va ribadito come sia compito delle Corti fissare i limiti della discrezionalità del politico, oltre al quale non è possibile andare. La discrezionalità va accettata, ma deve avere confini chiari⁸. D' altra parte in una corretta accezione non è l'interventismo giudiziale in sé il problema, ma solo quello arbitrario, estraneo al sistema e fondato esclusivamente sulla volontà e ideologia o percezione del giudicante.

3. L' attuale tendenza giurisprudenziale

In tal senso è significativa la decisione *Roman Catholic Dioceses of Brooklyn v. Andrew M. Cuomo*⁹, con il quale la Corte Suprema Federale statunitense accoglie a stretta maggioranza il ricorso presentato dalla Diocesi Cattolica e da Associazioni ebraiche (Agudath Israel) per la sospensione cautelare dell'ordine esecutivo 202.68 nella parte in cui stabilisce limiti prefissati al numero di partecipanti alle celebrazioni religiose per ridurre la diffusione del Covid-19. La motivazione di maggioranza ha sottolineato come non essendo state imposte restrizioni a tutte le attività svolte al chiuso e, quindi, non trattandosi di provvedimenti neutri e di carattere generale, debba essere verificata la loro proporzionalità. Pur con alcune differenze tra le aree di rischio, l'ordine esecutivo consentiva, infatti, a numerose attività private di ammettere al loro interno quante persone ritenessero. Tali distinzioni non sarebbero state poi motivate da una reale giustificazione posto che secondo lo stesso convenuto la diffusione del Covid-19 era dovuta principalmente al contagio nei luoghi di lavoro e nelle scuole. Le limitazioni rappresentavano anche misure irrazionali. La Diocesi e le Unioni ebraiche, inoltre, avevano introdotto spontaneamente protocolli molto rigidi per garantire la sicurezza e, pertanto, non si erano riscontrati casi di focolai connessi alla pratica di attività religiose.

Né d'altra parte come ricorda Justice Gorsuch in una concurring opinion si straordinaria efficacia non è accettabile che le attività religiose siano state penalizzate perché non reddituali: "il Governatore ha scelto di non imporre restrizioni di capacità ad alcune attività che considera essenziali. E risulta che le attività che il Governatore considera essenziali includono negozi di ferramenta, agopuntori e negozi di liquori. Anche officine di riparazione di biciclette, alcune società di segnaletica, contabili, avvocati e agenti assicurativi sono tutti [servizi] essenziali. Quindi, almeno secondo il

7 V. l'analisi di HORWITZ, Morton. "Holmes in American Legal Thoughts" in GORDON, Robert (a cura di). "The Legacy of Oliver Wendell Holmes". Stanford: Stanford University Press, 1992, pp. 31 ss.

8 Sui possibili errori commessi, v. AXE, Douglas, BRIGGS, William, RICHARDS Jay. "The price of panic. How the tyranny of experts turned a pandemi cinto a catastrophe". Washington: Regnery, 2020.

9 592 U.S. _____, 2020 WL.

Governatore, potrebbe non essere sicuro andare in chiesa, ma va sempre bene prendere un'altra bottiglia di vino, acquistare una nuova bicicletta [...]. Chi sapeva che la salute pubblica si sarebbe allineata così perfettamente con l'interesse secolare?"

In tal senso si è espresso anche il Consiglio di Stato francese che ha ordinato al governo di rivedere entro tre giorni il suo decreto che limita a 30 persone il numero di fedeli autorizzati a partecipare alle cerimonie religiose. Il provvedimento è stato ritenuto violare la libertà di culto e non giustificato da esigenze scientifiche¹⁰.

La critica di irrazionalità e mancata proporzionalità è mossa anche in Italia con riguardo alle limitazioni al diritto all'istruzione. Correttamente il Tar Lombardia affronta le ragioni indicate dalla Regione nell'ordinanza per giustificare l'obbligo di didattica online per gli studenti delle scuole superiori in particolare nella parte in cui afferma che diversamente si sarebbero potuti verificare "probabili assembramenti nei pressi dei plessi scolastici, con correlato rischio di diffusione del contagio presso le famiglie". Secondo il TAR, "emerge così l'irragionevolezza della misura disposta, che, a fronte di un rischio solo ipotetico di formazione di assembramenti, anziché intervenire su siffatto ipotizzato fenomeno, vieta radicalmente la didattica in presenza per le scuole di secondo grado, didattica che l'ordinanza neppure indica come causa in sé di un possibile contagio"¹¹. E' messo in luce come avrebbero potuto essere prese misure diverse finalizzate a vietare o ridurre gli assembramenti senza incidere sul diritto ad una istruzione in presenza che è anche strettamente connessa alla socialità e al benessere psicologico dei ragazzi. Ciò non significa che la didattica virtuale risulti sempre illegittima ma devono esserci dati seri e effettivi. I diritti fondamentali non possono essere sacrificati per meri rischi, per ipotesi

Analogamente una preoccupazione sulla irrazionalità delle limitazioni è stata sostenuta anche con riguardo a provvedimenti che incidono sulla libertà economica: in Germania in ottobre è stato considerato illegittimo un provvedimento che limitava la apertura dei bar fino alle 18. E in Portogallo il Tribunal da Relação di Lisbona ha sottolineato l'inattendibilità dei test RT-PCR per decretare la quarantena. Peraltro la sentenza portoghese sollevava il problema dei falsi positivi che oggi si sta discutendo.

4. Originalismo v. Common good constitutionalism ?

E', dunque, apprezzabile il controllo delle Corti sulla necessità, proporzionalità e razionalità delle misure. Non si tratta, infatti, di sacrifici neutrali, ma che incidono profondamente sulla vita, sul benessere e futuro delle persone: chiudere o limitare oggi attività produttive causa difficoltà non solo economiche, che un domani potrebbero tradursi in minori possibilità di garantire cure e trattamenti, con una lesione proprio di quel diritto alla salute che si vuole garantire. Forse cinicamente ma correttamente Lord Sumption, un tempo giudice della UK Supreme Court, ha osservato come sia opportuna "un'operazione di riconciliazione e mediazione tra diversi interessi dato che "non ci sono valori assoluti nelle politiche pubbliche, né ci sono nella conserva-

10

<https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/2020/11-novembre/446930-446941-446968-446975.pdf>.

11 TAR Lombardia, Sezione I, col Decreto 13 gennaio 2021, n. 32.

zione della vita. Ci sono solo pro e contro. Non permettiamo che circolino le auto che sono tra le armi più letali mai concepite, anche se sappiamo con certezza che migliaia di persone verranno uccise o mutilate ogni anno? Lo facciamo perché crediamo sia un prezzo che vale la pena pagare per muoversi in velocità e comodità. Ognuno di noi che guida è parte tacita di quel patto faustiano ...”¹²

Tuttavia non si può ignorare come il controllo implichi una scelta e una gerarchizzazione di diritti e valori. E', dunque, interessante esaminare un caso recente deciso dal V Circuito negli Stati Uniti. Un provvedimento del Governatore del Texas aveva proibito varie procedure durante il periodo di emergenza tra le quali poi erano stati inseriti gli aborti non necessari per ragioni di salute al fine di concentrarsi sulla lotta alla pandemia. Alcune strutture mediche avevano promosso una azione per chiedere l'annullamento del provvedimento. In primo grado avevano vinto, mentre il V Circuito fondando la motivazione sul leading case *Jacobson v. Massachusetts*¹³ ha constatato come ogni libertà garantita dalla Costituzione libertà garantita dalla Costituzione. non significhi per ogni persona un diritto assoluto ad essere non importa in ogni persona un diritto assoluto di essere. totalmente libera da restrizioni, soprattutto perché “una comunità ha il diritto di proteggersi da un'epidemia”. totalmente libera da restrizioni “, ma piuttosto” una comunità ha il diritto di proteggersi da un'epidemia “. totally free from restrictions “, but rather” a community has the right to protect itself from an epidemic. “interamente liberato dalla moderazione “, ma piuttosto ‘una comunità ha il diritto di proteggersi contro l'epidemia. 'entirely freed from moderation “, but rather a community has the right to protect itself against the epidemic. Impossibile caricare i risultati completi.

Pertanto, “tutti i diritti costituzionali possono essere ragionevolmente limitati per combattere un'emergenza sanitaria pubblica”¹⁴. La Corte ha, però, corretto il provvedimento, escludendo unicamente dal divieto di effettuare aborti i casi di aborti per motivi di salute o quando questo avrebbe impedito stante il limite legale delle 22 settimane di poterlo ancora effettuare.

La decisione è considerata espressione del common good constitutionalism per la sua affermazione del bene comune e della sua prevalenza sui diritti individuali accompagnata dalla necessità di una deferenza giudiziale¹⁵. Si avverte, inoltre, in sottofondo la constatazione di un disvalore dell'aborto. Tale filosofia giuridica elaborata da Adrian Vermeule si inserisce nel pensiero conservatore e tende a superare i limiti dell'originalismo, e del testualismo che non sarebbero in grado di tutelare efficacemente e compiutamente il bene comune concepito alla luce del diritto naturale. Pur utili nel limitare l'attivismo giudiziale non sarebbero sufficienti per ottenere risultati corretti o

12 SUMPTION, Jonathan. “The Lockdown Is Without Doubt the Greatest Interference with Personal Liberty in Our History”, in AIER, 9 maggio 2020 Disponibile presso <https://www.aier.org/article/lord-sumption-the-lockdown-is-without-doubt-the-greatest-interference-with-personal-liberty-in-our-history>. Ultimo accesso: 29 gennaio 2021.

13 *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905),

14 *Abbott*, 954 F.3d. La US Federal Supreme Court in *Planned Parenthood Ctr. for Choice v. Abbott*, U.S., No. 20-305, ha annullato i provvedimenti del Governatore il 25 gennaio 2021.

15 Sulla deferenza v. POSNER, Eric A., et al. “Terror in the balance: Security, liberty, and the courts”. Oxford: Oxford University Press on Demand, 2007.

giusti: “ has become an obstacle to the development of a robust, substantively conservative approach to constitutional law and interpretation. Such an approach—one might call it “common-good constitutionalism”—should be based on the principles that government helps direct persons, associations, and society generally toward the common good, and that strong rule in the interest of attaining the common good is entirely legitimate. In this time of global pandemic, the need for such an approach is all the greater, as it has become clear that a just governing order must have ample power to cope with large-scale crises of public health and well-being—reading “health” in many senses, not only literal and physical but also metaphorical and social”¹⁶. Non si tratta di “legal positivism, meaning that it is not tethered to particular written instruments of civil law or the will of the legislators who created them. Instead it draws upon an immemorial tradition that includes, in addition to positive law, sources such as the *ius gentium*—the law of nations or the “general law” common to all civilized legal systems—and principles of objective natural morality, including legal morality in the sense used by the American legal theorist Lon Fuller: the inner logic that the activity of law should follow in order to function well as law”¹⁷. A questa critica Justice Scalia avrebbe risposto ribadendo l’impossibilità attuale di individuare valori giusti e corretti condivisi. Ripeteva sempre di credere al diritto naturale, ma al “suo”, non necessariamente a quello degli altri.

Nelle diverse posizioni di due giuristi vicini per rapporto personale, fede religiosa e visione del mondo come Justice Scalia e Adrian Vermuele si ritrova la percezione di quella tragicità del diritto positivo sottolineata in modo profondo da Natalino Irti: “quando il diritto positivo si apre a valori assoluti, guarda oltre a sé, viene colmata la solitudine della volontà umana e riaccesa la speranza in un ordine superiore ed eterno. Dove il diritto si chiude in se stesso, labile edificio costruito in un luogo dello spazio e in un’ora di tempo, la speranza è tutta e sola nella volontà umana, nel suo istituire o destituire norme”¹⁸. Il positivismo ci lascia perennemente insoddisfatti, ma il perseguimento di valori sembra aprire oggi allo scontro e alla difficoltà di ravvisarne un fondamento comune. Ma è un travaglio tipico della nostra epoca dove nulla sa più indirizzare perché nulla sembra avere la legittimità per farlo.

5. Conclusioni

La crisi generata dal Covid ripropone all’interprete l’antico e irrisolvibile dibattito tra positivismo e diritto naturale perché impone una scelta tra diritti e libertà che ci sono egualmente cari, assegnando una loro gerarchia. Questo mostra la illusorietà della fiducia nel metodo interpretativo e forse più in generale nel diritto stesso. I richiami alla Costituzione vivente, al pragmatismo, al *common good constitutionalism*, all’originalismo al testualismo, nascondono sempre una riflessione sulla nostra visione della società e uno scontro con altri valori, altre ideologie: “il vincitore di oggi ...sarà

16 VERMEULE, Adrian. “Beyond Originalism”. The Atlantic, 31 marzo 2020. Disponibile presso <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>. Ultimo accesso: 28 gennaio 2021.

17 VERMEULE, Adrian. “Beyond Originalism”, cit.

18 IRTI, Natalino. “Riconoscersi nella parola”. Bologna: Il Mulino, 2020, p. 153.

presto arso e distrutto dal vincitore di domani”¹⁹.

Come decidere chi e cosa tutelare? Questa rimane la domanda fondamentale. La scelta possibile e inevitabile si trasforma in un tragico sacrificio. Scontrandosi con il tema diritti fondamentali, si avverte la difficoltà di una loro categorizzazione e di fondamento da parte di un politico che ha la sua legittimazione nella procedura e di una giurisprudenza che si è spesso inventata sovrana. Le tensioni evidenti hanno portato Claude Lefort nella critica a Marx ad ammettere che lo Stato democratico ha superato spesso i limiti dello Stato di diritto²⁰. L’età dei diritti fondamentali ci è sembrata ed è stata un’età di accresciuta libertà e conquiste, ma rimane una verità nella osservazione marxista secondo quale la libertà dell’uomo moderno è quella di una monade isolata, ripiegata su se stessa. I diritti umani nella moderna concezione legano e slegano²¹. E in un’epoca di distanziamento sociale forse la solitudine e l’incapacità di trovare una nozione condivisa di bene comune, che sappia tutelare l’individuo senza tradursi in individualismo, appaiono particolarmente dolorose. Una risposta potrebbe venire da una rivalutazione del senso religioso perché come notava Augusto Del Noce “senza questa rinascita, il processo verso il dominio della Forza non può non continuare”²².

Bibliografia

AXE, Douglas, BRIGGS, William, RICHARDS Jay. “The price of panic. How the tyranny of experts turned a pandemi cinto a catastrophe”. Washington: Regnery, 2020.

CACCIARI, Massimo. “Il lavoro dello spirito”. Milano: Adelphi, 2020.

CASTELLANI, Lorenzo. “L’ingranaggio del potere”, Macerata: Liberlibri, 2021.

DEL NOCE, Augusto. “Il problema dell’ateismo”. Bologna: Il Mulino, 1970.

HORWITZ, Morton. “Holmes in American Legal Thoughts” in GORDON, Robert (a cura di). “The Legacy of Oliver Wendell Holmes”. Stanford: Stanford University Press, 1992, pp. 31

IRTI, Natalino. “Riconoscersi nella parola”. Bologna: Il Mulino, 2020.

KATZNELSON, Ira. *Fear itself: The new deal and the origins of our time*. WW Norton & Company, 2013.

LEFORT, Claude. “L’invention democratique”. Parigi: Fayard, 1994.

MANENT, Pierre. “ Cours familier de philosophie politique”. Parigi: Gallimard.

POSNER, Eric A., et al. “Terror in the balance: Security, liberty, and the courts”. Oxford: Oxford University Press on Demand, 2007.

SUMPTION, Jonathan. “The Lockdown Is Without Doubt the Greatest Interference with Personal Liberty in Our History”, in AIER, 9 maggio 2020. Disponibile presso <https://www.aier.org/article/lord-sumption-the-lockdown-is-without-doubt-the-grea->

19 IRTI, Natalino. “Riconoscersi nella parola”, cit., p. 130.

20 LEFORT, Claude. “L’invention democratique”. Parigi: Fayard, 1994, p. 67.

21 MANENT, Pierre. “ Cours familier de philosophie politique”. Parigi: Gallimard, 2001, p. 181.

22 DEL NOCE, Augusto. “Il problema dell’ateismo”. Bologna: Il Mulino, 1970, p. 565.

test-interference-with-personal-liberty-in-our-history. Ultimo accesso: 29 gennaio 2021.

VERMEULE, Adrian. "Beyond Originalism". The Atlantic, 31 marzo 2020. Disponibile presso <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/> . Ultimo accesso: 28 gennaio 2021.

Recebido: 18.04.2020

Aprovado: 04.06.2020

Universidade de Coimbra
Portugal

Volume 1, Número 2,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt



Breve nótula sobre diálogo judicial e a sua importância na proteção multinível dos direitos

Brief notes on judicial dialogue and its importance on the multilevel protection of rights

Eduardo António da Silva Figueiredo¹

Resumo: O dealbar do terceiro milénio encontra-se marcado pela gradual desterritorialização do direito, hoje concebido em rede e desenvolvido ao abrigo de práticas dialógicas diversas. O objetivo desta investigação é o de contribuir para a compreensão do fenómeno do diálogo judicial e da sua importância num contexto de proteção multinível dos direitos fundamentais e humanos, no qual o relacionamento entre as diversas ordens jurídicas sobrepostas está longe de ser pacífico, gerando-se, não raras vezes, fortes tensões e conflitos que ameaçam a proteção efetiva dos direitos e liberdades individuais e demandam um maior e melhor diálogo. Concluimos defendendo que o futuro da jusfundamentalidade passa não só, mas também pela promoção de uma maior interação e diálogo entre operadores jurídicos, assim incrementando a sua tutela, a nível nacional, supranacional e universal.

Palavras-Chave: Diálogo Judicial; Internormatividade; Globalização; Proteção Multinível dos Direitos.

Abstract: The dawn of the third millennium is marked by the gradual de-territorialization of law, now conceived “as a network” and developed under varied dialogic practices. The main objective of this investigation is to contribute to a better understanding of the phenomenon of judicial dialogue and its importance in a context of multilevel protection of fundamental and human rights, in which the relationship between the various overlapping legal orders is far from being peaceful, generating, no infrequently, strong tensions and conflicts that are able to threaten an effective protection of individual rights and freedoms and, *pari passu*, demand a greater and better dialogue. I conclude that the future of human rights and liberties passes not only, but also for an intense promotion of a greater interaction and dialogue between legal operators, thus increasing its protection at a national, supranational and universal level.

Key-words: Judicial Dialogue; Internormativity; Globalization; Multilevel Protection of Rights.

¹ Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Doutorando em Direito Público na FDUC. Investigador associado do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (CDB/FDUC). E-mail de contacto: eduardo.figueiredo@uc.pt.

1. Considerações preliminares: o recorte de um conceito

Judicial dialogue ou, em português, diálogo judicial é um termo utilizado hodiernamente para referir um conjunto de práticas heterogêneas de “comunicação trans-judicial”². A designação encontrada tem sido considerada elusiva e abrangente, já que cada autor parece recorrer a ela para se referir a práticas distintas, ao ponto de se afirmar que, em última análise, a expressão “diálogo judicial” pode ter diferentes significados, consoante o sentido que lhe é atribuído, de forma quase arbitrária, por quem a invoca³.

Numa tentativa de aproximação ao sentido literal do conceito, é importante notar que o Oxford English Dictionary (1989) define “diálogo” da seguinte forma: “(1) conversaçaõ levada a cabo entre duas ou mais pessoas; colóquio. (...) (4) discussão ou comunicação construtiva e valiosa”. Assim sendo, pode concluir-se, ainda que de forma sucinta (e, porventura, redutora), que num diálogo haverá de poder identificar-se, pelo menos, um emissor, um recetor e uma troca ou partilha recíproca de mensagens e ideias. Assim sendo, por agora, pode afirmar-se que o diálogo judicial se traduz numa “discussão ou comunicação construtiva e valiosa” entre os órgãos jurisdicionais (ou melhor, entre os seus juízes).

Ao analisar-se a discussão doutrinal em torno deste conceito, é possível discernir, na doutrina, dois grupos de autores: por um lado, aqueles que se conformam com a mera constatação factual de que os tribunais de diferentes ordenamentos jurídicos interagem entre si e, por outro, aqueles que tentam encontrar teorias atributivas de sentido a este fenómeno, rejeitando encará-lo como um conjunto de “meras ocorrências episódicas ou um mero exercício normal da função judicial sem implicações especiais”⁴. Ora, é no seio da obra deste segundo grupo de autores que este conceito tem sido trabalhado e será, por conseguinte, a partir dela que ele será, *hic et nunc*, explorado.

2. Diálogo(s): o *diálogo judicial* no quadro das práticas dialógico-institucionais

O diálogo judicial deve ser situado no universo (mais vasto e caleidoscópico) do «institutional dialogue», justificando-se, por essa razão, uma brevíssima referência a este tipo de diálogo, especialmente no que diz respeito ao seu fundamento.

Desde logo, é importante reter que a noção de diálogo institucional é tão ampla que abrange todas as formas de interação dos tribunais inter se; dos tribunais com outras instituições; ou das várias instituições entre si⁵. Geralmente, as teorias dialógicas partem de uma premissa comum: segundo elas, não pode (ou, pelo menos, não deve) ser confiada a tarefa de interpretação do texto constitucional, sobretudo em

2 Slaughter, Anne-Marie - A typology of transjudicial communication. University of Richmond Law Review. N.º 29 (1994), pp. 100-101.

3 Zoethout, Carla M. - The European Court of Human Rights and transnational judicial dialogue. Vienna J. on Int'l Const. L.. N.º 9 (2015), p. 401.

4 Pasquet, Luca - Dialogue or interaction? A non-cosmopolitan reading of trans-judicial communication. In: Müller, Amrei (ed.) - Judicial Dialogue and Human Rights. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 467.

5 Gerards, Janneke; Fleuren, Joseph - Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgements of the ECtHR in national case-law. Portland: Intersentia, 2014, p. 72.

matéria de direitos fundamentais, exclusivamente ao poder judicial. Assim sendo, a adjudicação constitucional deverá ser levada a cabo através de um processo partilhado entre o poder judicial e os demais “atores constitucionais”⁶. Somente por esta via se conseguem encontrar soluções satisfatórias para resolver o chamado «countermajoritarian dilemma», resultante da consagração, na maioria dos ordenamentos jurídicos, do controlo difuso da constitucionalidade das normas («judicial review»). E isto porque se entende que os juízes (que não são eleitos democraticamente) estão, ao não aplicar uma lei que consideram desconforme à Constituição, a frustrar a vontade popular cristalizada no diploma, que foi criado por órgãos democraticamente eleitos e, por isso, dotados de legitimidade democrática. Em consequência, considera-se que existe uma “lacuna de legitimidade” que, em última análise, poderá conduzir a problemas de «policy distortion» ou «democratic debilitation»⁷. Torna-se, pois, imperativo que a determinação do significado e sentido das normas constitucionais seja levada a cabo através de processos mais democráticos e inclusivos. Recentemente, têm-se multiplicado as teorias em torno desta questão, procurando-se formas eficazes e pacíficas de colmatar a já referida lacuna de legitimidade⁸.

Os mecanismos utilizados na promoção do diálogo institucional apresentam naturezas variadas: por um lado, podem assumir a forma de procedimentos constitucionalmente regulados e promotores do diálogo entre o poder legislativo e o poder judicial (vejam-se, por exemplo, os mecanismos da «constitutional override» canadiana ou da «declaration of incompatibility» britânica); por outro lado, podem assumir a forma de mecanismos de harmonização da diversidade própria dos sistemas jurídicos pluralistas (veja-se a “doutrina da margem de apreciação”, criada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos ou TEDH); por fim, podem ainda assumir a forma de estruturas complexas de partilha de “bons costumes” e de “boas práticas”⁹.

Em Portugal também existem certos mecanismos promotores do diálogo institucional, como é o caso das designadas decisões intermédias do Tribunal Constitucional ou TC. A este propósito, costumam ser referidas as decisões de mera declaração de inconstitucionalidade («bloße Feststellung der Verfassungswidrigkeit») ou decisões apelativas ou exortativas («Appellentcheidungen») como sendo aquelas em que o diálogo é mais nítido – porém, é importante alertar para o facto de que não se pode afirmar, pelo menos, com total segurança, que o TC português utiliza este tipo de decisões, ou mesmo que elas sejam admissíveis à luz da nossa Constituição¹⁰. Do mesmo modo, podem ser qualificados como mecanismos promotores do diálogo, por exemplo, o veto presidencial (art. 136.º CRP) ou a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 283.º CRP).

Conclui-se, pois, que qualquer pretensão monopolista do poder judicial relativa

6 Bateup, Christine – The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N.º 71 (2006), p. 1.

7 Tushnet, Mark – Taking the constitution away from the courts. Princeton: Princeton University Press, 2000, pp. 57-63.

8 Bateup, Christine – The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Op. cit.* pp. 16 e ss.

9 Gerards, Janneke; Fleuren, Joseph – Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgements of the ECtHR in national case-law. *Op. cit.*, p. 72.

10 Correia, Fernando Alves – Justiça constitucional. 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 308-318.

ao processo de interpretação da Constituição deve ser afastada em prol da promoção do diálogo, tendo-se em conta a coexistência de múltiplas forças que devem intervir, direta ou indiretamente, no complexo processo de adjudicação constitucional – que, deste modo, poderá ser mais consensual, pacífico e democrático¹¹. É neste contexto que se enquadra o judicial dialogue, tornando possível a emanação de “decisões dialogadas”, no sentido de que não se encerram na perspetiva unívoca de um juiz ou de um único sistema jurídico, mas antes dialogam com os vários sistemas com vista à formulação da melhor solução possível.

3. A emergência, crescimento e afirmação do diálogo judicial

Sabe-se que o diálogo judicial não é um fenómeno recente. Na verdade, a interação trans-judicial é uma prática bastante antiga, mas que sofreu profundas transformações e se desenvolveu consideravelmente nas últimas décadas – daí a necessidade da doutrina de formular (novas) teorias justificativas do fenómeno, que sejam capazes de o dotar de um sentido próprio. Estas teorias foram desenvolvidas, essencialmente, a partir da década de 80 do século passado nos EUA e Canadá, sendo que é aí que surgem os seus primeiros defensores, mas também, paradoxalmente, os seus primeiros críticos.

A doutrina canadiana teve um papel essencial na constatação de que a forma como os tribunais se influenciam e relacionam tem sofrido profundas mutações com o decorrer dos anos. Estas devem-se, desde logo, ao processo crescente de globalização económica, política, cultural e social¹², o qual contribuiu para a substituição do tradicional paradigma relacional de receção por um moderno e promissor paradigma relacional de diálogo¹³. Assim, se tradicionalmente (pense-se, por exemplo, na época do colonialismo) a interação entre tribunais se traduzia numa mera receção da jurisprudência constitucional estrangeira, unilateralmente transmitida pelos tribunais dos países ditos “dominantes” aos tribunais dos países “dominados”, hoje pode falar-se da existência de um diálogo recíproco, crítico e relativamente pacífico entre os vários órgãos jurisdicionais nacionais, supranacionais e/ou internacionais. E repare-se, neste contexto, o diálogo não é, de todo, *conditio sine qua non* para a prossecução da função judicial, sendo levado a cabo com base num princípio de voluntariedade ou liberdade de participação¹⁴. É assim em todos os sistemas jurídicos, com exceção da África do Sul, país que, no art. 39.º, do Capítulo II, da sua Constituição da República determina que os tribunais estão obrigados a ter em consideração o direito internacional e estrangeiro ao levarem a cabo a tarefa de interpretação da Bill of Rights¹⁵. Este é o único caso, tanto quanto sabemos, em que pode falar-se de uma obrigação,

11 Relembremos a referência häberliana a uma “sociedade aberta de intérpretes”. Vide, por exemplo, Häberle, Peter – Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. 2.ª Edición, Madrid: Tecnos, 2017, pp. 85 e ss.

12 Queiroz, Cristina – Direito constitucional internacional. Lisboa: Petrony, 2016, p. 41.

13 Dubé, Claire L'Heureux – The importance of dialogue: globalization and the international impact of the Rehnquist court. *Tulsa Law Review*. N.º 34 (2013), pp. 17-21.

14 MacGregor, Eduardo Ferrer – What do we mean when we talk about judicial dialogue: reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*. N.º 30 (2017), p. 122.

15 Zoethout, Carla M. - The European Court of Human Rights and transnational judicial dialogue. *Op. cit.*, p. 403.

ou, pelo menos, de um dever constitucionalmente expresso de promover o diálogo judicial¹⁶.

A par da globalização, não pode ser esquecida, como fator que contribuiu, de maneira significativa, para o desenvolvimento do judicial dialogue, a chamada “terceira onda de democratização”, que resultou no surgimento e consolidação de uma vasta comunidade de Estados liberais¹⁷, porque, como é fácil de ver, só neste tipo de Estado estão reunidas condições propícias ao diálogo com órgãos judiciais estrangeiros.

E a verdade é que estes fenómenos acarretaram consigo um aumento da litigância internacional e a sua crescente judicialização, ao mesmo tempo que se denotou uma maior abertura dos Estados ao desenvolvimento de mecanismos efetivadores do direito internacional¹⁸. Estes são alguns dos fatores que contribuíram para o surgimento dos primeiros tribunais internacionais e supranacionais, enquadrados em ordens jurídicas multiníveis e que se inter-relacionam, complementando-se ou, não raras vezes, contradizendo-se. É, pois, fácil de ver que o fenómeno da internormatividade conduziu a “uma quebra gradual da relação direito-território”¹⁹, contribuindo para a desterritorialização do direito e para a sua conseqüente inclinação tendencialmente teleológica e instrumental²⁰. Posto isto, pode dizer-se que o fenómeno da internormatividade e o surgimento de um moderno ‘transconstitucionalismo’ são também fatores determinantes na redefinição do modo como os tribunais interagem entre si. Em poucas palavras, este último implica um esforço no reconhecimento da existência de problemas jurídico-constitucionais que interessam a diversas ordens jurídicas e que, por isso, implicam, para a sua resolução, “formas transversais de articulação” entre elas que permitam uma clara compreensão das suas potencialidades e limites na formulação de uma (boa) solução para o problema²¹. Deste modo, tem-se assistido ao desabrochar de um direito constitucional mais aberto, à medida que se reconhece “a importância das redes normativas, das soluções coordenadas e do esforço de harmonização dos ordenamentos jurídicos sobrepostos”²². Estas transformações culminaram com a alteração do paradigma metodológico subjacente à atividade judicativa: hoje, tende a valorizar-se o recurso pelo juiz ao direito comparado como meio de fundamentar (e até legitimar) a sua decisão, através da referência a jurisprudência ou normas legais/constitucionais estrangeiras – o que pressupõe, de acordo com parte

16 Isso não impede que certos textos constitucionais acolham mecanismos de enquadramento do diálogo internormativo, como acontece, entre nós, com o art. 16.º/2 da CRP. Cf. Moniz, Ana Raquel – Os direitos fundamentais e a sua circunstância. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 227.

17 Slaughter, Anne-Marie - A typology of transjudicial communication. Op. cit., p. 131; e ainda, Huntington, Samuel J. The third wave: democratization in the late twentieth century. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1991.

18 MacGregor, Eduardo Ferrer – What do we mean when we talk about judicial dialogue: reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. Op. cit., p. 93.

19 Javier Roig, Francisco – Human rights and judicial dialogue between America and Europe: toward a new model of law?. The Age of Human Rights Journal. N.º 6 (2016), p. 28.

20 Ferrarese, M. R. – Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale. Bari: Laterza, 2006, p. 22.

21 Neves, Marcelo – Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. In: Correia, Fernando Alves; Machado, Jónatas; Loureiro, João Carlos (org.) – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 615 e ss.

22 Correia, Fernando Alves – Justiça constitucional. Op. cit., p. 17.

da doutrina, a existência de uma «institutional awareness»²³.

No domínio jusfundamental, assistiu-se ao surgimento de autênticos sistemas multiníveis de proteção de direitos fundamentais e humanos – que trouxeram consigo imensas vantagens, mas também colocaram (e ainda colocam!) novos desafios que carecem de respostas satisfatórias – o que favoreceu o desenvolvimento do diálogo judicial já que esta é, porventura, uma das áreas onde este se revela mais frutífero²⁴. Alguns autores defendem, neste sentido, que as teorias do diálogo judicial “prometem complementar o problema metodológico gerado pelo direito em rede”, nomeadamente no quadro da atual proteção multinível dos direitos fundamentais²⁵.

É certo, porém, que o diálogo judicial, como hoje o conhecemos, ainda se encontra numa fase inicial de desenvolvimento (seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático), sendo expectável que se verifiquem notáveis progressos nos anos vindouros²⁶.

3.1. Uma tentativa de caracterização do diálogo judicial

O conjunto de práticas em que o diálogo judicial se cristaliza pode ser (e é) tão diverso que se torna difícil delimitar aquilo que pode ser (ou não) qualificado como tal. Quer-se com isto afirmar que é possível detetar algumas dificuldades da doutrina na formulação de um conceito finalizado de judicial dialogue. Na verdade, e como alerta Rafael Bustos Gisbert, quando falamos de diálogo judicial estamos a referir-nos a um fenómeno de geometria variável, tendo em conta a(s) sua(s) forma(s), intensidade, estrutura e resultado(s)²⁷.

No que diz respeito à sua forma, as práticas que a doutrina costuma qualificar como diálogo judicial oscilam entre o simples reconhecimento ou referência a decisões de tribunais estrangeiros em decisões nacionais (por exemplo, através da referência a precedentes); a referência a normas legais ou constitucionais estrangeiras; a “migração” (formal ou informal) de ideias constitucionais (ou, na designação de alguns autores, fenómenos de «cross-fertilization» ou «cross-pollination»), muitas vezes propulsionada pela interação direta e partilha pessoal, profissional e/ou académica entre os juízes – ou também designada de diálogo «Judge-to-Judge» ou «J2J»²⁸.

23 Maduro, Miguel Poiars – Interpreting European law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism. *European Journal of Legal Studies*. Vol. 1, N.º 2 (2007), p. 18.

24 Moniz, Ana Raquel – Os direitos fundamentais e a sua circunstância. *Op. cit.*, p. 226.

25 Silva, Suzana Tavares da – Direitos fundamentais na arena global. 2.ª Edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, p. 136.

26 MacGregor, Eduardo Ferrer – What do we mean when we talk about judicial dialogue: reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Op. cit.*, p. 91.

27 Bustos Gisbert, Rafael – XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 95 (2012), pp. 19 e ss.; no que se reporta aos seus resultados, em causa estão “instrumentos que permitem fortalecer o enquadramento argumentativo das soluções, fornecer alguma estabilidade interpretativa, desenvolver princípios e normas de direito interno ou solucionar questões que envolvem o direito internacional e europeu”. Cf. Moniz, Ana Raquel – Os direitos fundamentais e a sua circunstância. *Op. cit.*, p. 226.

28 Rinceanu, Johanna – Judicial dialogue between the European Court of Human Rights and national supreme courts [Em linha]. 2017, p. 1028 [Consult. em 2020-08-03]. Disponível em http://crime-in-crisis.com/en/wp-content/uploads/2017/06/54-RINCENAU-KOURAKIS-FS_Final_Draft_26.4.17.pdf

Ora, enquanto que este último caso tende a não levantar quaisquer dúvidas quanto à sua qualificação como prática dialógica no plano inter-judicial, o mesmo não se pode dizer quanto à mobilização de jurisprudência estrangeira e referência a normas legais/constitucionais de outros ordenamentos jurídicos. Por exemplo, Giuseppe de Vergottini, de maneira bastante crítica, afirma que o diálogo é, hoje, encarado como um dos grandes “fetiches retóricos”, apenas invocado com o objetivo de se dissimularem autênticas “improvisações comparativas infundadas” e “cientificamente inapropriadas”²⁹. Na verdade, não se deve confundir o diálogo judicial com outras práticas distintas, como a mera referência a jurisprudência estrangeira ou o recurso à comparação jurídica, porque estas dificilmente são enquadráveis numa compreensão adequada e rigorosa do conceito de “diálogo” – afinal de contas, este pressupõe reciprocidade, e não apenas uma mera influência³⁰. Bem vistas as coisas, a mera referência ao direito estrangeiro surge apenas como uma das várias “variáveis cognitivas” que o juiz irá ter em consideração ao tomar a sua decisão; já quando se recorre à comparação jurídica, considera-se que “o elemento externo se apresenta como um *apport cognoscitivo propedêutico*” que é fundamental para a tomada da decisão pela entidade judicante³¹.

Estas pertinentes críticas levam-nos a questionar se não seria mais correto falar-se de interação judicial (que surgiria como uma expressão mais compreensiva e linguisticamente adequada para abranger todas estas práticas) do que utilizar a expressão “diálogo judicial”, quando está claro que aquilo que tem sido designado pela doutrina como tal falha no cumprimento dos mais básicos pressupostos dialógicos.

Feita esta advertência, irá, no entanto, utilizar-se aqui a expressão “diálogo judicial” como inclusiva de todas as práticas supramencionadas, essencialmente porque é essa a maneira como a maioria da doutrina aborda a questão. Proceder-se-á, de seguida, à análise, em particular, de cada uma dessas formas de “diálogo”.

a) Referência a decisões judiciais de tribunais de outros países

Quanto à referência a decisões judiciais dos tribunais de outro país, essa é, talvez, a prática mais comum de diálogo judicial (e também referida como a mais antiga, remontando à tradição dos países da British Commonwealth). Como alguns autores vêm pontuando, o acesso livre e facilitado à informação através da internet, tem permitido aos vários juízes conhecer e estudar as decisões tomadas nos vários tribunais a nível mundial – sejam eles nacionais, supranacionais ou internacionais – e

29 De Vergottini, Giuseppe – *Oltre il dialogo tra le corti*. Bologna: il Mulino, 2010, p. 63.

30 Idem, pp. 175-186 e 233 e ss.

31 Silva, Suzana Tavares da – *Direitos fundamentais na arena global*. Op. cit., p. 137.

assim encontrar a melhor solução para os casos que são chamados a resolver³². É de notar que esta prática se desenvolveu bastante à medida que a litigância internacional crescia exponencialmente e os tribunais internacionais assumiam papéis cada vez mais centrais³³. Numa análise jus-filosófica, pode afirmar-se, sem grandes dificuldades, que esta modalidade do fenómeno dialógico tem afetado a relação existente entre o direito e o poder. Note-se que começam a ser tidas em conta (e, por vezes, a ser transcritos fragmentos de) decisões de tribunais “estranhos” ao ordenamento jurídico nacional, não propriamente porque elas foram emanadas por entidades competentes para tal, nem porque fazem parte das fontes de direito a que o tribunal pode acudir, mas sim pela qualidade das decisões e/ou o prestígio do tribunal que as emanou³⁴. Ora, neste contexto, o critério da validade da decisão deixa de estar associado maioritariamente à ideia de competência para se associar à qualidade argumentativa do seu conteúdo – e a referência a decisões jurisdicionais estrangeiras começa a ser encarada como uma espécie de “atestado de qualidade” e legitimador das decisões de cada tribunal.

b) Referências a normas legais e/ou constitucionais estrangeiras

Já no que diz respeito à referência a normas legais e/ou constitucionais estrangeiras, Joan Larsen defende que os juízes tendem a realizá-la para prosseguir um de três propósitos: (1) um propósito de exposição, recorrendo-se à norma estrangeira para a comparar com a norma constitucional interna e, desse modo, procurar compreendê-la; (2) um propósito empírico, procurando atestar-se quais os efeitos que a norma estrangeira produz no contexto do específico sistema jurídico a que pertence; ou ainda (3) um propósito substantivo, recorrendo-se ao direito estrangeiro como forma complementar de explicitação do conteúdo de uma norma constitucional interna,

32Correia, Fernando Alves – Justiça constitucional. Op. cit., p. 17. Veja-se, por exemplo, as seguintes decisões: (1) *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003), onde se analisou se uma lei do Estado do Texas que criminalizava relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo violava ou não o direito ao «due process» reconhecido na 14^a Emenda da Constituição Norte-Americana. A decisão cita casos similares resolvidos pelo TEDH; (2) *Ropper v. Simmons*, 543 US 551, 563 (2005), onde se analisou se a pena de morte aplicada a jovens devia ser considerada «a cruel and unusual punishment» nos termos da 8^a emenda da Constituição Norte-Americana. É referida a “opinião da comunidade mundial” sobre o assunto como forma de justificar a decisão do tribunal; (3) *S. v. Makwanyane*, 1995 (3) AS 391 (CC), aqui destacada pelo facto de o Tribunal Constitucional da África do Sul ter recorrido, para fundamentar a inconstitucionalidade da pena de morte, a jurisprudência do Botswana, Canadá, Alemanha, Hong Kong, Hungria, Índia, Jamaica, Tanzânia, Estados Unidos da América, Zimbabue, do TEDH e do Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas; (4) *Ac. TADH Tibi vs. Ecuador* (7.09.2004, Series C, nº 114), no qual o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos cita o art. 5.º da CEDH e inúmera jurisprudência do TEDH (“*Brogan and Others v. UK*”, “*Kurt v. Turkey*”, “*Kudla v. Poland*”; “*Soering v. UK*”, “*Kalashnikov v. Russia*” e “*Selmouni v. France*”) como complemento para fundamentar a violação, num caso de detenção ilegal e tortura, de vários artigos da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos; (5) *Ac. TEDH Bosphorus v. Ireland* (Proc. 45036/98), no qual o TEDH aproveitou vários dos argumentos mobilizados pelo TJUE e pelo Governo Irlandês no que respeita à violação das sanções impostas à Jugoslávia, para justificar a não violação do art. 1.º do Protocolo n.º 1 anexo à CEDH. Esta decisão demonstra a relação de “cooperação mútua e leal” entre ambos os Tribunais. Para mais exemplos de jurisprudência em matéria de Direitos Humanos onde o diálogo judicial seja evidente, aconselhamos a consulta da obra editada por Müller, Amrei – *Judicial dialogue and human rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 15-47.

33 Silva, Suzana Tavares da – *Direitos fundamentais na arena global*. Op. cit., p. 152.

34 Javier Roig, Francisco – *Human rights and judicial dialogue between America and Europe: toward a new model of law?*. Op. cit. p. 25.

podendo assumir-se uma abordagem de «reason-borrowing» ou de «moral fact-binding»³⁵.

Ora, são vários os autores que consideram que o uso de direito estrangeiro (*rectius*, a mobilização de normas legais ou constitucionais estrangeiras) é legítimo, essencialmente tendo em conta a proximidade dos problemas e soluções constitucionais oferecidas pelas várias constituições democráticas; já outros, entendem que, ainda que os problemas sejam os mesmos, as soluções devem ser diversas e adaptadas às particularidades de cada sistema jurídico e de cada país; por fim, há ainda quem entenda que nem os problemas tendem a ser comparáveis, nem as soluções podem ser as mesmas para distintas democracias constitucionais³⁶. As razões que explicam a relutância de alguns juízes em recorrer ao direito estrangeiro são de natureza muito diversificada e variam tendo em conta as particularidades de cada país³⁷.

c) O diálogo «Judge to Judge»

Quanto ao diálogo «Judge to Judge», este é, na opinião de vários autores, a forma mais literal e verdadeira de diálogo³⁸. Trata-se de uma efetiva interação entre os juízes, propiciando a partilha de experiências profissionais e académicas, o que é facilitado hoje em dia através do uso das novas tecnologias de informação e comunicação, mas também pela multiplicidade de eventos organizados mundialmente e que permitem às entidades judicantes entrar em contato e debater criticamente os mais variados assuntos. Claire L'Heureux Dubé defende, de forma enfática, que este contato pessoal entre os juízes (que permite a criação de laços e a partilha de ideias entre juízes de todo o mundo) abre portas ao aperfeiçoamento do fenómeno crescente da globalização judicial e torna os juízes mais conscientes dos perigos de certas práticas dialógicas, como a referência descontextualizada a jurisprudência estrangeira³⁹.

No que diz respeito à intensidade do diálogo, é possível a distinção entre: (1) a comunicação *ad exemplum* (naqueles casos em que a referência ao direito estrangeiro é feita para apoiar exemplificativamente a decisão do tribunal nacional); (2) a comunicação *a fortiori* (quando a referência a argumentos externos tem como objetivo consolidar e reforçar os argumentos utilizados e construídos a partir do direito

35 Larsen, Joan – Importing constitutional norms from a 'wider civilization': Lawrence and the Rehnquist Court's use of foreign and international law in domestic constitutional interpretation. *Ohio State Law Journal*. N.º 65 (2004), pp. 1288 e ss.

36 Halmai, Gábor – The use of foreign law in constitutional interpretation. In: Rosenfeld, Michel; Sajó, András (ed.) – *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 1330-1331.

37 *Idem*, p. 1333; e ainda, lembrando que “sempre que os sistemas jurídicos comparandos apresentem, entre si, não apenas fissuras superficiais, mas fraturas profundas (...) só por ingenuidade se poderá conceber como isenta de dificuldades a referida transferência de conteúdos. Como uma vez escrevemos, a aculturação jurídica transmutar-se-á, então, em um muito censurável... contrabando jurídico”. Vide Bronze, Fernando Pinto – O direito, a internacionalização e a comparação de sistemas jurídicos (ou a pessoalização como tarefa realizanda, a universalização como objetivo utópico e a relativização como coordenada metódica. In: Bronze, Fernando Pinto (org.) – *Analogias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 445.

38 Law, David S.; Chang, Wen-Chen – The limits of global judicial dialogue. *Washington Law Review*. Vol. 86, N.º 3 (2011), pp. 535 e ss.

39 Dubé, Claire L'Heureux – The importance of dialogue: globalization and the international impact of the Rehnquist court. *Op. cit.*, p. 26.

nacional); (3) a comunicação ad ostentationem (que implica o fortalecimento da argumentação utilizada através da referência “erudita e/ou abundante” ao direito ou decisões estrangeiras); (4) e, por fim, a comunicação ad auctoritatis (envolvendo o uso de jurisprudência estrangeira cuja autoridade e prestígio é reconhecido para justificar e legitimar decisões que não se afiguram fáceis de tomar recorrendo exclusivamente ao direito nacional)⁴⁰.

d) Diálogo vertical, horizontal ou semi-vertical

Quanto à estrutura, é possível falar-se de diálogo vertical, horizontal ou semi-vertical, dependendo do tipo de relação existente entre os tribunais envolvidos no diálogo.

Assim, fala-se de diálogo horizontal quando este é levado a cabo entre tribunais que têm um mesmo status nacional ou internacional. É exemplo claro o diálogo levado a cabo pelos vários tribunais constitucionais europeus, nomeadamente quando têm em conta as posições adotadas pelos seus homólogos ou através da conversação informal levada a cabo entre os seus juízes, promovendo uma verdadeira «cross-fertilization». Pode ainda referir-se o diálogo levado a cabo entre tribunais supranacionais (por exemplo, entre o TEDH e o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos ou TADH), evidenciado pelas vantajosas e (cada vez mais) usuais práticas de «direct citation» e «tacit emulation».

O diálogo diz-se vertical quando os interlocutores não têm o mesmo status. Será, pois, o caso do diálogo desenvolvido entre tribunais nacionais e tribunais supranacionais – p.e. entre o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e os tribunais nacionais ou, do mesmo modo, entre o TEDH e os tribunais nacionais.

Podemos, finalmente, afirmar que há casos de diálogo semi-vertical, por exemplo quando os tribunais supranacionais servem como propulsores do diálogo horizontal ou quando, através da sua atuação, disseminam princípios jurídicos comuns às várias ordens jurídicas nacionais⁴¹.

Os resultados alcançados por via do diálogo podem ser positivos (sob a forma de sínteses mutuamente aceitáveis, sejam elas particularistas ou compreensivas, ou até através da criação de novas codificações e/ou alterações legislativas) ou negativo (por exemplo, através da constatação da existência de uma contradição inultrapassável)⁴².

4. Um diálogo à escala global?

Ao analisar a prática do judicial dialogue, é possível identificar dois planos distintos de diálogo, que surgem como objeto de teorização por parte da doutrina: um

40 Javier Roig, Francisco – Human rights and judicial dialogue between America and Europe: toward a new model of law?. Op. cit. p. 30.

41 Slaughter, Anne-Marie - A typology of transjudicial communication. Op. cit., pp. 103-112.

42 Bustos Gisbert, Rafael – XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales. Op. cit., pp. 39 e ss.

plano internacional ou de “diálogo intercontinental” e um plano regional. Quanto a este último, focar-se-á apenas, no próximo ponto, o diálogo a nível europeu, traduzido essencialmente na tríade dialógica constituída pelos tribunais de cada um dos Estados-Membros da União Europeia (UE), especialmente os seus tribunais constitucionais ou órgãos equiparados, o TJUE e o TEDH.

No plano global ou universal, o diálogo judicial tem sido levado a cabo, na grande maioria dos casos, sob a forma de citação (exponencial) de direito estrangeiro pelos vários tribunais (nomeadamente, os tribunais constitucionais), o que fortalecido a posição daqueles que defendem que este tipo de práticas, simultaneamente, reflete e acolhe a emergência de uma «common global enterprise constitutional adjudication»⁴³. Tem este fenómeno contribuído para que progressivamente germine uma autêntica jurisprudência constitucional global, especialmente em matéria de direitos fundamentais e humanos. Neste sentido, o diálogo permite aos tribunais exercer um papel proactivo na criação e delimitação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, nomeadamente, através da “internalização” (ou constitucionalização) do direito internacional⁴⁴ que, por sua vez, traz a vantagem considerável de, deste modo, se evitar a sua progressiva fragmentação⁴⁵.

Estas práticas de comunicação trans-judicial modificaram (e continuam a modificar) a identidade judicial: os juízes deixam de ver-se e de ser vistos como meros atores internos, limitados à esfera jurídica nacional, passando a vislumbrar-se como intervenientes decisivos no domínio transnacional; na mesma linha, também os tribunais envolvidos no diálogo tendem a conceber-se como atores autónomos e independentes que, nessa condição, forjam as suas relações com os demais tribunais estrangeiros ou supranacionais, desenrolando-se o diálogo entre duas entidades que se encontram em pé de igualdade e não numa relação de supra-infra-ordenação⁴⁶. Assim sendo, forma-se, progressivamente, uma «Global Community of Courts»⁴⁷, que se relacionam com base numa ideia de «persuasive authority» – «an authority which attracts adherence as opposed to obliging it»⁴⁸.

Por fim, e como não poderia deixar de ser, o judicial dialogue impacta, de forma considerável, o próprio direito internacional. Como já foi referido, os tribunais nacionais têm hoje um papel fundamental na delimitação do conteúdo das normas internacionais (nomeadamente, as relativas a direitos humanos), o que os dota de capacidades para se afirmarem como potenciais “criadores” de direito internacional. É, porém, de notar que este potencial nem sempre é devidamente aproveitado pelos tribunais, que se veem como meras entidades de “internalização do direito interna-

43 Law, David S.; Chang, Wen-Chen – The limits of global judicial dialogue. Op. cit., p. 523.

44 Waters, Melissa – The future of transnational judicial dialogue. Am.Soc’ Int’l L. N.º 104 (2010), p. 465; Correia, Fernando Alves – Justiça constitucional. Op. cit., p. 13; e ainda, Canotilho, J. J. Gomes – ‘Brancosos’ e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2012, p. 284.

45 Bustos Gisbert, Rafael – XV proposiciones generales para una teoria de los diálogos judiciales. Op. cit., pp. 21 e ss.

46 Slaughter, Anne-Marie – A typology of transjudicial communication. Op. cit., p. 123.

47 Slaughter, Anne-Marie – A global community of courts. Harvard International Law Journal. N.º 44 (2003), p. 192.

48 Glenn, H. Patrick – Persuasive authority. McGill Law Journal. N.º 32 (1987), p. 263.

cional”, esquecendo-se das suas capacidades para atuar em sentido inverso⁴⁹.

5. Um diálogo à escala europeia?

No domínio europeu, pode, desde logo, afirmar-se que o judicial dialogue tem um papel decisivo: a existência de um acordo quanto ao sentido e extensão do Direito da União só será possível através da comunicação constante e dinâmica entre as entidades que o mobilizam e aplicam⁵⁰.

Pode dizer-se que o art. 267.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), que prevê o mecanismo do reenvio prejudicial, é uma forma de promover um diálogo judicial vertical, direto e formal entre os tribunais nacionais e o TJUE⁵¹, permitindo o controlo da validade do direito derivado da União Europeia (controlo esse que, na sua génese, é concreto e concentrado), e, deste modo, garantindo a interpretação e aplicação uniforme dessas normas no espaço europeu⁵². Este diálogo é marcado, essencialmente, por três elementos: conflito, poder e compreensão mútua. Desde logo, na base do acionamento do mecanismo do reenvio prejudicial, estão interpretações conflituantes do direito europeu; após o acionamento deste mecanismo, o TJUE decide, utilizando o poder que lhe foi conferido pelos tratados, qual a interpretação a dar a uma norma de Direito da União Europeia ou a sua conformidade com o ‘bloco de constitucionalidade’ europeu; por fim, entende-se que este ‘poder’ tende a transformar-se em ‘mútua compreensão’, nomeadamente tendo em conta a ordem de valores que serve de base a esta atividade hermenêutica e que resulta de uma negociação compromissória entre diferentes culturas jurídicas e tradições e que se encontra projetada no seio da ordem jurídica europeia⁵³.

Alguns autores questionam, porém, a qualificação do mecanismo do reenvio prejudicial como uma verdadeira forma de diálogo, por entenderem que os tribunais nacionais não levam a cabo uma discussão aberta e recíproca com o TJUE sobre a questão submetida a reenvio, mas antes são obrigados a aceitar o sentido imposto por este. Apesar disso, alguns autores defendem que, ainda assim, se pode dizer que o art. 267.º TFUE promove um verdadeiro diálogo: por um lado, caberá sempre aos tribunais nacionais formular as questões sobre as quais o TJUE se vai pronunciar (e note-se que, ainda que possa haver reformulação das mesmas, à partida ele estará limitado a estas), podendo estes, inclusivamente, sugerir respostas às suas questões; por outro lado, apesar de que a decisão prejudicial tomada pelo TJUE seja vinculativa, são os tribunais nacionais que decidem a solução concreta a dar ao caso onde a questão foi suscitada⁵⁴.

49 Waters, Melissa – The future of transnational judicial dialogue. Op. cit., p. 465.

50 Paunio, Elina – Conflict, power and understanding – judicial dialogue between the ECJ and national courts [Em linha]. 2010, p. 8 [Consult. em 2017-09-02]. Disponível em <http://www.helsinki.fi/nofo/NoFo7Paunio.pdf>

51 Zalar, Bostjan – Basic values, judicial dialogues and the rule of law in the light of the charter of Fundamental Rights of the European Union: judges playing by the rules of the game. ERA Forum. N.º 14 (2013), p. 329.

52 Machado, Jónatas – Direito da União Europeia. 3.ª Edição, Coimbra: Gestlegal, 2018, pp. 716-717.

53 Paunio, Elina – Conflict, power and understanding – judicial dialogue between the ECJ and national courts [Em linha]. Op. cit., pp. 14 e ss.

54 Idem, p. 13.

Nem sempre o diálogo no plano europeu tende a fazer-se de forma expressa e por vias institucionalizadas, o que levou alguns autores a falar da existência de um autêntico «hidden dialogue», levado a cabo pelos tribunais constitucionais (ou órgãos equiparados) quando interpelados para a resolução de conflitos entre o direito nacional e o direito europeu – especialmente quando o TJUE já se pronunciou sobre essa questão (ou sobre questão semelhante) ou quando possa estar em causa o acionamento da temível “válvula dos contra-limites”⁵⁵.

O TJUE tem, no quadro do diálogo europeu, oscilado entre a assunção de uma atitude propícia a evitar os confrontos com os órgãos jurisdicionais nacionais, decidindo certas questões de maneira a proteger os princípios fundamentais do ordenamento jurídico de cada um dos Estados-Membros, ainda que em detrimento do disposto nos tratados europeus, e a assunção de uma atitude de reforço do seu papel e de imposição total do princípio do primado do Direito da União Europeia⁵⁶. Por esta razão, tem-se entendido que a relação estabelecida entre o TJUE e os tribunais nacionais é uma relação de «power struggle»⁵⁷. Assim sendo, há quem defenda que é necessário ultrapassar este paradigma relacional baseado na hierarquia, retirando-se proveito do pluralismo cultural, social e normativo europeu, com vista a resolver os conflitos que surgem no contexto da proteção multinível dos direitos fundamentais. E o diálogo judicial pode ser o meio mais indicado para alcançar esse objetivo, por exemplo, conferindo legitimidade ao TJUE na interpretação destes direitos – este deve levar a cabo um diálogo constante e diacrónico com os vários tribunais nacionais, encetando uma troca de argumentos permanente e frutífera, conducente a resultados interpretativos respeitadores dos valores e sensibilidades de todos os participantes no diálogo, chegando-se, assim, a um consenso alargado quanto ao resultado e erradicando-se as tensões existentes. Estes autores partilham a ideia de que a troca de argumentos através do diálogo inter-judicial pode afirmar-se como uma verdadeira fonte de convergência e consensos, sem que necessariamente se tenha de excluir ou limitar a diversidade⁵⁸.

Ainda no plano europeu, é também imperativo referir o diálogo entre os juízes do TEDH e os juízes dos tribunais nacionais. Esta interação é muito relevante para

55 Silva, Suzana Tavares da – Direitos fundamentais na arena global. Op. cit., p. 139.

56 Idem, pp. 140 e ss.

57 Relembremos, a este propósito, o polémico acórdão do Tribunal Constitucional alemão, de 5 de maio de 2020, sobre o programa PSPP (Programa de Compras do Setor Público) do Banco Central Europeu (BCE). Cfr. Paunio, Elina – Conflict, power and understanding – judicial dialogue between the ECJ and national courts [Em linha]. Op. cit., p. 6; e ainda, Machete, Miguel Pena; Sippel, Marlene Sennewald – A crise do princípio da primazia do direito da união europeia – algumas considerações sobre o acórdão do tribunal constitucional alemão de 5 de maio de 2020. Revista de Concorrência e Regulação. N.º 42 (2020), pp. 15 e ss.

58 Torres Pérez, Aida – Conflict of rights in the European Union: a theory of supranational adjudication. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 97 e ss. Vide, como exemplos: (1) Ac. TJUE, de 8/04/14 (Procs. Apensos C-293/12 e C-594/12), que teve origem num pedido de decisão prejudicial da High Court da Irlanda e do Verfassungsgerichtshof da Áustria; (2) Ac. TJUE, de 01/04/08 (Proc. C-212/06), que teve origem num pedido de decisão prejudicial da Cour d'arbitrage, atualmente, Cour Constitutionnelle, da Bélgica; (3) Ac. TJUE, de 17/11/09 (Proc. C-169/08), que teve origem num pedido de decisão prejudicial da Corte Costituzionale Italiana; (4) Ac. TJUE, de 26/02/13 (Proc. C-399/11), que teve origem num pedido de decisão prejudicial do Tribunal Constitucional Espanhol; (5) Ac. TJUE, de 16/06/15 (Proc. C-62/14), que teve origem num pedido de decisão prejudicial do Bundesverfassungsgericht alemão; e ainda, por fim, (6) Ac. TJUE, de 30/05/13 (Proc. C-168/13), que teve a sua origem num pedido de decisão prejudicial do Conseil Constitutionnel francês.

a afirmação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH ou ‘Convenção’) como um “instrumento vivo”, que deve ser interpretado à luz das condições e desafios atuais⁵⁹. A relação entre o TEDH e os tribunais nacionais fica marcada por uma ideia de “responsabilidade partilhada” na salvaguarda da Convenção – o TEDH tem como principal função garantir o respeito pelos direitos consagrados na Convenção, mas não o faz isoladamente, mas sim em permanente diálogo e colaboração com os tribunais nacionais, os quais, por sua vez, estão obrigados a respeitar a interpretação evolutiva da Convenção realizada por aquele⁶⁰. Assim sendo, impõe-se que o TEDH colabore abertamente com os tribunais nacionais, entendendo-os como «co-equal partners» e não como meras entidades subordinadas que este se limita a supervisionar e corrigir⁶¹.

Verifica-se, deste modo, um aprofundamento das relações recíprocas estabelecidas entre os órgãos judiciais nacionais e o TEDH. Investigá-lo e compreendê-lo implica analisar o modo como os tribunais nacionais recorrem à jurisprudência do TEDH para fundamentar (e até legitimar) as suas decisões e o modo como este, por sua vez, tem encarado estas práticas. É ainda muito importante procurar saber até que ponto é que os tribunais têm sido influenciados, na prática, pelo diálogo, modificando as posições tradicionalmente por eles adotadas em certas matérias⁶². Neste sentido, a doutrina tem identificado diferentes formas de diálogo que, de um modo ou de outro, têm contribuído para o enriquecimento da Convenção e dos direitos nela consagrados. Por exemplo, o TEDH é criticado, não raras vezes, pelos tribunais nacionais por causa de uma específica decisão por ele tomada (tome-se como exemplo o caso *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*) – esta atitude tende a transformar-se num verdadeiro diálogo entre o TEDH e os tribunais nacionais, que só termina quando um dos intervenientes aceita a posição adotada pelo outro⁶³. Tende ainda a desenrolar-se um diálogo, ainda que de forma menos explícita, na execução das sentenças do TEDH: na verdade, a Convenção não estabelece o modo como os Estados devem executar as sentenças do Tribunal de Estrasburgo, sendo que caberá a cada Estado identificar os meios a utilizar para tal. Ora, neste contexto, tem o TEDH encetado profundos esforços em comunicar com os tribunais nacionais, assegurando a execução das suas sentenças pelos meios mais adequados possíveis – este tem entendido que o meio mais adequado para remediar a vulneração de direitos é a reabertura do procedimento judicial⁶⁴.

É ainda fundamental referir o Protocolo n.º 16 anexo à CEDH, o qual foi assinado em Estrasburgo, em 2 de Outubro de 2013, e entrou em vigor a 1 de agosto de 2018, após a ratificação da França, assim inaugurando a institucionalização do diálogo entre os tribunais nacionais e o TEDH. Segundo este protocolo, os tribunais superiores na-

59 Rinceanu, Johanna – Judicial dialogue between the European Court of Human Rights and national supreme courts [Em linha]. Op. cit., p. 1038.

60 Gerards, Janneke; Fleuren, Joseph – Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgements of the ECtHR in national case-law. Op. cit., p. 72 e ss.

61 Idem, p. 80; e ainda, Slaughter, Anne-Marie - A typology of transjudicial communication. Op. cit., p. 122.

62 López Guerra, Luis – Diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias. UNED Teoría y Realidad Constitucional. N.º 32 (2013), p. 141.

63 Gerards, Janneke; Fleuren, Joseph – Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgements of the ECtHR in national case-law. Op. cit., pp. 77 e ss.

64 López Guerra, Luis – Diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias. Op. Cit., pp. 154 e ss.

cionais podem requerer ao TEDH um parecer meramente consultivo sobre questões relacionadas com a interpretação e aplicação dos direitos e liberdades definidas na Convenção⁶⁵. Embora este mecanismo ainda esteja a dar os seus primeiros passos – até hoje, o mesmo só foi utilizado por duas vezes⁶⁶ –, a verdade é que já são significativos os impulsos dados ao aprofundamento do diálogo judicial à escala pan-europeia e na promoção de uma maior aproximação da jurisprudência do TEDH e dos tribunais constitucionais. Isso não impede, porém, que ainda exista quem encare ceticamente a eficiência do procedimento, os efeitos das decisões e o impacto que este mecanismo pode ter na forma de funcionamento do TEDH⁶⁷.

Por fim, a análise do judicial dialogue europeu pressupõe breves considerações sobre o modo como se relaciona o TJUE com o TEDH. Pode afirmar-se que ambos os órgãos jurisdicionais se dedicaram, desde cedo e de forma notável, a evitar a emanção de decisões contraditórias e geradoras de tensões institucionais, procurando sempre cimentar o seu relacionamento através da confiança mútua e cooperação leal. Não obstante, há quem não tenha dúvidas de que o Parecer TJUE 2/13, de 18 de dezembro de 2014, relativo à conformidade com os tratados do projeto de acordo internacional de adesão da União Europeia à CEDH, constituiu uma cruel machadada na pacífica relação de ambos os Tribunais⁶⁸.

Uma última nota se impõe para destacar que o Tribunal Constitucional português tem participado informalmente neste diálogo europeu, especialmente através da invocação, na sua jurisprudência, da CDFUE e da CEDH, com o objetivo de promover a consistência das suas decisões, apesar de nunca ter recorrido ao mecanismo do reenvio prejudicial, nem ter utilizado, como parâmetro constitucional autónomo, qualquer norma europeia ou da CEDH⁶⁹.

6. Méritos e deméritos do diálogo judicial

65 Gerards, Janneke; Fleuren, Joseph – Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgements of the ECtHR in national case-law. Op. cit., pp. 84-85; e ainda, permita-se-nos uma remissão para Figueiredo, Eduardo – O Protocolo n.º 16 à CEDH: a caminho de uma institucionalização do diálogo judicial com o Tribunal de Estrasburgo?. Estudos de Doutoramento e Mestrado – Série M. N.º 8 (2018).

66 A «Advisory Opinion No. 1» (10 de abril de 2019) foi requerida pela Cour de Cassation francesa, tendo o TEDH considerado que é necessário que os Estados reconheçam juridicamente a relação existente entre a criança nascida no estrangeiro no decurso de um acordo de gestação de substituição e a mãe beneficiária, designada como mãe legal na certidão de nascimento emitida no estrangeiro. Note-se, porém, que não se exige que tal reconhecimento se opere por meio de um registo de nascimento; um qualquer outro meio, como a adoção, pode ser suficiente. Já a «Advisory Opinion No. 2» (29 de maio de 2020) surge no decurso de um pedido do Tribunal Constitucional da Arménia, o qual recaia sobre uma questão de interpretação de um artigo do Código Penal da Arménia, no contexto de um processo dirigido contra o ex-presidente Robert Kocharyan. Para mais informações, vide <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/advisoryopinions&c=> [Consult. em 5 de agosto de 2020].

67 Lübbe-Wolf, Gertrude – Dialogue between judges, European Court of Human Rights, Council of Europe [Em linha]. 2012, pp. 11 e ss [Consult. em 2017-09-10]. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2012_ENG.pdf

68 Martins, Ana Maria Guerra – Tribunais constitucionais, tribunais europeus e direitos fundamentais. In: Amaral, Maria Lúcia (org.) – Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos – Vol. I. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 632-633.

69 Idem, pp. 625-629. Vide, por exemplo, o Ac. TC n.º 544/2014, de 23 de setembro, sobre a liberdade religiosa no âmbito do exercício profissional, no respetivo local de trabalho, refere o art. 9.º da CEDH, os arts. 7.º e 8.º da Convenção-Quadro para a Proteção de Minorias Nacionais (1995) e ainda os acórdãos “X v. Reino Unido”, “Tuomo Konttinen v. Finlândia”, “Associação Litúrgica Judaica Cha'are Shalom ve Tsedek v. França” e “Francesco Sessa v. Itália”, todos do TEDH.

a) Virtualidades do diálogo judicial

É certo que já foram mencionadas algumas das vantagens trazidas pelo diálogo judicial. Não obstante, justifica-se a referência expressa e menção a mais algumas.

Alguns autores, partindo de uma compreensão racionalista do Direito, afirmam que o diálogo judicial permite às entidades judicantes aceder a uma ordem de consenso legal – ou melhor, a um *ius gentium*, entendido como uma verdadeira ordem global aglutinadora das soluções (comuns) formuladas pelos vários ordenamentos jurídicos para a resolução dos mesmos problemas essenciais⁷⁰. Assim sendo, o diálogo judicial, além de promover um enriquecedor intercâmbio cultural, serve à jurisprudência constitucional como um autêntico “manancial de ideias”, que os juízes podem e devem mobilizar na procura de soluções adequadas a problemas comuns compartilhados pelos vários ordenamentos jurídicos⁷¹.

Além disso, e tendo em conta os desafios colocados pela atual «cacophony of legal cultures»⁷², o judicial dialogue afirma-se como um mecanismo essencial de uniformização em tempos de multiculturalismo, promovendo a integração e coerência normativa à escala global⁷³. Ainda que cada comunidade política tenha as suas especificidades culturais e jurídicas (e elas devam ser devidamente tidas em conta), os problemas com que os juízes se deparam tendem a ser similares, podendo o diálogo revelar-se muito proveitoso para a sua resolução⁷⁴.

Em geral, pode, pois, afirmar-se que o diálogo judicial contribui diretamente para aumentar a efetividade das decisões judiciais emanadas pelos tribunais supranacionais e para assegurar e promover a aceitação e cumprimento das obrigações internacionais a que cada Estado se vinculou. A comunicação inter-judicial, essencialmente no modelo «Judge-to-Judge», promove uma rica «cross-fertilization» que dota os juízes de uma maior capacidade de perspetiva na resolução de casos concretos, abrindo portas a soluções inovadoras. Além disso, o diálogo aumenta a autoridade e legitimidade das decisões judiciais – ora, se os vários tribunais a nível mundial tendem a resolver um mesmo problema jurídico da mesma forma, então isso constitui per se uma evidência de que a solução adotada é boa e justa⁷⁵. A criação de uma autêntica network de tribunais que, conscientemente, dialogam entre si traduz-se ainda num notável reforço do princípio da separação dos poderes quando considerado a nível global⁷⁶.

No plano internacional, especialmente no campo da proteção de direitos fundamentais e humanos, o diálogo tem sido encarado como um requisito para a verdadeira universalização dos direitos – levar a sério a universalidade dos direitos im-

70 Waldron, Jeremy – Foreign law and the modern *ius gentium* [Em linha]. 2012, p. 4 [Consult. em 2017-10-29]. Disponível em <http://www.trinitinture.com/documents/waldron1.pdf>

71 Correia, Fernando Alves – Justiça constitucional. Op. cit., p. 18.

72 Koch, Charles – Judicial dialogue for legal multiculturalism. *Mich. J. Int'l L.* N.º 25 (2004), p. 902.

73 MacGregor, Eduardo Ferrer – What do we mean when we talk about judicial dialogue: reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. Op. cit., p. 96.

74 Breyer, Stephen; Scalia, Antonin – A conversation between U.S. Supreme Court Justices. *New York University School of Law*. N.º 3 (2005), p. 528.

75 Slaughter, Anne-Marie – A typology of transjudicial communication. Op. cit., pp. 114 e ss.

76 Idem, 135.

plica reconhecer a validade e potencial dos argumentos mobilizados noutras ordens jurídicas onde eles são reclamados e discutidos⁷⁷, pois só assim se pode encontrar uma linguagem comum a utilizar na construção e afirmação de uma cultura jurídica partilhada⁷⁸. Neste contexto, Eduardo Ferrer MacGregor chega a afirmar que a possibilidade de diálogo entre o TADH, o TEDH e o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos (TADHP) poderia encorajar a formação de um *jus commune* para a Humanidade, considerando que este é um dos objetivos mais ambiciosos do diálogo judicial no campo dos direitos humanos⁷⁹. No entanto, impõe-se alertar que este desejável universalismo não pode transformar-se num rígido automatismo, desconhecedor das significativas diferenças societárias a nível mundial⁸⁰.

Olhando agora para a realidade europeia, há autores que defendem que o aperfeiçoamento do judicial dialogue acarretará consigo uma elevação da qualidade das decisões judiciais, especialmente quando tratem de questões com pontos de conexão relevantes entre as ordens jurídicas nacionais e o sistema jurídico da União Europeia⁸¹. Não é, por isso, difícil de afirmar que o diálogo judicial é hoje um dos requisitos fundamentais para assegurar a sobrevivência do direito europeu.

Em suma, podemos afirmar que o judicial dialogue afasta os tribunais da tradicional visão estreita e nacionalista do papel judicial, aproximando-os de uma promissora e moderna conceção expansiva e internacionalista do mesmo⁸², o que, na atual sociedade globalizada se apresenta como uma vantagem evidente na procura de soluções mais consensuais e, por conseguinte (presumivelmente) mais justas. Por isso mesmo, e embora o recurso a esta prática careça sempre de justificação, há que reconhecer que desaproveitar as potencialidades deste fenómeno é mais difícil de justificar do que simplesmente usufruir do seu grande potencial⁸³.

b) Principais críticas dirigidas ao diálogo judicial

Apesar destas inúmeras vantagens, o judicial dialogue é também objeto de severas críticas no seio da doutrina. Como já se referiu anteriormente, existem autores que defendem que a qualificação de todas as práticas que aqui se descreveram como dialógicas é “conceitual e factualmente errada”, porque nem sempre se pode afirmar que estas se traduzem num diálogo em sentido próprio⁸⁴. Quando analisadas cuidadosamente, é fácil de ver que algumas destas práticas de adjudicação constitucional são duvidosamente conciliáveis, na prática, com os mais básicos pressupostos

77 Javier Roig, Francisco – Human rights and judicial dialogue between America and Europe: toward a new model of law?. Op. cit. p. 29.

78 Idem, p. 38.

79 MacGregor, Eduardo Ferrer – What do we mean when we talk about judicial dialogue: reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. Op. cit., p. 127.

80 Baquer, Lorenzo – El dialogo Estrasburgo-San José sobre derechos humanos. Revista Española de Derecho Constitucional. N.º 101 (2014), p. 423.

81 Silva, Suzana Tavares da – Direitos fundamentais na arena global. Op. cit., p. 104.

82 Waters, Melissa – The future of transnational judicial dialogue. Op. cit., p. 467.

83 Zoethout, Carla M. - The European Court of Human Rights and transnational judicial dialogue. Op. cit., p. 414.

84 Law, David S.; Chang, Wen-Chen – The limits of global judicial dialogue. Op. cit., pp. 528 e ss.

dialogicos – por exemplo, que as partes dialogantes estejam comprometidas a ouvir e a falar, isto é, que exista uma intervenção constante e recíproca no diálogo e, consequentemente, uma influência mútua. Bem vistas as coisas, na maioria das vezes, o diálogo desenrola-se de forma manifestamente desigual (por vezes, até mesmo unilateral), resultando num “diálogo débil ou assimétrico”, não raras vezes suscetível de ser qualificado (se se quiser ser rigoroso) como um autêntico monólogo. Em certa medida, tal pode explicar-se pelas diferentes realidades políticas existentes em cada país e as diferenças de prestígio e credibilidade entre os seus tribunais⁸⁵.

Como já se sabe, o diálogo «judge-to-judge» pode ser qualificado como uma verdadeira forma de diálogo. No entanto, nem por isso é desprovido de críticas: há inúmeros autores que questionam o papel que este contato entre juízes tem no modo como estes decidem os casos e fundamentam as suas decisões. Por exemplo, há quem entenda, numa leitura mais sociológica que jurídica, que a comunicação entre juízes não é um fator determinante no momento de tomar a sua decisão, nomeadamente quando comparado com o contexto educacional, familiar, pessoal e profissional em que este se encontra ou outros fatores institucionais relevantes⁸⁶.

Ao explorarem-se as críticas dirigidas ao judicial dialogue, é imprescindível uma referência a Antonin Scalia, antigo juiz da Supreme Court norte-americana, que foi defensor pertinaz de que o direito estrangeiro nunca pode ser relevante para a interpretação do significado da Constituição⁸⁷. Embora admitisse o recurso ao direito estrangeiro para a interpretação de um tratado internacional, Scalia defendia veementemente que a constituição americana deve ser exclusivamente interpretada de acordo com o seu sentido “original” – criticando, de forma mordaz, o atual paradigma da «living constitution» que, na sua opinião, admite a manipulação pelos juízes do sentido dado originariamente ao texto constitucional, aumentando a sua margem de discricionariedade ao decidir. Além disso, entendia que os juízes tendem a ser seletivos na escolha de jurisprudência citada nas suas decisões – aquilo a que chama de processo de «cherry-picking» –, apenas invocando aquela que reforce a decisão por eles tomada, aumentando ainda mais a possibilidade de manipulação constitucional⁸⁸. Porém, é importante lembrar que o Direito emana de um “processo democrático complexo e interativo”, que se traduz num verdadeiro e constante diálogo entre todas as pessoas chamadas a pensar e aplicar o Direito. Assim, o direito estrangeiro, embora não seja vinculativo para o juiz nacional, pode ajudá-lo no processo de tomada de decisão, afirmando-se o diálogo judicial como meio complementar a utilizar na árdua tarefa de interpretação da Constituição⁸⁹. Além disso, a indicação pelo decisor de todos os elementos que relevaram no iter racional conducente ao resultado adjudicatório contribui não para potenciar a discricionariedade judicial, mas sim para

85 Baquer, Lorenzo – El dialogo Estrasburgo-San José sobre derechos humanos. Op. cit., pp. 417 e ss.; e ainda, Bustos Gisbert, Rafael – XV proposiciones generales para una teoria de los diálogos judiciales. Op. cit., p. 76.

86 Law, David S.; Chang, Wen-Chen – The limits of global judicial dialogue. Op. cit., p. 571.

87 Scalia, Antonin – Outsourcing american law: foreign law in constitutional interpretation. American Enterprise Institute for Public Policy Research (2009), p. 1.

88 Breyer, Stephen; Scalia, Antonin – A conversation between U.S. Supreme Court Justices. Op. cit., p. 531.

89 Idem, pp. 522 e ss.

a limitar consideravelmente⁹⁰. Por essa razão, há quem considere que uma atitude defensora do alegado caráter autossuficiente do direito constitucional nacional não passa de “chauvinismo constitucional”⁹¹ ou de “particularismo provincial”⁹².

A doutrina tem ainda referido que o judicial dialogue pode acarretar consigo uma “lacuna de legitimidade”, questionando-se a “base democrática do direito estrangeiro”, hoje mobilizado como elemento essencial para a tomada de decisões judiciais pelos ordenamentos jurídicos nacionais. Invocando o já referido “dilema contra-maioritário”, Christopher McCrudden coloca a questão nos seguintes termos: «if we are concerned about the legitimacy of national judges making these decisions, is not the idea of judges making these decisions transnationally, in a cosy dialogue with each other, even more worrying?»⁹³. Quanto a este aspeto, certos autores relembram que o diálogo desempenha um papel meramente complementar e que, além disso, há inúmeros elementos que o juiz mobiliza na resolução dos casos e que não têm qualquer «democratic provenance», como é o caso dos escritos doutrinários⁹⁴.

Por fim, é da maior importância alertar para o perigo das abordagens quantitativas ao analisarem-se estas práticas entre os tribunais, na medida em que a frequência com que um tribunal refere direito estrangeiro não necessariamente reflete a extensão com que esse direito é considerado e a sua importância para a tomada de decisão. Por outro lado, a não referência expressa a direito estrangeiro nas decisões judiciais, não significa que os juízes não o tenham tomado devidamente em consideração. Assim, análises meramente quantitativas podem conduzir a conclusões erróneas e profundamente irrealistas.

Face a estas críticas, o futuro do judicial dialogue permanece incerto, dependendo fortemente da capacidade dos tribunais em legitimar, daqui em diante, aos olhos da audiência nacional, o seu papel como verdadeiros atores transnacionais.

7. Considerações finais

Sem dúvida alguma, a *globalização* e a emergência de uma *sociedade em rede* – a qual se nos apresenta cada vez mais complexa, imprevisível e líquida – contribuíram para a atual coexistência de uma multitude de camadas normativas, que proliferam os planos e mecanismos de tutela jusfundamental, por vezes mesmo fazendo conflitar os seus horizontes sobreponíveis. Neste contexto, consideramos que o diálogo judicial, pressupondo o cruzamento de distintas perspetivas normativas e jurisprudenciais, implica, sem prejuízo de algumas especificidades nacionais ou regionais, um “entendimento comum e um reforço da tutela dos direitos a nível global”⁹⁵. Tal caminho não se nos apresenta, porém, desprovido de desafios e de perigos, pelo que

90 Violante, Teresa – A adjudicação constitucional e o direito comparado. In: Hespanha, António Manuel; Belezza, Teresa Pizarro (org.) – Teoria da Argumentação e Neo-constitucionalismo. Coimbra: Almedina, 2011, p. 352.

91 Zagrebelsky, Gustavo – La legge e la sua giustizia. Bologna: Il Mulino, 2008, pp. 403 e ss.

92 Ackerman, Bruce – The rise of world constitutionalism. Virginia Law Review. N.º 83 (1997), pp. 794-797.

93 McCrudden, Christopher – A common law of human rights? Transnational judicial conversations on constitutional rights. Oxford Journal of Legal Studies. N.º 20 (2000), pp. 499 e ss.

94 Breyer, Stephen; Scalia, Antonin – A conversation between U.S. Supreme Court Justices. Op. cit., p. 541.

95 Moniz, Ana Raquel – Os direitos fundamentais e a sua circunstância. Op. cit., p. 229.

pode não fazer muito sentido a celebração acrítica de um qualquer “constitucionalismo irénico”⁹⁶. Assim, e como bem pontua FERNANDO PINTO BRONZE, SEMPRE O JURISTA SE HAVERÁ DE AFIRMAR COMO UM “VISITANTE CRÍTICO DE OUTRAS REALIDADES NORMATIVAS”, ARTICULANDO DE MODO CAUTELOSO E PRATICAMENTE ADEQUADO “O CENTRÍFUGO (A ABERTURA AO DIFERENTE) E O CENTRÍPETO (A CRISTALIZAÇÃO DA IDENTIDADE)”⁹⁷. CERTO É, PORÉM, QUE NUM FUTURO SEGURAMENTE MARCADO POR DISTÂNCIAS, INCERTEZAS E DESCONFIANÇAS, SÓ O DIÁLOGO E A COOPERAÇÃO MÚTUA NOS PODERÃO APROXIMAR (PROMOVENDO VALORES FUNDAMENTAIS E IRRENUNCIÁVEIS, COMO A SOLIDARIEDADE E A FRATERNIDADE) E, ASSIM, CONCRETIZAR E OPERACIONALIZAR A TÃO NECESSÁRIA TUTELA DOS DIREITOS E LIBERDADES DA PESSOA HUMANA À ESCALA GLOBAL.

Referências

Ackerman, Bruce – The rise of world constitutionalism. *Virginia Law Review*. N.º 83 (1997).

Baquer, Lorenzo – El dialogo Estrasburgo-San José sobre derechos humanos. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 101 (2014).

Bateup, Christine – The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N.º 71 (2006).

Breyer, Stephen; Scalia, Antonin – A conversation between U.S. Supreme Court Justices. *New York University School of Law*. N.º 3 (2005).

Bronze, Fernando Pinto – O direito, a internacionalização e a comparação de sistemas jurídicos (ou a pessoalização como tarefa realizanda, a universalização como objetivo utópico e a relativização como coordenada metódica. In: Bronze, Fernando Pinto (org.) – *Analogias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

Bronze, Fernando Pinto – A problemática da reflexão juscomparatística (uma rápida visita ou... algumas notas para o roteiro de uma peregrinação). In: Bronze, Fernando Pinto (org.) – *Analogias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

Bustos Gisbert, Rafael – XV proposiciones generales para una teoria de los diálogos judiciales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 95 (2012).

Correia, Fernando Alves – *Justiça constitucional*. 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2016.

De Vergottini, Giuseppe – *Oltre il dialogo tra le corti*. Bologna: il Mulino, 2010.

Dubé, Claire L’Heureux – The importance of dialogue: globalization and the international impact of the Rehnquist court. *Tulsa Law Review*. N.º 34 (2013).

Ferrarese, M. R. – *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*. Bari: Laterza, 2006.

Figueiredo, Eduardo – O Protocolo n.º 16 à CEDH: a caminho de uma institucionaliza-

96 Idem, p. 230.

97 Bronze, Fernando Pinto – A problemática da reflexão juscomparatística (uma rápida visita ou... algumas notas para o roteiro de uma peregrinação). In: Bronze, Fernando Pinto (org.) – *Analogias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 398 e 403-404.

ção do diálogo judicial com o Tribunal de Estrasburgo?. Estudos de Doutorado e Mestrado – Série M. N.º 8 (2018).

Gerards, Janneke; Fleuren, Joseph – Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgements of the ECtHR in national case-law. Portland: Intersentia, 2014.

Glenn, H. Patrick – Persuasive authority. McGill Law Journal. N.º 32 (1987).

Häberle, Peter – Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. 2.ª Edición, Madrid: Tecnos, 2017.

Halmai, Gábor – The use of foreign law in constitutional interpretation. In: Rosenfeld, Michel; Sajó, András (ed.) – The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Huntington, Samuel J. – The third wave: democratization in the late twentieth century. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1991.

Javier Roig, Francisco – Human rights and judicial dialogue between America and Europe: toward a new model of law?. The Age of Human Rights Journal. N.º 6 (2016).

Koch, Charles – Judicial dialogue for legal multiculturalism. Mich. J. Int'l L.. N.º 25 (2004).

Larsen, Joan – Importing constitutional norms from a 'wider civilization': Lawrence and the Rehnquist Court's use of foreign and international law in domestic constitutional interpretation. Ohio State Law Journal. N.º 65 (2004).

Law, David S.; Chang, Wen-Chen – The limits of global judicial dialogue. Washington Law Review. Vol. 86, N.º 3 (2011).

López Guerra, Luis – Diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias. UNED Teoría y Realidad Constitucional. N.º 32 (2013).

Lübbe-Wolf, Gertrude – Dialogue between judges, European Court of Human Rights, Council of Europe [Em linha]. 2012 [Consult. em 2017-09-10]. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2012_ENG.pdf

MacGregor, Eduardo Ferrer – What do we mean when we talk about judicial dialogue: reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. Harvard Human Rights Journal. N.º 30 (2017).

Machete, Miguel Pena; Sippel, Marlene Sennewald – A crise do princípio da primazia do direito da união europeia – algumas considerações sobre o acórdão do tribunal constitucional alemão de 5 de maio de 2020. Revista de Concorrência e Regulação. N.º 42 (2020).

Machado, Jónatas – Direito da União Europeia. 3.ª Edição, Coimbra: Gestlegal, 2018.

Maduro, Miguel Poiares – Interpreting European law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism. European Journal of Legal Studies. Vol. 1, N.º 2 (2007).

Martins, Ana Maria Guerra – Tribunais constitucionais, tribunais europeus e direitos

fundamentais. In: Amaral, Maria Lúcia (org.) – Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos – Vol. I. Coimbra: Almedina, 2016.

McCrudden, Christopher – A common law of human rights? Transnational judicial conversations on constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*. N.º 20 (2000).

Moniz, Ana Raquel – Os direitos fundamentais e a sua circunstância. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.

Müller, Amrei – Judicial dialogue and human rights. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Neves, Marcelo – Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. In: Correia, Fernando Alves; Machado, Jónatas; Loureiro, João Carlos (org.) – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

Pasquet, Luca – Dialogue or interaction? A non-cosmopolitan reading of trans-judicial communication. In: Müller, Amrei (ed.) – *Judicial Dialogue and Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Paunio, Elina – Conflict, power and understanding – judicial dialogue between the ECJ and national courts [Em linha]. 2010 [Consult. em 2017-09-02]. Disponível em <http://www.helsinki.fi/nofo/NoFo7Paunio.pdf>

Queiroz, Cristina – Direito constitucional internacional. Lisboa: Petrony, 2016.

Rinceanu, Johanna – Judicial dialogue between the European Court of Human Rights and national supreme courts [Em linha]. 2017 [Consult. em 2020-08-03]. Disponível em http://crime-in-crisis.com/en/wp-content/uploads/2017/06/54-RINCENAU-KOURAKIS-FS_Final_Draft_26.4.17.pdf

Scalia, Antonin – Outsourcing american law: foreign law in constitutional interpretation. American Enterprise Institute for Public Policy Research (2009).

Silva, Suzana Tavares da – Direitos fundamentais na arena global. 2.^a Edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

Slaughter, Anne-Marie - A global community of courts. *Harvard International Law Journal*. N.º 44 (2003).

Slaughter, Anne-Marie - A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*. N.º 29 (1994).

Torres Pérez, Aida – Conflict of rights in the European Union: a theory of supranational adjudication. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Tushnet, Mark – Taking the constitution away from the courts. Princeton: Princeton University Press, 2000.

Violante, Teresa – A adjudicação constitucional e o direito comparado. In: Hespanha, António Manuel; Beleza, Teresa Pizarro (org.) – Teoria da Argumentação e Neo-constitucionalismo. Coimbra: Almedina, 2011.

Waldron, Jeremy – Foreign law and the modern *ius gentium* [Em linha]. 2012, p. 4

[Consult. em 2017-10-29]. Disponível em <http://www.trinitinture.com/documents/wal-dron1.pdf>

Waters, Melissa – The future of transnational judicial dialogue. *Am.Soc' Int'l L.* N.º 104 (2010), p. 465; Correia, Fernando Alves – *Justiça constitucional*. Op. cit., p. 13; e ainda, Canotilho, J. J. Gomes – 'Brançosos' e interconstitucionalidade. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2.^a Edição, Coimbra: Almedina, 2012.

Zagrebelsky, Gustavo – *La legge e la sua giustizia*. Bologna: Il Mulino, 2008.

Zalar, Bostjan – Basic values, judicial dialogues and the rule of law in the light of the charter of Fundamental Rights of the European Union: judges playing by the rules of the game. *ERA Forum*. N.º 14 (2013).

Zoethout, Carla M. - The European Court of Human Rights and transnational judicial dialogue. *Vienna J. on Int'l Const. L.* N.º 9 (2015).

Recebido: 07.07.2020

Aprovado: 14.08.2020

Universidade de Lisboa
Portugal

Volume 1, Número 2,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

Dados Sensíveis, Tecnologias e a Covid-19 Face ao Direito

Sensitive Data, Technologies and Covid-19 and the Law

Vicência Sarkis¹

Sumário: Resumo; 1. Introdução; 2. Dados sensíveis e a sua Legislação; 3. A Tecnologia e a Saúde; 4. A Pandemia Covid-19; 5. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: Muitos descrevem o desenvolvimento tecnológico como uma revolução da sociedade. Mas do que nos adianta a utilização de meios eletrónicos se estes servem os interesses das grandes empresas ou apenas para fornecer conteúdos de diversão nas redes sociais? O desenvolvimento dos meios tecnológicos deverá também ter como prioridade a saúde humana, não apenas em época pandémica, mas como regra no quotidiano. Identificar ruturas e fragilidades no sistema de saúde é primordial para que se consiga alcançar a saúde pública. A tecnologia deverá viabilizar e agilizar as práticas nas unidades de saúde entre profissionais e também favorecer o acesso aos utentes. O dever de cuidado dos dados sensíveis é de importância relevante, pois estes dados não podem ficar acessíveis a pessoas não autorizadas, o que poderia resultar numa perda de privacidade dos utentes. Os direitos e liberdades das pessoas não podem ser ameaçados desta forma. Os dados pessoais que fazem parte da economia da saúde, que podemos chamar de dados sensíveis, não podendo ser tratados como outros dados porque necessitam de maior privacidade e segurança. A Covid-19, que afetou toda a humanidade neste ano, veio comprovar que se deve trabalhar em colaboração a nível internacional para restabelecer a saúde pública, com os Estados e toda a sociedade num esforço conjunto, sendo os meios tecnológicos úteis neste momento para tentar dar continuidade às atividades “normais”, que poderão estar suspensas. A colaboração entre os Estados é primordial não apenas para a pesquisa da vacina da Covid-19 como também para, após a sua descoberta, evitar atitudes egoístas que causariam maior desigualdade entre nações.

Palavras-Chave: Tecnologia, dados sensíveis, Covid-19, Estados e saúde.

Abstract: Many describe technological development as a revolution in society. But what good is the use of electronic means if they serve the interests of large companies or just to provide fun content on social networks? The development of technological means should also have human health as a priority, not only in pandemic times, but as a rule in everyday life. Identifying disruptions and weaknesses in the health system is paramount in order to achieve public health. The technology should enable and streamline the practices in health units among professionals and also favor access to users. The duty to care for sensitive data is of relevant importance, as this data cannot be accessible to unauthorized persons, which could result in a loss of users' privacy. People's rights and freedoms cannot be threatened in this way. Personal data that are part of the health economy, which we can call sensitive data, cannot be treated as other data because they need greater privacy and security. Covid-19, which affected the whole of humanity this year, proved that it is necessary to work collaboratively at an international level to restore public health, with States and the whole of society in a joint effort, being the technological means useful at this moment to try continue “normal” activities, which may be suspended. Collaboration between states is paramount not only for research into the Covid-19 vaccine but also, after its discovery, to avoid selfish attitudes that would cause greater inequality between nations.

Keywords: Technology, sensitive data, Covid-19, States and health.

¹Advogada, mestr e em Direito da Empresa pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, mestranda em História do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. E-mail: vicencia.sarkis@gmail.com

1. Introdução

O sistema de saúde é um dos setores da sociedade que necessita de maior atenção, não somente em Portugal, mas em todo o mundo. Com a pandemia Covid-19 observamos que muitas pessoas não estão satisfeitas com a agilidade dos serviços oferecidos pelo Serviço Nacional de Saúde (SNS). Então, havendo necessidade de investimento na qualidade dos meios de acesso, o mundo virtual poderá favorecer esta mudança a um ritmo que nunca existiu na história da humanidade, através da tecnologia.

A tecnologia desenvolvida até à atualidade permite às pessoas maior interação interpessoal, meios para obter conhecimento e principalmente para agir rapidamente. Para além de outras vantagens que a tecnologia nos oferece, o sistema de saúde poderá também beneficiar desta ferramenta. As oportunidades de desenvolvimento serão alargadas na medida em que a conectividade aumenta, sendo a tecnologia a mola propulsora das transformações sociais, especialmente no setor da saúde.

Faz-se mister saber se tanto desenvolvimento, que pode com toda a certeza beneficiar a saúde humana, poderá também favorecer riscos quanto aos dados sensíveis que estão a ser recolhidos, armazenados e tratados.

Não nos limitamos neste artigo a uma análise legal da questão, que nos parece redutora, mas empreendemos um estudo também centrado na prática e na observação da sociedade na utilização dos meios tecnológicos, através de análise de doutrinas, artigos científicos, sítios da internet, revistas, reportagens, etc.

A legislação e algumas situações em que vivemos fazem-nos refletir sobre a forma como os dados a serem utilizados serão tratados, tendo em conta o sigilo e dever de cuidado em que necessitam.

A matéria sobre proteção de dados é uma matéria de natureza interdisciplinar, dado que toca várias áreas do conhecimento e também possui uma incidência transversal em vários setores da sociedade, que resulta do relacionamento com outras áreas do saber².

A pandemia da Covid-19 colocou desafios que não devem ser desconsiderados, seja no campo jurídico, seja no sistema de saúde dos países, na sociedade, na economia, entre outros.

2. Dados sensíveis e a sua Legislação

Dada a dimensão das comunidades nacionais hodiernas, constata-se que a troca de dados já não é só realizada em primeira linha, ou seja, de pessoa para pessoa. Já é de conhecimento comum que os dados estão disponíveis na rede, uma vez que a maioria das pessoas a usam, normalmente pelo telemóvel, sem cautela.

Desta forma, entrou em vigor o Regulamento Geral de Proteção de Dados RGPD (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pes-

² Cfr. CALVÃO, Filipa Urbano, *Direito da Proteção de Dados Pessoais – Relatório Sobre o Programa, os conteúdos e os Métodos de Ensino da Disciplina*, Porto: Universidade Católica Editora, 2018, p. 29.

soais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

Como corolário da sociedade moderna, faz-se mister a questão do tratamento da proteção de dados pessoais das pessoas singulares como um direito fundamental. Está consagrado no artigo 8º, nº 1 e artigo 21 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta) e o artigo 16º, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que defendem o direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito³ e artigo 26º, nº 1 da Constituição portuguesa.

Na ordem jurídica nacional temos a Lei n.º 58/2019, que assegura a execução do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

Ao lado da proteção de dados encontramos o dever de sigilo e confidencialidade, estes que estão de acordo com o artigo 38º, nº 5 do RGPD, dado que o encarregado de proteção de dados está obrigado a um dever de sigilo profissional, assim como os responsáveis pelo tratamento de dados e os subcontratantes. Também estão vinculados a este dever de sigilo todas as pessoas que possam intervir em qualquer operação de dados pessoais⁴. Desta forma, mesmo que apenas um grupo de pessoas tenha acesso em qualquer etapa no tratamento de dados pessoais, todas devem ter atenção a este dever de sigilo. Um dos objetivos é assegurar que em toda União exista a aplicação coerente e homogénea⁵ das regras de defesa dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais. Isto fica mais evidente nos casos dos dados de saúde, que por possuírem maior sensibilidade, necessitam de maior proteção.

Os dados sensíveis ou categorias especiais de dados pessoais são dados que têm a capacidade de revelar a “origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa”⁶, sendo em princípio proibido o seu tratamento, com algumas exceções que estão previstas no artigo 9º, nº 2 do RGPD. Estes dados são considerados sensíveis devido possuírem o perigo de apresentarem riscos aos direitos e liberdades fundamentais.

Ao realizar uma comparação⁷ entre a definição atual destes dados e a definição que constava na Convenção 108 do CdE, nesta eram considerados dados sensíveis apenas aqueles que revelassem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, religiosas ou os dados relativos à saúde e a vida sexual. Chegamos à conclusão de que existiu uma real intenção de aumentar a segurança jurídica desta categoria de dados, com o objetivo de se alcançar maior proteção da privacidade das pessoas.

Dentro das exceções tem-se a alínea i), nº 2, do artigo 9º do RGPD, que reza ser possível a desaplicação do nº 1 do artigo 9º, sobre a proibição do tratamento de categorias especiais de dados pessoais.

Esta proibição será suspensa sempre que o tratamento for necessário, que te-

3 Cfr. RGPD, considerando 1.

4 Cfr. Artigo 10º da Lei n.º 58/2019.

5 Cfr. RGPD, considerando 10.

6 Cfr. RGPD, artigo 9º.

7 Cfr. SALDANHA, Nuno, Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados, Lisboa: FCA, 2018, p. 35.

na por motivo o interesse público no domínio da saúde pública, como exemplo a proteção contra ameaças transfronteiriças graves para a saúde ou mesmo para assegurar um elevado nível de qualidade e de segurança relacionado com os cuidados de saúde, com base no direito da União ou dos Estados-Membros que prevejam medidas adequadas e específicas que salvaguardem os direitos e liberdades dos titulares dos dados.

No que respeita à dimensão do tema, é importante a referência do artigo 168º do TFUE, que vem estabelecer uma segurança de elevado nível no que respeita a proteção da saúde humana.

Em Portugal ainda existe a legislação que versa sobre o tratamento de dados genéticos, que recebeu o nome de “doenças de notificação obrigatória”. Na União Europeia temos a decisão nº 1082/2013/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013. Esta estabelece os parâmetros da vigilância epidemiológica, em que no seu artigo 3º se encontra a definição de doença transmissível, sendo esta de origem infecciosa, provocada por agente contagioso, podendo ser transmitida de pessoa a pessoa, sendo por contacto direto com uma pessoa infetada ou por um meio indireto⁸.

Esta decisão nº 1082/2013/UE estabelece então a definição de ameaça transfronteiriça grave para a saúde, como sendo uma ameaça para a vida ou um perigo grave para a saúde de origem biológica, química, ambiental ou mesmo desconhecida que consiga se propagar ou implique em um risco considerável de se alargar através das fronteiras nacionais dos Estados-Membros, e que possa necessitar de assegurar um nível elevado de proteção da saúde humana⁹.

Desta forma, a UE deve agir de forma a complementar as suas políticas públicas e abranger a vigilância, o alerta e o combate com o objetivo de sanar as ameaças graves que possam interferir na saúde pública e possuir dimensões transfronteiriças.

Também temos o Regulamento Sanitário Internacional que foi adotado pela 58ª Assembleia da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. Este reforça as respostas emergenciais de saúde pública nos Estados que fazem parte da Organização Mundial de Saúde.

Nos casos de crise na saúde pública temos como meio para resposta imediata o Centro Europeu de Prevenção e Controlo das Doenças¹⁰, que é um organismo da União Europeia que tem como objetivo identificar ameaças para a saúde humana tanto na atualidade quanto em vias de aparecimento futuro, como a vírus Influenza (H5N1), a SARS, a SIDA e a Covid-19, avaliando e informando através do seu site oficial.

3. A Tecnologia e a Saúde

8 Cfr. PINHEIRO, Alexandre Sousa (Coord.), *Comentários ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Lisboa: Almedina, 2018, págs. 293-294.

9 Cfr. DECISÃO nº 1082/2013/EU, artigo 3º, alínea g).

10 Vide UNION, agency of the European, *European Centre for Disease Prevention and Control*, [Em linha]. [2020]. [Consult. 21 set. 2020].

Disponível em WWW:<URL:https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data>.

A tecnologia, per si, já é um fator novo e altera vários setores da sociedade. Sobre a utilização de meios tecnológicos em Portugal, observa-se que a utilização dos telemóveis nos últimos 14 anos, aumentou de 76,6% em 2004 para 96,5% em 2018. No primeiro trimestre de 2018 existiam mais de nove milhões de utilizadores de telemóvel em Portugal. Este número representa 96,5% das pessoas que moram no país e que possuem mais de 10 anos¹¹.

Os hábitos dos portugueses quanto está-se a tratar de tecnologia é no sentido de incorporação imediata destas na medida em que esteja disponível no mercado. A taxa de adesão de telemóveis entre pessoas entre 15 aos 44 anos está aproximadamente em 100%¹². Portugal aparece em terceiro lugar na União Europeia em assinaturas de serviço de telemóveis, apenas atrás do primeiro que é a Suécia e do segundo que é a Finlândia¹³.

Constata-se o aumento de assinantes de acesso à internet que em 2000 era de 336.140 e em 2019 passou a ser de 3.641.758¹⁴. Estes dados comprovam que a sociedade portuguesa está a acompanhar o desenvolvimento tecnológico disponível no mercado.

A tecnologia que beneficia a vida das pessoas irá favorecer também os sistemas de saúde da Europa e do mundo. Mesmo com algumas reclamações em que se observa, o SNS de Portugal ocupa uma posição de destaque dentro da União Europeia, sendo por exemplo o combate à mortalidade infantil em Portugal, uma referência mundial¹⁵. Tal não significa que o serviço não possa melhorar, assim como outros setores se devem atualizar na medida em que necessitam de se adaptar ao desenvolvimento tecnológico que existe no SNS.

Com a pandemia da Covid-19 observamos que a saúde precisa de reforma, que deve ser entendida como um investimento social, que de facto necessita de maior atenção e maior adaptação aos meios tecnológicos modernos para que possamos obter resultados mais ágeis.

Esta reforma então deverá ser norteadada por um conjunto de sólidas políticas que favoreçam uma transformação futura do sistema de saúde, sendo desta forma o objetivo, a prevenção e a monitorização de doenças. E para isto, a maior reforma do século XXI será conseguir beneficiar a saúde através da economia digital¹⁶.

A economia digital não é um conceito novo, surgiu em 1991 através de Don Tapscott, com o desenvolvimento dos computadores e da internet.

A economia digital é impulsionada pelas tecnologias da internet, o que resultou numa nova forma de produzir capital no mercado digital, sendo também denominada

11 Cfr. MARKTEST Grupo, Penetração de telemóvel nos 96.5%, [Em linha]. [2018]. [Consult. 22 set. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.marktest.com/wap/a/n/id~2377.aspx> >.

12 Idem, ibidem.

13 Cfr. RIBEIRO, José Mendes, Saúde Digital, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019, p 24.

14 Cfr. PORDATA, Base de Dados Portugal Contemporâneo, Assinantes do acesso à Internet, [Em linha]. [2019]. [Consult. 22 set. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.pordata.pt/Portugal/Assinantes+do+acesso+%c3%a0+Internet-2093> >.

15 Cfr. RIBEIRO, José Mendes, Saúde Digital, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019, p. 9.

16 Idem, Ibidem, p. 10.

de nova economia ou economia da internet¹⁷.

A facilidade com que as pessoas se comunicam através da Internet, onde não existem fronteiras nem limitação de tempo, poderá colaborar para o alcance mais personalizado e humanizado do tratamento da saúde pública. A dificuldade que era regra antes da tecnologia era o acesso à informação cliente – médico através de meios tradicionais, em que a falta de conectividade era um obstáculo. Estes meios eram lentos com marcação de consultas pelo telefone, retorno aos laboratórios para receber os resultados em papel, a necessidade de levar os resultados ao médico que necessitávamos de estar presentes nos centros de saúde, meios que hoje já não necessitam existir como regra. A partir do momento em que existem todas as facilidades que os meios tecnológicos nos oferecem, seja para distração, consumo, jogos ou mesmo relacionamentos, não se justifica não adaptar a tecnologia para agilizar também os serviços de saúde.

O envelhecimento da população portuguesa é mais uma causa que deve motivar a referida reforma na saúde com a adaptação de meios tecnológicos. Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU)¹⁸ existe uma previsão de que a população portuguesa irá diminuir entre 2025 e 2050, uma queda entre 10% a 15% aproximadamente¹⁹. Desta forma, há a necessidade de, além de outras melhorias, a forma como a saúde é apresentada ser adaptada para a realidade que será espectável nos próximos anos.

Muitos são os equipamentos que foram desenvolvidos na área da saúde, capacitando os médicos para o desenvolvimento de novas terapêuticas sofisticadas e uma maior capacidade de oferecer serviços personalizados²⁰. Esta característica única, não havendo conhecimento de nenhum momento na história da humanidade em que tenha existido algo similar, é o fenómeno da atualidade, o desenvolvimento acelerado da tecnologia para a saúde.

O tempo na área da saúde é um facto importante a observar, pois reflete-se na agilidade da resposta e na tomada de decisão. Como exemplo de como a tecnologia pode estar a serviço na área hospitalar, temos os códigos QR²¹. Este agiliza o manuseamento de equipamentos e facilita o trabalho da equipa da instituição médica, o que favorece a transparência, melhoria contínua, sustentabilidade e, talvez a maior

17 Cfr. TAPSCOTT, Don, *The Digital Economy: Promise and Peril in the age of Networked Intelligence*, New York: McGraw-Hill Companies, 1995, p. 10.

18 É uma organização internacional que possui o objetivo de facilitar a cooperação em termos de direito e segurança internacional, favorecer o desenvolvimento econômico, o progresso social, os direitos humanos e possuindo como finalidade o alcance da paz mundial. A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) foi o resultado da Conferência de São Francisco que foi assinada em 26 de junho de 1945, a carta das Nações Unidas entrou em vigor em 25 de outubro de 1945. Ver FREITAS, Pedro Caridade de, *História do Direito Internacional Público – Da Antiguidade à II Guerra Mundial*, Cascais: Principia, 2015, p. 120-121.

19 Cfr. RIBEIRO, José Mendes, *Saúde Digital*, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019, p. 12.

20 Idem, p. 14.

21 O código QR é a abreviação do inglês Quick Response, é um sistema que permite recolher informação através de uma aplicação instalada no telemóvel. Ver MIQUEL, María Soledad Segura e RODRIGUEZ, Sonia Lydia Rujas, *Plan Comercial: Adopción del Sistema de Código QR en España*, [Em linha], [2020], [Consult. 22 set. 2020], Disponível em WWW:<URL: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/107781> >.

consequência, a resposta e o compromisso com o paciente²². Este código, embora possa ser ainda mais utilizado pelos profissionais da saúde, ajuda na poupança de tempo, resolução de problemas e agilidade na resposta aos pacientes.

A burocracia ainda é algo que obstaculiza o sistema de saúde, na medida em que o médico ao realizar uma consulta tradicional, seja num centro de saúde ou mesmo num hospital, ainda desperdiça muito tempo a aceder as informações dentro das aplicações do sistema informático e não consegue dar a devida atenção, nem observar como seria de ser o seu paciente. Em Portugal, um médico chega a usar dezoito²³ diferentes aplicações para que consiga realizar os registos necessários, pedido de exames e referência de que necessita em uma consulta.

Os contributos da tecnologia a que aludimos não podem ser desconsiderados, dado que possui potencial para melhoria da vida não só dos doentes como para os profissionais da saúde.

Quando exista a dedicação ao tema da relação tecnologia e saúde pública, é de salutar as melhorias que poderão advir, sendo esta estratégia para o futuro dependente de políticas públicas voltadas para a saúde. A nova realidade digital deverá ter como aliado a informação para os cidadãos, na medida em que irá facilitar o acesso aos recursos tecnológicos quando o conhecimento for difundido e consiga alcançar a maior parte da população. O que se defende não é uma automatização completa dos meios para o acesso à saúde, o que poderia ser um meio de exclusão dos idosos que não usam e nem têm conhecimento para isso, mas sim uma maior automatização para os profissionais da saúde, os quais podem e devem dar prioridade ao recurso aos meios tecnológicos.

A oportunidade da revolução digital na área da saúde facilitará os tratamentos na medida em que facilitará a troca de experiências e conhecimentos dos funcionários da saúde. A referida revolução na área da saúde será composta por ferramentas muito desenvolvidas atualmente como o big data²⁴, a internet das coisas (IOT)²⁵, a

22 Cfr. BORGES, Valdecir de Godoy e SOARES, Berthone Venâncio, O uso do QR Code em equipamentos médicos, *Revista Acervo Científico*, [Em linha], [2019], [Consult. 22 set. 2020], Disponível em WWW:<URL: DOI: <https://doi.org/10.25248/reac.e392.2019> >.

23 Cfr. RIBEIRO, José Mendes, *Saúde Digital*, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019, p. 15.

24 O 'big data' é o resultado da recolha de gigantescos volumes de informação originários de diversas fontes e a análise destes dados, recorre normalmente à inteligência artificial com o objetivo de procurar soluções de máquinas inteligentes (mais conhecido como machine learning – máquinas que aprendem por si só). Um dos maiores benefícios do big data é a monitorização do comportamento das pessoas e a sua análise preditiva. Ver BUTTARELLI, Giovanni, *Inteligência Artificial, Robótica, Privacidade e Proteção de Dados*, [Em linha], [2017], [Consult. 24 set. 2020], p. 26, Disponível em WWW:<URL: https://www.cnpd.pt/home/revistaforum/forum2017_1/files/assets/basic-html/page-26.html >.

25 A internet das coisas, muito conhecida no inglês Internet of Things (IOT), possui a capacidade de conectar dispositivos entre si, o que permite a interação entre eles. Tem potencial para auxiliar as pessoas e as empresas através do telemóvel ou tablet a transmitir dados em tempo real. Ver SANCHEZ, Renato de Brito, COSTA, Diego Augusto Miquelin e FERNADES, João Carlos Lopes, *A Internet das Coisas Conectando Casas as Pessoas*, *Revista Eniac Pesquisa*, Vol. 8, nº. 1, 2019, págs. 41-58.

inteligência artificial²⁶, o 5G, entre outras.

A nível tecnológico realce-se, sem qualquer intenção de exaustividade, os dispositivos inteligentes e a conexão entre eles, as novas funcionalidades para aparelhos já existentes e os novos desenvolvimentos da inteligência artificial voltados para a saúde²⁷.

A miniaturização de certas tecnologias voltadas para o fornecimento de dados de saúde também é uma tendência. Existe a ideia de que os smartphones serão ultrapassados por dispositivos ainda mais portáteis, como por exemplo chips implantados no corpo humano a transmitir toda informação biomédica, entre outras informações, sendo criado o denominado smartpeople²⁸.

Ainda sobre dispositivos inteligentes e miniaturizados, temos o smart clothing, que monitora as atividades e biomarcadores, smart mirrors, que auxiliam na deteção de alterações na pele e nos olhos, e os comprimidos digitais, que possuem a capacidade de rastrear o consumo e a reação a terapêuticas²⁹.

O conceito de roupas inteligentes também está a ser popularizado, na medida em que as roupas estão a servir mais do que a sua função clássica, mas também para monitorar a frequência cardíaca, emoções das pessoas ou mesmo para fazer um pagamento do pequeno almoço, e tudo isso sem necessitar utilizar a tela do smartphone ou mesmo dos smartwatch³⁰.

Toda esta tecnologia então será aliada com as redes 5G, a IA e a internet das coisas³¹, potencializando toda essa transformação da tecnologia já existente.

Não temos forma de definir todas as alterações que o setor da saúde está a atravessar. Longe do rato e do teclado dos computadores, a nova tecnologia está bem longe do que entendemos como conceitos clássicos dos meios de acesso à internet.

Numa outra perspetiva, nomeadamente com a visão de um operador do direito, todos estes meios são potencialmente fornecedores de dados, estes de categoria especial, a alimentar uma outra tecnologia, o big data. Corre a nossa privacidade perigo?

4. A Pandemia Covid-19

A Covid-19 mostrou-nos que as diferenças entre pessoas na sociedade ainda

26 A Inteligência artificial é a inteligência parecida com a humana, sendo utilizada através de um software, também é um campo de estudo académico. Sobre a estratégia da inteligência artificial, foi adotado em 2018 pela Comissão Europeia um plano coordenado elaborado com os Estados-Membros com o objetivo de promover o desenvolvimento e a utilização da inteligência artificial pela Europa. Ver COMISSÃO EUROPEIA, Estados-Membros e Comissão colaboram na promoção da inteligência artificial desenvolvida na Europa, [Em linha], [2018], [Consult. 24 set. 2020], p. 26, Disponível em WWW:<URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_18_6689 >.

27 Cfr. RIBEIRO, José Mendes, Saúde Digital, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019, p. 36.

28 Cfr. CARVALHO, Jorge Moraes de, Manual de Direito do Consumo, Coimbra: Almedina, 2018, p. 45.

29 Cfr. RIBEIRO, José Mendes, Saúde Digital, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019, p. 36.

30 Cfr. SAWH, Michael, The best smart clothing: From biometric shirts to contactless payment jackets, [Em linha], [2018], [Consult. 22 set. 2020], Disponível em WWW:<URL: <https://www.wearable.com/smart-clothing/best-smart-clothing> >.

31 Cfr. PINTO, Eduardo Vera-Cruz, Filosofia para um Direito em espera. O Jurídico em tempos de Covid-19. (texto aberto em curso), 2020, p. 51.

são muito fortes. As prioridades das pessoas que vivem em palácios historicamente sempre foram diferentes das que vivem em barracas³².

Existe a necessidade de adaptação à situação social atual, a necessidade de aumentar o nível de cooperação internacional, principalmente na União Europeia, onde existe a liberdade de deslocação de pessoas e bens entre os países. A colaboração entre todos os países é um facto que deve ser ressaltado neste momento da Covid-19.

No âmbito da pandemia, a melhor solução não é a adoção de bloqueios ou restrição de movimentos entre os Estados, porque o que se tem observado é que mesmo os Estados mais ricos e que não apresentam grande número de mortes, chegando a declarar que apresentam poucos ou nenhuns casos de infetados pela Covid-19, voltaram atrás nesta declaração, como aconteceu com a Áustria e a Nova Zelândia, mesmo tendo a Organização Mundial de Saúde (OMS) chamado este país de exemplar por “eliminar com sucesso a transmissão na população”.

A cooperação internacional é então de grande importância na sociedade mundial atual. Esta cooperação já teve lugar no passado, existindo a necessidade de analisar boas decisões para se evitar erros futuros. Quanto mais se conhece a história maior são as probabilidades de não errar, como é de conhecimento comum, mas não se pode recorrer a esta para soluções idênticas ao passado, pois este foi estabelecido noutra sociedade, noutra época, apenas servindo como exemplo. Por exemplo, no século XIX quando existiu a necessidade de cooperação internacional, o individualismo deu lugar à interdependência entre os Estados, pois estes já não conseguiam resolver sozinhos os seus problemas. Essa cooperação alcançou várias áreas, como a “humanização da guerra, a regulamentação dos rios internacionais, os correios e telégrafos, a saúde pública, os pesos e medidas, a propriedade literária e industrial, a escravatura, os conflitos jurídicos, as letras de câmbio, as condições de trabalho”³³. Desta forma a história oferece meios de auxílio orientando na forma de agir em situações que afligem os Estados atuais e que são de difícil solução.

No âmbito externo a questão da cooperação entre os Estados observa-se que existe pela primeira vez uma cooperação a nível científico, sendo através de empresas, centros de investigação, centros académicos de investigação ou mesmo pequenos investigadores, na medida em que consigam encontrar uma solução, que é a vacina contra a Covid-19. Esta união de conjugação de esforços, com esse objetivo entre os Estados é extremamente recente e deve permanecer de igual modo para que todos possam ser vacinados.

No âmbito interno, observa-se que atualmente nada é local, estadual ou regional. Tudo já é mundial. Desta forma passa-se da epidemia à pandemia e desta à sindemia (syn=com), que poderá infetar ainda mais pessoas, animais e plantas. O homem que já se mostrou superpredador possui os meios para destruir o planeta e necessita ser detido. A melhor forma de o fazer é recorrendo ao Direito e às suas

32 Cfr. HARARI, Yuval Noah, *Homo Deus – História Breve do Amanhã*, tradução de AMARAL, Bruno Vieira, Amadora: Elsinore, 2017, p. 71.

33 Cfr. FREITAS, Pedro Caridade de, *História do Direito Internacional Público – Da Antiguidade à II Guerra Mundial*, Cascais: Principia, 2015, p. 711.

regras³⁴.

Uma alteração, dentre várias nas atividades profissionais, causada pela pandemia, foi a nova adaptação para o desempenho destas atividades nos domicílios das pessoas, o que resultou numa adoção mais alargada da internet, o que se não abrange todas as atividades, permite que muitas já possam ser realizadas online. Esta adaptação abrupta que teve de acontecer, causa e ainda pode causar muitos prejuízos dado que não se pode alterar de forma tão rápida uma vida que foi desenhada para a forma tradicional, para passar a ser desempenhada na internet.

Outro efeito desta pandemia, tão importante quanto o anterior, foi relativo as relações contratuais. O isolamento social, confinamento domiciliário, restrições de mobilidade e a paragem de atividades económicas que foram impostas através da declaração dos estados de exceção e de calamidade pública resultaram na impossibilidade absoluta de cumprir os contratos celebrados antes da pandemia. Não foram meras dificuldades contratuais, foi impossibilidade total de honrar com os contratos, fruto da imprevisibilidade³⁵. A cláusula rebus sic stantibus entra neste momento como um importante instrumento do Direito para se alcançar a justiça do caso. Para resolver situações destas e outras o direito é uma ferramenta primordial, não só nesta fase da Covid-19, mas em todas as situações da vida. O objetivo é amparar os mais vulneráveis que podem ser os mais afetados nestas situações. O estado de exceção deve ser sempre muito bem analisado pelos juristas, dado que pode ultrapassar o limite do necessário, o que pode configurar num excesso o que seria o razoável.

As restrições de direitos, como o constrangimento ao trabalho, pode ser o grande problema que a pandemia está a causar neste momento, possuindo reflexo na economia.

Como boas expectativas que mesmo assim possam surgir neste período pandémico, temos a possibilidade de melhorar algumas situações, como por exemplo efetivar mais ainda o direito à saúde, estimular a solidariedade entre as pessoas, aumentar o reconhecimento do direito de acesso a internet para todas as pessoas e estimular a partilha da ciência.

Na União Europeia constatam-se problemas, estes sempre existiram e sempre existirão. Os problemas são frutos de características como ser livre, democrática, aberta, controvertida, histórica, identitária, jurídica, etc. A representar um modelo a ser seguido, destino para viver, meta a atingir³⁶. Deverá este modelo Europeu, com todas as suas características, ser modelo de colaboração entre os Estados a ser seguido.

Conclusões

Como ficou demonstrado, as tecnologias fazem parte do quotidiano das pes-

34 Cfr. PINTO, Eduardo Vera-Cruz, Filosofia para um Direito em espera. O Jurídico em tempos de Covid-19. (texto aberto em curso), 2020, p. 60.

35 Cfr. PINTO, Eduardo Vera-Cruz, Notas Jurisprudenciais Soltas de Contratualística Civil por Causa da Pandemia de COVID-19 em Angola, Revista RALJ, nº 1, 2020, p. 1.

36 Cfr. PINTO, Eduardo Vera-Cruz, Filosofia para um Direito em espera. O Jurídico em tempos de Covid-19. (texto aberto em curso), 2020, p. 56.

soas e a sua utilidade é de diversa ordem, tendo a legislação da União Europeia que ampliar a definição de dados pessoais neste contexto tecnológico, sendo os dados sensíveis uma categoria especial merecedora de proteção mais efetiva.

Com base na realidade social moderna, urge, neste momento, interrogar se existirá investimento em tecnologia para a saúde que facilitará a prossecução de soluções médicas eficazes e rápidas nos casos mais graves de doenças infecciosas. A tecnologia não deve continuar a ser direcionada apenas para fazer guerra, criar redes sociais, interligar eletrodomésticos em casa, produzir equipamentos como a televisão inteligente, oferecer mais riqueza para as empresas que vivem da recolha de dados, entre outras situações. O que adianta usarmos vários aparelhos tecnológicos se não conseguimos viver com saúde, se não podemos utilizar tanto desenvolvimento para a cura de doenças que afetam a humanidade?

Em termos sintéticos, cumpre ainda referenciar que existe um esforço dentro da União Europeia em regulamentar as situações que envolvem o uso de tecnologias, existindo investimento na investigação e inovação que vai garantir um futuro melhor para a Europa. O objetivo é melhorar a vida quotidiana das pessoas na Europa e em todo o mundo.

Concomitantemente com toda a tecnologia disponível na sociedade, temos os perigos que passamos diariamente sobre a nossa privacidade. O direito à privacidade está não só caracterizado como um direito fundamental na Carta dos Direitos Fundamentais da UE que estabelece que todos os cidadãos da UE possuem direito à proteção dos seus dados pessoais, como também no RGPD.

Por outro lado, a saúde necessita que exista investimento em tecnologia, seja entre os cidadãos e a entidade de saúde, como entre os profissionais da saúde, sendo um meio facilitador e angariador de soluções rápidas e efetivas.

A pandemia da Covid-19 afetou a todos e continua a infetar sem discriminação de raça, cor, posição social, posição económica, embora as formas como cada pessoa se pode defender são diversas.

Na questão internacional observa-se que atualmente existe interesse dos Estados em obter pioneiramente a vacina para os seus habitantes, embora a colaboração entre os Estados não deva ser apenas para a descoberta da solução, mas deva manter-se após o surgimento da mesma.

Procurou-se demonstrar que o direito jamais poderá deixar de acompanhar a sociedade, tanto no cenário das tecnologias como na pandemia. Constata-se que não existe a possibilidade de o homem se antecipar às inovações da ciência ou às pandemias, pelo que já não deverá estar em lugar de destaque a corrente positivista³⁷, restando o direito como um meio para se alcançar a justiça.

O direito deverá então ser adaptado à realidade, esta com características de alterações intensas, existindo a necessidade de revisão do conteúdo das disciplinas

37 O direito positivo contribuiu para a consolidação de certas conquistas da civilidade jurídica, mas teve como efeito o estreitamento do campo de intervenção dos jurisperitos e acabou por misturar a Política e o Direito. Este está muito além da lei, como a história está muito além do que ficou nos documentos. Vide PINTO, Eduardo Vera-Cruz, *Terra de Santa Maria - Terra-Mãe do Primeiro Portugal- Estudo de Direito Medieval Hispânico sobre a Independência de Portugal (1096-1179)*, vol. II, Comissão de Vigilância do Castelo de Santa Maria da Feira, Santa Maria da Feira, 2007, p. 33.

que estão a ser ministradas nas universidades para que possam oferecer à nova geração de juristas a oportunidade de estudar os novos fenómenos e realidades sociais. Somente desta forma é que se conseguirá juristas adaptados e familiarizados com a sociedade moderna, conseguindo dar resposta às dificuldades que se apresentam.

Bibliografia

BORGES, Valdecir de Godoy e SOARES, Berthone Venâncio, O uso do QR Code em equipamentos médicos, Revista Acervo Científico, [Em linha], [2019], [Consult. 22 set. 2020], Disponível em WWW:<URL: DOI: <https://doi.org/10.25248/reac.e392.2019> >.

BUTTARELLI, Giovanni, Inteligência Artificial, Robótica, Privacidade e Proteção de Dados, [Em linha], [2017], [Consult. 24 set. 2020], p. 26, Disponível em WWW:<URL: https://www.cnpd.pt/home/revistaforum/forum2017_1/files/assets/basic-html/page-26.html >.

CALVÃO, Filipa Urbano, Direito da Proteção de Dados Pessoais – Relatório Sobre o Programa, os conteúdos e os Métodos de Ensino da Disciplina, Porto: Universidade Católica Editora, 2018.

CARVALHO, Jorge Moraes de, Manual de Direito do Consumo, Coimbra: Almedina, 2018.

COMISSÃO EUROPEIA, Estados-Membros e Comissão colaboram na promoção da inteligência artificial desenvolvida na Europa, [Em linha], [2018], [Consult. 24 set. 2020], Disponível em WWW:<URL:

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_18_6689 >.

FREITAS, Pedro Caridade de, História do Direito Internacional Público – Da Antiguidade à II Guerra Mundial, Cascais: Principia, 2015.

HARARI, Yuval Noah, Homo Deus – História Breve do Amanhã, tradução de AMARAL, Bruno Vieira, Amadora: Elsinore, 2017.

Lei n.º 58/2019.

MARKTEST Grupo, Penetração de telemóvel nos 96.5%, [Em linha]. [2018]. [Consult. 22 set. 2020]. Disponível em WWW:<URL:

<https://www.marktest.com/wap/a/n/id~2377.aspx> >.

MIQUEL, María Soledad Segura e RODRIGUEZ, Sonia Lydia Rujas, Plan Comercial: Adopción del Sistema de Código QR en España, [Em linha], [2020], [Consult. 22 set. 2020], Disponível em WWW:<URL: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/107781> >.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz, Filosofia para um Direito em espera. O Jurídico em tempos de Covid-19, (texto aberto em curso), 2020.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz, Notas Jurisprudenciais Soltas de Contratualística Civil por Causa da Pandemia de COVID-19 em Angola, Revista RALJ, nº 1, 2020.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz, Terra de Santa Maria - Terra-Mãe do Primeiro Portugal- Estudo de Direito Medieval Hispânico sobre a Independência de Portugal (1096-

1179), vol. II, Comissão de Vigilância do Castelo de Santa Maria da Feira, Santa Maria da Feira, 2007.

PINHIRO, Alexandre Sousa (Coord.), Comentários ao Regulamento Geral de Proteção de Dados, Lisboa: Almedina, 2018.

PORDATA, Base de Dados Portugal Contemporâneo, Assinantes do acesso à Internet, [Em linha]. [2019]. [Consult. 22 set. 2020]. Disponível em WWW:<URL:

<https://www.pordata.pt/Portugal/Assinantes+do+acesso+%c3%a0+Internet-2093>>.

RIBEIRO, José Mendes, Saúde Digital, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019.

SALDANHA, Nuno, Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados, Lisboa: FCA, 2018.

SANCHEZ, Renato de Brito, COSTA, Diego Augusto Miquelin e FERNADES, João Carlos Lopes, A Internet das Coisas Conectando Casas as Pessoas, Revista Eniac Pesquisa, Vol. 8, nº. 1, 2019.

SAWH, Michael, The best smart clothing: From biometric shirts to contactless payment jackets, [Em linha], [2018], [Consult. 22 set. 2020], Disponível em WWW:<URL: <https://www.wearable.com/smart-clothing/best-smart-clothing> >.

TAPSCOTT, Don, The Digital Economy: Promise and Peril in the age of Networked Intelligence, New York: McGraw-Hill Companies, 1995.

UNION, agency of the European, European Centre for Disease Prevention and Control, [Em linha]. [2020]. [Consult. 21 set. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data>>.

A separação dos poderes em Portugal, em especial o semipresidencialismo

The Separation of Powers in Portugal, in particular semi-presidentialism

António Francisco de Sousa¹

Sumário: Introdução; I. O regime português de semipresidencialismo; 1. Separação e interdependência de poderes em geral; 1.1. O presidente da República; 1.1. Em geral; 1.3. Poderes do Presidente da República para a prática de atos próprios; 1.4. Poderes de Promulgação e veto; II. Interdependência entre Governo, Assembleia da República e Presidente da República; 2. Governo; 2.1. Em geral; 2.2. Responsabilidade do Governo; 2.3. Competência política do Governo; 2.4. Competência legislativa do Governo; 2.5. Competência administrativa do Governo; 2.6. Assembleia da República; III. Sistema de fiscalização da constitucionalidade em Portugal; 3.1. Em Geral; 3.2. Fiscalização concreta da constitucionalidade; IV. Marca caracterizadora dos mandatos presidenciais; V. Apreciação do semipresidencialismo português à luz do veto político do Presidente da República; Anexo I; Anexo II.

Resumo: O presente artigo reflete sobre o regime português de semi-presidencialismo, abordando a separação e interdependência de poderes em geral, responsabilidades do governo, sistema de fiscalização da constitucionalidade em Portugal. Aborda também a fiscalização concreta da constitucionalidade e a marca caracterizadora dos mandatos presidenciais, bem como a apreciação do semipresidencialismo português à luz do veto político do Presidente da República.

Palavras-chave: semipresidencialismo; separação dos poderes; governo;

Abstract: This article reflects on the Portuguese regime of semi-presidentialism, addressing the separation and interdependence of powers in general, government responsibilities, the system for monitoring constitutionality in Portugal. It also addresses the concrete inspection of constitutionality and the hallmark of presidential mandates, as well as the appreciation of Portuguese semi-presidentialism in the light of the political veto of the President of the Republic.

Keywords: semi-presidentialism; separation of powers; government;

Recebido: 03.04.2020

Aprovado: 07.06.2020

Universidade do Porto
Portugal

Volume 1, Número 2,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

¹ Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Introdução

MAURICE DUVERGER cunhou em 1970², pela primeira vez, a expressão semipresidencialismo, para significar um regime em que o presidente partilha o poder com o governo. DUVERGER qualificou a 5.^a República (francesa) (de 1958) de régime semi-présidentiel³. No entanto, uma parte significativa da doutrina considera que o primeiro regime semipresidencial foi instituído pela República de Weimar, que vigorou entre 1919 e 1933, na Alemanha. DUVERGER considerou o semipresidencialismo como um regime que se situa entre o presidencialismo e o parlamentarismo, caracterizado por um Presidente eleito pelo povo (legitimação democrática) com poderes significativos próprios e um governo responsável politicamente perante o parlamento. O autor deu diversos exemplos de regimes semipresidenciais, entre os quais se situavam a França e Portugal.

I. O regime constitucionalmente estabelecido

1. Separação e interdependência de poderes em geral

A Constituição portuguesa, de 2.4.1976, que entrou em vigor no dia 25.4.1976, segundo aniversário da Revolução dos Cravos de 1974, declara que “a República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado, nomeadamente, na separação e interdependência de poderes” (art.º 2.º). E, mais especificamente, o art.º 111.º da Constituição, enquadrado no capítulo dos princípios gerais da organização do poder político (Parte III, Título I), que tem precisamente por epígrafe “separação e interdependência” declara que “os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição” (n.º 1) e que “nenhum órgão de soberania, de região autónoma ou de poder local pode delegar os seus poderes noutros órgãos, a não ser nos casos e nos termos expressamente previstos na Constituição e na lei”. Por fim, a Constituição portuguesa estabelece a separação e a interdependência dos órgãos de soberania como um dos limites materiais de revisão da Constituição (art.º 288.º, al. j), da CRP).

Feito o enquadramento geral da separação e interdependência de poderes na Constituição portuguesa, analisaremos agora os termos em que a Constituição procedeu à distribuição dos poderes entre o Presidente da República, o Governo e o Parlamento (Assembleia da República)⁴.

1.1. O presidente da República

2 Institutions politiques et droit constitutionnel, 11.^a ed. Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, col. Thémis : manuels juridiques, économiques et politiques, 1970, (1re éd. 1955), 1 vol., p., 277.

3 In: Échec au Roi, 1978.

4 Para além destes três poderes, a Constituição também declara como órgão de soberania os tribunais (art.º 110.º).

1.2. Em geral

O presidente da república é uma figura central na organização política portuguesa pelos amplos poderes constitucionais de que dispõe, quer enquanto órgão de decisão, quer enquanto órgão de “moderação” (“poder moderador”).

Nos termos do art.º 120.º da CRP, “o Presidente da República representa a República Portuguesa, garante a independência nacional, a unidade do Estado e o regular funcionamento das instituições democráticas e é, por inerência, Comandante Supremo das Forças Armadas”. Com especial relevância para o tema que estamos a abordar, destaca-se aqui o poder e a função do presidente da república como garante do “regular funcionamento das instituições democráticas”.

O presidente da república toma posse perante a Assembleia da República (art.º 127.º, n.º 1). O seu mandato é de cinco anos (art.º 128.º, n.º 1) e não pode ser reeleito “durante o quinquénio imediatamente subsequente ao termo do segundo mandato consecutivo” (art.º 123.º, n.º 1). Por outro lado, o Presidente da República necessita do consentimento da Assembleia da República para se ausentar do território nacional, salvo nos casos de passagem em trânsito ou de viagem sem carácter oficial de duração não superior a cinco dias (art.º 129.º, n.ºs 1 e 2). O Presidente da República responde por crimes praticados no exercício das suas funções perante o Supremo Tribunal de Justiça (art.º 130.º, n.º 1). Se for condenado, é destituído do cargo e não pode ser reeleito. Por crimes estranhos ao exercício das suas funções, o Presidente da República responde “depois de findo o mandato perante os tribunais comuns” (art.º 130.º, n.º 4). Ele pode renunciar ao mandato mediante mensagem dirigida à Assembleia da República (art.º 131.º, n.º 1). Neste caso, a renúncia efetiva-se automaticamente com o conhecimento da mensagem pela Assembleia da República (art.º 131.º, n.º 2).

O Presidente da República dispõe de amplos poderes relativamente a outros órgãos de soberania (art.º 133.º), dos quais se destacam os seguintes:

- Marca, no respeito pela lei eleitoral, o dia das eleições do Presidente da República, dos Deputados à Assembleia da República, dos Deputados ao Parlamento Europeu e dos deputados às Assembleias Legislativas das regiões autónomas dos Açores e da Madeira (art.º 133.º, al. b), da CRP).
- Convoca extraordinariamente a Assembleia da República (art.º 133.º, al. c), da CRP);
- Dirige mensagens políticas à Assembleia da República e às Assembleias Legislativas das regiões autónomas (art.º 133.º, al. d), da CRP);
- Dissolve a Assembleia da República, depois de ouvir os partidos nela representados e o Conselho de Estado, nos termos da CRP (art.º 172.º da CRP) (art.º 133.º, al. e), da CRP);
- Nomeia o Primeiro-Ministro, nos termos da CRP (art.º 187.º, n.º 1) (art.º 133.º, al. f), da CRP);
- Demite o Governo, nos termos da CRP (art.º 195.º, n.º 2), e exonera o Primeiro-Ministro (art.º 186.º, n.º 4) (art.º 133.º, al. g), da CRP);

- Nomeia e exonera os membros do Governo, sob proposta do Primeiro-Ministro (art.º 133.º, al. h), da CRP);

- Preside ao Conselho de Ministros, se para tal for solicitado pelo Primeiro-Ministro (art.º 133.º, al. i), da CRP).

O presidente da república exerce ainda outros poderes importantes, embora já não relativamente a órgãos de soberania, dos quais se destacam os seguintes:

- preside ao Conselho de Estado (art.º 133.º, al. a), da CRP);

- dissolve as Assembleias Legislativas das regiões autónomas dos Açores e da Madeira, depois de ouvir o Conselho de Estado e os partidos nelas representados (art.º 133.º, al. j), da CRP);

- nomeia e exonera os Representantes da República para as regiões autónomas, depois de ouvir o Governo da República (art.º 133.º, al. l), da CRP);

- nomeia e exonera o presidente do Tribunal de Contas e o Procurador-Geral da República, sob proposta do Governo (art.º 133.º, al. m), da CRP);

- nomeia cinco membros do Conselho de Estado e dois vogais do Conselho Superior da Magistratura (art.º 133.º, al. n), da CRP);

- preside ao Conselho Superior de Defesa Nacional (art.º 133.º, al. o), da CRP);

- nomeia e exonera, o Chefe do Estado-Maior-General das Forças Armadas⁵ (art.º 133.º, al. p), da CRP).

Quanto aos poderes de decisão, o presidente da república decide sobre a realização de referendos, não por iniciativa própria, mas por proposta da Assembleia da República⁶ ou do Governo. Só questões de relevante interesse nacional podem ser objeto de referendo e a Constituição exclui do referendo diversos tipos de questões e de atos (art.º 115.º da CRP). O poder de decidir sobre referendos compreende o poder de recusar propostas de referendo (art.º 115.º, n.º 10, da CRP).

Por outro lado, o Presidente da República “submete a fiscalização preventiva obrigatória da constitucionalidade e da legalidade as propostas de referendo que lhe tenham sido remetidas pela Assembleia da República ou pelo Governo” (art.º 115.º, n.º 8, da CRP).

1.3. Poderes do Presidente da República para a prática de atos próprios

O Presidente da República dispõe também de amplos poderes para praticar “atos próprios”, dos quais se destacam os seguintes:

- Promulga e manda publicar as leis, os decretos-leis e os decretos regulamentares, assina as resoluções da Assembleia da República que aprovem acordos internacionais e os restantes decretos do Governo (art.º 134.º, al. b), da CRP);

- Requer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucio-

⁵ E ainda, o Vice-Chefe do Estado-Maior-General das Forças Armadas, quando exista, e os Chefes de Estado-Maior dos três ramos das Forças Armadas, sob proposta do Governo, e nos dois últimos casos, ouvido o Chefe do Estado-Maior-General das Forças Armadas (art.º 133.º, al. p), da CRP).

⁶ Por exemplo, a Assembleia da República vai votar se há ou não referendo sobre a eutanásia no próximo dia 23 de outubro de 2020.

nalidade de normas constantes de leis, decretos-leis e convenções internacionais (art.º 134.º, al. g), da CRP);

- Requer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas, bem como a verificação de inconstitucionalidade por omissão (art.º 134.º, al. h), da CRP);

- Submete a referendo questões de relevante interesse nacional, nos termos acima referidos (cf. art.ºs 115.º, 232.º, n.º 2, e 256.º, n.º 3), da CRP) (art.º 134.º, al. c), da CRP);

- Declara o estado de sítio ou o estado de emergência (nos termos do art.ºs 19.º e 138.º) (art.º 134.º, al. d), da CRP);

- Pronuncia-se sobre todas as emergências graves para a vida da República (art.º 134.º, al. e), da CRP);

- Exerce funções de Comandante Supremo das Forças Armadas (art.º 134.º, al. a), da CRP);

- Indulta e comuta penas, depois de ouvir o Governo (art.º 134.º, al. f), da CRP).

1.4. Poderes de Promulgação e veto

Passando agora aos poderes de promulgação e veto do PR, cumpre destacar o seguinte:

Quando o presidente da república recebe para promulgação como lei um decreto da Assembleia da República deve, no prazo de 20 dias, promulgá-lo ou exercer o direito de veto. Neste caso, solicita nova apreciação do diploma em mensagem fundamentada. O mesmo poder de promulgação ou de veto verifica-se quando se trate de publicação da decisão do Tribunal Constitucional que não se pronuncia pela inconstitucionalidade de norma constante de decreto da Assembleia da República (art.º 136.º, n.º 1, da CRP).

Se o presidente da República solicitar à Assembleia da República nova apreciação do diploma em mensagem fundamentada e esta confirmar o voto por maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções, o Presidente da República tem o dever e a obrigação de promulgar o diploma no prazo de oito dias a contar da sua receção (art.º 136.º, n.º 2, da CRP)⁷. Mas é exigida a maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções, quando estejam em causa certas matérias que a Constituição enumera no seu art.º 136.º, n.º 3.

Tratando-se de decreto do Governo, os poderes de promulgação ou veto de-

⁷ De acordo com a Constituição, no caso de vetos a diplomas do Parlamento, se a Assembleia da República decidir não alterar um diploma que tenha sido devolvido e confirmar o voto por maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções (116 deputados), o Presidente da República deverá promulgá-lo no prazo de oito dias a contar da sua receção.

vem ser exercidos em termos idênticos aos anteriormente referidos, mas agora no prazo de quarenta dias (art.º 136.º, n.º 4, da CRP).

Sem a promulgação ou a assinatura do Presidente da República, os decretos referidos são juridicamente inexistentes (art.º 137.º da CRP).

O Presidente da República exerce ainda o direito de veto nos termos dos artigos 278.º e 279.º.

A interdependência dos poderes do presidente da república é manifesta no caso de declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, pois esta declaração depende de audição prévia do Governo e de autorização da Assembleia da República (não estando esta reunida e não sendo possível a sua reunião imediata, a autorização é dada pela Comissão Permanente da AR).

Por fim, o Presidente da República goza do poder de publicar “decretos” no jornal oficial, Diário da República (art.º 119.º, al. d), da CRP).

II. Interdependência entre Governo, Assembleia da República e Presidente da República

2. Governo

2.1. Em geral

Analisados que estão os poderes presidenciais, voltemos agora a nossa atenção para o Governo, na perspetiva especial da sua interação com o Presidente da República e com a AR. Em Portugal, o Governo é constituído pelo Primeiro-Ministro, pelos Ministros e pelos Secretários e Subsecretários de Estado (art.º 183.º, n.º 1, da CRP). O Governo é o “órgão de condução da política geral do país” e o “órgão superior da administração pública” (art.º 182.º da CRP).

Nos termos do art.º 140.º da CRP, diversos atos do presidente da república ali referidos estão sujeitos a referenda⁸ do Governo e, tal como acontece com a falta de promulgação, a falta de referenda determina a inexistência jurídica do ato. A referenda consiste na simples oposição da assinatura de um ou mais membros do Governo por baixo da assinatura do Presidente da República. A referenda é uma simples forma de corresponsabilidade do Governo em relação a certos atos do Presidente da República que, direta ou indiretamente, implicam colaboração política do Governo. Entre os atos do Presidente da República que necessitam de referenda do Governo destacam-se os seguintes: nomeação e exoneração dos membros do Governo, atos de promulgação e assinatura de leis, decretos-leis e decretos regulamentares, declaração de guerra e realização da paz.

O Governo é, em termos quantitativos, o principal órgão legislativo. Ele aprova decretos-leis, alguns deles no exercício de competência legislativa exclusiva. Os outros decretos-leis aprovados pelo Governo podem ser submetidos a apreciação da

⁸ Certos atos do Presidente da República carecem de referenda. Estes atos estão previstos no art.º 140.º, n.º 1, da CRP, destacando-se os seguintes: nomeação e exoneração dos membros do Governo, atos de promulgação e assinatura de leis, decretos-leis e decretos regulamentares, declaração de guerra e realização da paz.

Assembleia da República (art.º 169.º, n.º 1, da CRP).

O Presidente da República nomeia o Primeiro-Ministro depois de ouvir os partidos representados na Assembleia da República e tendo em conta os resultados eleitorais (art.º 187.º, n.º 1, da CRP). O Governo é nomeado pelo Presidente da República, sob proposta do Primeiro-Ministro (art.º 187.º, n.º 2, da CRP)⁹. O Governo é exonerado pelo Presidente da República (art.º 186.º, n.º 1, da CRP). Os ministros iniciam funções com a sua posse e exoneram-se a si próprios (através de um pedido de exoneração que, contudo, necessita de ser aceite pelo PM) ou são exonerados pelo Primeiro-Ministro. Do Governo fazem parte os Secretários e Subsecretários de Estado, os quais cessam as suas funções com a exoneração do respetivo Ministro (art.º 186.º da CRP).

O programa do Governo, que contém as principais orientações políticas e medidas a adotar ou a propor nos diversos domínios da atividade governamental (art.º 188.º da CRP), é apreciado pela Assembleia da República (art.º 186.º, n.º 5, da CRP).

2.2. Responsabilidade do Governo

O Governo responde simultaneamente perante o Presidente da República e perante a Assembleia da República (art.º 190.º da CRP). Mais concretamente, o Primeiro-Ministro responde perante o Presidente da República e, no âmbito da responsabilidade política do Governo, responde perante a Assembleia da República (art.º 191.º, n.º 1, da CRP). Os Ministros respondem perante o Primeiro-Ministro e, no âmbito da responsabilidade política, respondem perante a Assembleia da República. Os Secretários e Subsecretários de Estado respondem perante o Primeiro-Ministro e o respetivo Ministro (art.º 191.º, n.ºs 2 e 3, da CRP).

Uma vez nomeado, o novo Governo saído de eleições deve submeter o programa do Governo à apreciação da Assembleia da República, no prazo máximo de dez dias após a sua nomeação. O programa do Governo é então debatido durante, no máximo, três dias. O programa do Governo pode ser rejeitado por maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções ou o Governo pode solicitar a aprovação de um voto de confiança da Assembleia da República (art.º 192.º da CRP). O Governo também pode solicitar à Assembleia da República a aprovação de um voto de confiança sobre uma declaração de política geral ou sobre qualquer assunto relevante de interesse nacional (art.º 193.º da CRP), mesmo fora do contexto de aprovação do programa do Governo.

A Assembleia da República pode, por iniciativa própria, votar moções de censura ao Governo sobre a execução do programa do Governo ou sobre qualquer assunto relevante de interesse nacional. No entanto, esta iniciativa da Assembleia da República

⁹ Nos termos do art.º 186.º, n.ºs 2 e 3, da CRP) “as funções dos restantes membros do Governo iniciam-se com a sua posse e cessam com a sua exoneração ou com a exoneração do Primeiro-Ministro” (n.º 2) e “as funções dos Secretários e Subsecretários de Estado cessam ainda com a exoneração do respetivo Ministro” (n.º 3).

exige um quarto dos Deputados em efetividade de funções ou deve tratar-se de uma iniciativa de um grupo parlamentar. Mas se a moção de censura não for aprovada, os seus subscritores não podem voltar a apresentar outra moção de censura durante a mesma sessão legislativa (art.º 194.º da CRP).

O Primeiro-Ministro pode apresentar ao Presidente da República um pedido de demissão do Governo e se o pedido for aceite, o Governo cessa funções. Também conduzem à demissão do Governo (art.º 195.º da CRP):

- a rejeição do programa do Governo,
- a não aprovação de uma moção de confiança, ou
- a aprovação de uma moção de censura, por maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções.

A demissão do Governo pelo Presidente da República (art.º 133.º, al. g), da CRP) está limitada à necessidade de “assegurar o regular funcionamento das instituições democráticas” (art.º 195.º, n.º 2, da CRP), após ouvir o Conselho de Estado. Trata-se de uma avaliação do próprio Presidente da República e naturalmente também do Conselho de Estado, embora o parecer deste não seja vinculativo. Na prática, esta avaliação já se revelou bastante discricionária e, segundo parte da sociedade portuguesa, bastante arbitrária, especialmente no caso da demissão pelo Presidente da República Jorge Sampaio do então Primeiro-Ministro Santana Lopes (em 2004).

2.3. Competência política do Governo

O Governo é o órgão de condução política do país. São, pois, amplas as suas competências políticas, de entre as quais se destacam as seguintes, quase todas elas partilhadas ou com o Presidente de República, ou com a Assembleia da República:

- Apresentar propostas de lei à Assembleia da República (art.º 197.º, n.º 1, al. d), da CRP);
- Pronunciar-se sobre a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência (art.º 197.º, n.º 1, al. f), da CRP);
- Propor ao Presidente da República a declaração da guerra ou a feitura da paz (art.º 197.º, n.º 1, al. g), da CRP);
- Propor ao Presidente da República a realização de referendos sobre questões de relevante interesse nacional (art.º 197.º, n.º 1, al. e), da CRP)¹⁰;
- Referendar os atos do Presidente da República (art.º 197.º, n.º 1, al. a), da CRP)¹¹;
- Negociar e ajustar convenções internacionais (art.º 197.º, n.º 1, al. b), da CRP)

¹⁰ Cf. art.º 115.º da CRP.

¹¹ Cf. art.º 140.º da CRP.

e aprovar, por decreto, os acordos internacionais (art.º 197.º, n.º 1, al. c), da CRP).

Compete ainda ao Governo, através do Primeiro-Ministro, informar o Presidente da República sobre os principais assuntos da condução da política, interna e externa, do país (art.º 201.º, n.º 1, al. c), da CRP).

2.4. Competência legislativa do Governo

Em Portugal, o Governo é, em termos quantitativos, o principal órgão legislativo. As suas leis, chamam-se decretos-leis e é extenso o âmbito material de ação legislativa do Governo. O Governo pode legislar, por decreto lei, sobre:

- matérias não reservadas à Assembleia da República (art.º 198.º, n.º 1, al. a), da CRP);
- matérias de reserva relativa da Assembleia da República, mediante autorização desta (art.º 198.º, n.º 1, al. b), da CRP);
- matéria respeitante à sua própria organização e funcionamento (matéria que é da sua exclusiva competência legislativa - art.º 198.º, n.º 2, da CRP).

Por fim, o Governo pode legislar sobre o desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis (art.º 198.º, n.º 1, al. c), da CRP).

2.5. Competência administrativa do Governo

O Governo é, por outro lado, o órgão de cúpula da Administração Pública portuguesa. São amplas as competências administrativas do Governo, das quais se destacam as seguintes:

- Defender a legalidade democrática (art.º 198.º, n.º 1, al. f), da CRP);
- Dirigir os serviços e a atividade da administração direta do Estado, civil e militar, superintender na administração indireta e exercer a tutela sobre a administração indireta e sobre a administração autónoma (art.º 198.º, n.º 1, al. d), da CRP);
- Elaborar e executar o Orçamento do Estado (art.º 199.º, n.º 1, al. b), da CRP);
- Elaborar e executar os planos, com base nas respetivas leis das grandes opções (art.º 199.º, n.º 1, al. a), da CRP);
- Emitir os regulamentos necessários à boa execução das leis (art.º 199.º, n.º 1, al. c), da CRP);
- Praticar todos os atos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades coletivas (art.º 198.º, n.º 1, al. g), da CRP);
- Praticar todos os atos exigidos pela lei respeitantes aos funcionários e agentes do Estado e de outras pessoas coletivas públicas (art.º 198.º, n.º 1, al. e), da CRP).

2.6. Assembleia da República

Assembleia da República, é o órgão legislativo por excelência, para além de ser a “assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses” (art.º 147.º da CRP). Os deputados não representam apenas os círculos por que são eleitos, mas todo o país (art.º 152.º, n.º 2, da CRP). A Constituição e a lei (diversas leis ordinárias) estabelecem diversas incompatibilidades com a função de deputado, como forma de assegurar a transparência, a isenção e a imparcialidade da sua ação.

A legislatura dura quatro sessões legislativas (art.º 171.º, n.º 1, da CRP) e estas iniciam-se em 15 de setembro e terminam em 15 de junho (art.º 174.º, n.ºs 1 e 2, da CRP). A dissolução da Assembleia da República está sujeita a limites. Ela não pode ser dissolvida:

- a) nos seis meses posteriores à sua eleição,
- b) no último semestre do mandato do Presidente da República, ou
- c) durante a vigência do estado de sítio ou do estado de emergência (art.º 172.º, n.º 1, da CRP).

A Assembleia da República detém diversos tipos de competências:

- a) competência política e legislativa,
- b) competência de fiscalização e
- c) competências específicas relativas a outros órgãos, especialmente relativamente ao presidente da república e relativamente ao governo.

A Constituição confere à Assembleia da República competência legislativa exclusiva (reserva absoluta - art.º 164.º da CRP) em certas matérias consideradas mais importantes, das quais se destacam as seguintes:

- aquisição, perda e reaquisição da cidadania portuguesa (art.º 164.º, al. f), da CRP);
- associações e partidos políticos (art.º 164.º, al. h), da CRP);
- bases do sistema de ensino (art.º 164.º, al. i), da CRP);
- criação, extinção e modificação de autarquias locais e respetivo regime, com as exceções previstas para as regiões autónomas dos Açores e da Madeira (art.º 164.º, al. n), da CRP);
- Eleições dos deputados às Assembleias Legislativas Regionais (art.º 164.º, al. j), da CRP);
- Eleições dos titulares dos órgãos de soberania (art.º 164.º, al. a), da CRP);
- Eleições dos titulares dos órgãos do poder local e demais órgãos constitucionais (art.º 164.º, al. l), da CRP);
- Estatuto dos titulares dos órgãos de soberania, do poder local e demais órgãos constitucionais (art.º 164.º, al. m), da CRP);

- Organização da defesa nacional (art.º 164.º, al. d), da CRP)¹².

Para além do domínio de matérias de reserva absoluta, a Assembleia da República dispõe de um domínio de matérias de reserva relativa, no âmbito do qual ela pode autorizar (definindo o objeto, o sentido, a extensão e a duração da autorização) o Governo a legislar em regime concorrencial com ela própria (art.º 165.º da CRP). De entre essas matérias de reserva relativa, destacam-se as seguintes:

- Associações públicas e responsabilidade civil da Administração (art.º 165.º, al. s), da CRP);
- Bases da política agrícola (art.º 165.º, al. n), da CRP);
- Bases do estatuto das empresas públicas e das fundações públicas (art.º 165.º, al. u), da CRP);
- Bases do regime da função pública (art.º 165.º, al. t), da CRP);
- Bases do sistema de proteção da natureza, do equilíbrio ecológico e do património cultural (art.º 165.º, al. g), da CRP);
- Bases do sistema de segurança social e do serviço nacional de saúde (art.º 165.º, al. f), da CRP);
- Criação de impostos e sistema fiscal (art.º 165.º, al. i), da CRP);
- Definição dos sectores de propriedade dos meios de produção (art.º 165.º, al. j), da CRP)¹³.

Em Portugal a iniciativa da lei é, em geral, da competência dos deputados, dos grupos parlamentares e do Governo.

Passando agora à interdependência entre a Assembleia da República e o Governo, destaca-se o facto de os Ministros terem “o direito de comparecer às reuniões plenárias da Assembleia da República” e poderem, nessa comparencia, ser coadjuvados ou substituídos pelos Secretários de Estado. Por outro lado, os membros do Governo têm o dever de comparecer na Assembleia da República “para responder a perguntas e pedidos de esclarecimento”, nos termos a acordar entre a Assembleia da República e o Governo. Os membros do Governo podem solicitar a sua participação nos trabalhos das comissões da Assembleia da República e “devem comparecer pe-

¹² E ainda: - Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional (art.º 164.º, al. c), da CRP); - Regime da autonomia organizativa, administrativa e financeira dos serviços de apoio do Presidente da República (art.º 164.º, al. v), da CRP); - Regime das forças de segurança (art.º 164.º, al. u), da CRP); - Regime de finanças das regiões autónomas (art.º 164.º, al. t), da CRP); - Regime do sistema de informações da República e do segredo de Estado (art.º 164.º, al. q), da CRP); - Regime dos símbolos nacionais (art.º 164.º, al. s), da CRP); - Regime geral de elaboração e organização dos orçamentos do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais (art.º 164.º, al. r), da CRP); - Regimes do estado de sítio e do estado de emergência (art.º 164.º, al. e), da CRP); - Regimes dos referendos (art.º 164.º, al. b), da CRP); - Restrições ao exercício de direitos por militares e agentes militarizados (art.º 164.º, al. o), da CRP).

¹³ E ainda: - Definição dos crimes, penas e medidas de segurança (art.º 165.º, al. c), da CRP); - Definição e regime dos bens do domínio público (art.º 165.º, al. v), da CRP); - Bases do ordenamento do território e do urbanismo (art.º 165.º, al. z), da CRP); - Direitos, liberdades e garantias (art.º 165.º, al. b), da CRP); - Estado e capacidade das pessoas (art.º 165.º, al. a), da CRP); - Estatuto das autarquias locais (art.º 165.º, al. q), da CRP); - Organização e competência dos tribunais (art.º 165.º, al. p), da CRP); - Regime dos planos de desenvolvimento económico e social e composição do Conselho Económico e Social (art.º 165.º, al. m), da CRP); - Regime geral da requisição e da expropriação por utilidade pública (art.º 165.º, al. e), da CRP); - Regime geral das infrações disciplinares e regime contraordenacional (art.º 165.º, al. d), da CRP); - Regime geral do arrendamento rural e urbano (art.º 165.º, al. h), da CRP).

rante as mesmas quando tal seja requerido” (art.º 177.º da CRP).

III. Sistema de fiscalização da constitucionalidade em Portugal

3.1. Em geral

São inconstitucionais as normas jurídicas que infringem a Constituição e os seus princípios jurídicos, com a consequência de serem nulas ab initio. Por isso, importa conhecer o sistema de fiscalização da constitucionalidade e como este sistema é desencadeado e funciona no regime semipresidencial português, considerando o importante papel que o Presidente da República desempenha na fiscalização da constitucionalidade.

A fiscalização da constitucionalidade vem regulada nos artigos 277.º a 283.º da CRP. Tanto o Presidente da República, como o Presidente da Assembleia da República, como ainda o Primeiro-Ministro¹⁴, podem requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral (art.º 281.º, n.º 2, da CRP).

O próprio Tribunal Constitucional deve, por sua iniciativa, apreciar e declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de qualquer norma que tenha sido por ele julgada inconstitucional em três casos concretos (art.º 281.º, n.º 2, da CRP).

A fiscalização da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional pode ser preventiva ou concreta.

A fiscalização preventiva é desencadeada, geralmente, pelo Presidente da República¹⁵, por requerimento dirigido ao Tribunal Constitucional. Podem estar em causa normas de tratado internacional submetido para ratificação, normas de decreto¹⁶ enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei, ou normas de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura. Mas a fiscalização preventiva também pode ser desencadeada pelo Primeiro-Ministro ou por um quinto dos Deputados à Assembleia da República em efetividade de funções (art.º 278.º, n.ºs 1 e 4, da CRP).

Se o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade de norma, o Presidente da República (ou, nas Regiões Autónomas, pelo Representante da República) deve vetar o diploma e devolvê-lo ao órgão que o aprovou. Este órgão deve então expurgar a norma inconstitucional. Se este órgão for a AR, esta pode ainda confirmar a norma por maioria de dois terços dos Deputados presentes (desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções) (art.º 279.º da CRP). Em caso de reformulação do diploma, o Presidente da República pode voltar a requerer

14 Podem ainda requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral o Provedor de Justiça, o Procurador-Geral da República, um décimo dos Deputados à Assembleia da República, para além de representantes das Regiões Autónomas nas matérias da sua autonomia.

15 Para as regiões autónomas, a Constituição prevê um poder de iniciativa dos respetivos Representantes da República (art.º 278.º, n.º 2, da CRP).

16 Enquanto não forem promulgadas pelo Presidente da República as leis da Assembleia da República e os decretos-leis do Governo assumem a forma de “decreto”.

ao TC a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer das suas normas¹⁷.

A fiscalização da constitucionalidade é concreta, quando surge associada a situações concretas de aplicação de normas jurídicas pelos tribunais.¹⁸

3.2. Fiscalização concreta da constitucionalidade

Em Portugal, a base da fiscalização concreta da constitucionalidade (e da legalidade) está no art.º 204.º da CRP. Por um lado, todos os tribunais, independentemente da sua categoria (art.º 209.º da CRP), exercem fiscalização (com apreciação e não mera não aplicação) da constitucionalidade. Mas esta fiscalização ocorre a título incidental (e não principal) nos casos submetidos a julgamento¹⁹ (“feitos submetidos a julgamento” – art.º 204.º da CRP). Nestes casos, há-de haver uma estrita relação entre a questão da constitucionalidade e o direito que é reivindicado no processo. Enquanto se mantiver o poder jurisdicional do juiz sobre a matéria²⁰, o tribunal, de 1.ª instância ou de recurso, conhece da questão em qualquer fase do processo: p. ex. no despacho saneador ou na decisão sobre uma reclamação.

No modelo português de fiscalização concreta da constitucionalidade, os tribunais portugueses (quaisquer, incluindo o Tribunal de Contas e o próprio Tribunal Constitucional²¹) têm competência para conhecer e para decidir, com recurso possível ou necessário (conforme os casos) para o Tribunal Constitucional²². Em Portugal, as partes no tribunal têm não apenas o direito (fundamental) de interpor recurso, como também o direito de reclamação perante o Tribunal Constitucional.

O tribunal também pode agir oficiosamente (jura novit curia) invocando a inconstitucionalidade, não devendo aplicar normas que repute inconstitucionais.

Cabe recurso para o TC de três os tipos de decisões:

- a) que recusem a aplicação de uma norma com fundamento em inconstitucionalidade ou em ilegalidade²³;
- b) que apliquem norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade haja sido suscitada durante o processo²⁴;
- c) que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo

17 Nos termos do art.º 279.º, n.º 4, da CRP, “se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de tratado, este só poderá ser ratificado se a Assembleia da República o vier a aprovar por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções”.

18 A CRP regula a fiscalização concreta da constitucionalidade no seu art.º 280.º

19 Isto ocorre com alguma frequência nos casos de ações de responsabilidade civil do Estado por atos legislativos, nos termos da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro de 2007.

20 Não apenas em alegações de eventual recurso para o TC.

21 Por exemplo, as relativas a tribunal eleitoral e a contencioso partidário.

22 Este sistema foi introduzido em 1976, com recurso primeiramente para a Comissão Constitucional e, desde 1982, para o Tribunal Constitucional.

23 Art.º 280.º, n.º 1, al. a), e n.º 2, al.s a), b) e c), da CRP; ou em contradição com convenção internacional, nos termos do art.º 70.º, n.º 1, al. i), da lei orgânica do TC.

24 Art.º 280.º, n.º 1, al. b), e n.º 2, al. d), da CRP

próprio Tribunal Constitucional²⁵.

A decisão do Tribunal Constitucional tem relevância para além do caso concreto:

- por um lado, porque cabe recurso para o TC da decisão de qualquer tribunal que aplique norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional (art.º 280.º, n.º 5);

- por outro lado, se o TC tiver julgado, por três vezes, inconstitucional ou ilegal a mesma norma, pode ser desencadeado um processo de fiscalização abstrata, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral (art.º 281.º, n.º 3).

A fiscalização da constitucionalidade é abstrata, quando não surge associada a situações concretas. Nos termos do art.º 281.º da CRP, o Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de quaisquer normas²⁶. A fiscalização da constitucionalidade abstrata, geralmente da iniciativa do PR, pode desencadear uma declaração do TC com força obrigatória geral.

Se, na sequência da fiscalização concreta da inconstitucionalidade o Tribunal Constitucional tiver julgado inconstitucional uma norma em três casos concretos, ele deve declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral (art.º 281.º, n.º 3, da CRP). Neste caso, os efeitos são a nulidade, ab initio, da norma declarada inconstitucional e a repriminção²⁷ das normas que ela, eventualmente, haja revogado (art.º 281.º, n.º 3, da CRP).

A inconstitucionalidade por omissão é requerida, nomeadamente, pelo Presidente da República²⁸. Se o Tribunal Constitucional concluir pela verificação de uma inconstitucionalidade por “omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”, “dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente” art.º 283.º, n.º 2, da CRP).

IV. Marca caracterizadora dos mandatos presidenciais

A forma como o Presidente da República exerce os poderes presidenciais tem oscilado nos seus graus de intensidade, consoante os seus traços de personalidade, a sua ideologia política, e a sua formação moral e ética.

Eanes entendeu assumidamente o seu poder como um poder arbitral, atuando frequentemente como árbitro da atividade parlamentar e governamental, que, con-

25 Art.º 280.º, n.º 5, da CRP ou que apliquem norma legislativa em desconformidade com o anteriormente decidido pelo Tribunal, nos termos do art.º 70.º, n.º 1, al. i), da LOTC.

26 O TC também declara a ilegalidade de normas constantes de ato legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado, de normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região autónoma, de normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto.

27 “Repriminção” é o termo técnico que se dá à reposição automática em vigor de uma norma que foi revogada, pela simples revogação da norma revogatória.

28 Também podem requerê-la o Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas (art.º 283.º da CRP).

tudo, não o impediu de criticar o Governo²⁹ e os partidos políticos, com um intuito pedagógico e de correção de atitude ou de rumo. Eanes procurou resolver, por sua própria iniciativa, crises governamentais, tendo nomeadamente apresentado dois executivos, em 1978 e em 1979 (este último sob a chefia de Maria de Lourdes Pintasilgo)³⁰. Eanes, que foi o primeiro Presidente da República do atual sistema constitucional, contribuiu de forma determinante para conformar os poderes presidenciais no contexto do semipresidencialismo português: em 1978, Eanes demitiu o II Governo de Mário Soares (de coligação PS/CDS), marcando claramente que o Presidente da República não é mera “figura decorativa” ou “cerimonial” e afirmando-se como poder político arbitral efetivo; em 1980, aniquilou o projeto do Primeiro-Ministro (Sá Carneiro) de um referendo com vista ao esvaziamento do poder político do PR; em 1982, operou-se a primeira revisão constitucional, que resultou no reforço da posição central do Presidente da República no equilíbrio de poderes. Com a Revisão da Constituição, o poder de veto do Presidente da República passou a poder ser superado apenas por maioria qualificada de dois terços dos deputados. O poder de dissolução da Assembleia da República pelo Presidente da República foi também reforçado. O poder de dissolução da Assembleia da República é o poder mais importante e mais decisivo dos poderes do Presidente da República. Com este poder, o Presidente da República surge como a “trave-mestra” do sistema dos poderes políticos em Portugal (poder que na gíria política é expressado pela fórmula “bomba atómica”). De então para cá, a Assembleia da República foi dissolvida pelo Presidente da República seis vezes: em 1983, em 1985 (Eanes), em 1987 (Soares), em 2002, em 2004 (Sampaio)³¹ e em 2011 (Cavaco)³².

Mário Soares cunhou, para caracterizar os seus dois mandatos, a expressão “magistratura de influência”, que viria a ser mais tarde reassumida pelo também presidente socialista Jorge Sampaio. Ainda assim, Soares tomou decisões drásticas como por exemplo a dissolução da Assembleia da República em 1987³³ e o veto à Lei da Rádio, que havia sido aprovada por toda a esquerda. No segundo mandato, emergiu o socialismo de Soares, que já não podia voltar a recandidatar-se, tendo assumido um papel que em larga medida foi de oposição ao Governo. De uma posição de mo-

29 Por exemplo, nos discursos comemorativos do 25 de abril de 1977 e de 1978, Eanes fez questão de deixar inequívocos avisos e críticas contundentes aos Governos (socialistas) de então.

30 Foram três os governos de iniciativa do Presidente Eanes, entre agosto de 1978 e dezembro de 1979, chefiados por Nobre da Costa, Mota Pinto e Maria de Lourdes Pintasilgo.

31 O decreto de dissolução da Assembleia da República foi assinado por Sampaio em 22 de dezembro de 2004 e as eleições marcadas para 20 de fevereiro. A justificação veio algum tempo depois: “Entendi que a manutenção em funções do Governo significaria a manutenção da instabilidade e da inconsistência. Entendi ainda que se tinha esgotado a capacidade da maioria parlamentar para gerar novos governos”. Sampaio considerou que, desde a posse do Governo, em julho de 2004, “o país assistiu a uma série de episódios que ensombrou decisivamente a credibilidade do Governo”. E esclarece: “Foi essa sucessão que criou uma grave crise de credibilidade do Governo”.

32 O decreto de dissolução da Assembleia da República foi assinado por Cavaco em 7 de abril de 2011 e as eleições foram marcadas para 5 de junho. A oposição recusara o PEC-4 e, na sequência, Sócrates pediu a demissão.

33 Esta dissolução surpreendeu em larga medida na medida em que, sendo Soares socialista, foi contra uma moção de censura que havia sido aprovada pelos partidos de esquerda (e dessa forma tinha a possibilidade de viabilizar um novo Governo de esquerda), dissolveu a Assembleia da República e convocou novas eleições, dando deste modo ao PSD a possibilidade de obter maioria absoluta. Nos comentários políticos, esta foi uma estratégia do presidente Soares para conseguir a sua reeleição, pois para isso precisava dos votos do PSD.

derador no primeiro mandato, evoluiu para o papel de protagonista de luta partidária, que se refletiu por exemplo no exercício do poder de veto, passando de 4 vetos no primeiro mandato para 21 vetos no segundo mandato. Cavaco, Primeiro-Ministro de então, classificou Soares como “força de bloqueio”. Ao mesmo tempo que Soares cunhava a expressão “direito à indignação”, não descurou a sua preocupação em garantir apoio popular através das suas “presidências abertas”. Se a primeira presidência de Soares foi de mera figura decorativa, já a segunda foi de forte militância política.

Cavaco Silva privilegiou uma “cooperação institucional”, o que não o impediu de entrar algumas vezes com conflito aberto com o Governo, especialmente no seu segundo mandato com o Governo de José Sócrates.

O atual presidente da República Marcelo Rebelo de Sousa instituiu, na sua relação com o Governo, uma “magistratura de coabitação e assistência” e, na sua relação com o povo, uma “presidência dos afetos”, privilegiando o contacto pessoal com as pessoas, bem ilustrada nas célebres selfies com as pessoas do povo, especialmente as das camadas mais baixas (que fazem questão em ter uma selfie com Marcelo). Esta selfiemanía tornou-se doença ao ponto de uma empresa privada, a Mosca Digital, ter criado uma aplicação - chamada Marcellfie - que permite a qualquer cidadão tirar uma selfie com Marcelo (utilizando a câmara do telemóvel para sobrepor a sua imagem à de Marcelo), empresa que popularizou “o Marcelo das selfies”. A Marcellfie permitiu dar continuidade à selfiemanía com o surgimento do Covid-19.

Marcelo assumiu como desígnio do seu mandato a estabilidade política e por isso tem alertado diversas vezes: “esta é a pior altura para criar uma crise política”, dando recados tanto ao maior partido da oposição, como aos partidos apoiantes do Governo na conhecida Geringonça. Em contrapartida, o Governo retribuiu com o seu apoio, em público, à reeleição de Marcelo, mesmo antes do anúncio oficial da sua recandidatura (visita do PR e do PM à Autoeuropa).

Marcelo tem exercido o seu mandato com o foco centrado na sua imagem na opinião pública e nas sondagens sobre os seus índices de popularidade. Ele gosta manifestamente de ser popular, de ser estimado e aplaudido pelo povo, de sentir que está permanentemente no centro das atenções. E são conhecidas as suas “partidas”

a amigos³⁴ e até alguns atos de aparente ingenuidade³⁵. Uma excelente síntese bem ilustrativa deste primeiro mandato de Marcelo (2016-2021) é feita num conhecido sítio de informação e debate da Internet, o Observador, onde se lê: “O Presidente está no terreno a toda a hora. Marcelo está em todo o lado, em todo o momento: em todas as televisões, nos fogos, nos enterros, nas quedas de avionetas, nas cerimónias, está no estrangeiro e em território nacional” (Observador, julho de 2017). E este mesmo sítio da Internet relata diversos factos e episódios peculiares do carácter de Marcelo nas suas facetas publicamente conhecidas: enquanto pessoa, comentador, político e presidente da república.

V. Apreciação do semipresidencialismo português à luz do veto político do Presidente da República

Pelo seu poder efetivo e pelo seu valor simbólico, fazemos agora uma apreciação crítica da forma como os sucessivos Presidentes da República fizeram uso do seu poder de veto político³⁶.

O primeiro Presidente da República do atual regime constitucional foi Ramalho Eanes (1976-1986), que deu posse a três Governos da sua iniciativa presidencial³⁷. Eanes apenas exerceu cinco vetos políticos (Governos de Balsemão e Soares) nos seus dois mandatos e requereu 6 vezes a fiscalização preventiva da constitucionalidade.

34 Num artigo intitulado “O Independente. A ‘derrota espetacular’”, de 2015, lê-se: “Marcelo era fonte privilegiada. Portas apoiou-o abertamente nas páginas do jornal quando Marcelo se atravessou com uma candidatura à Câmara de Lisboa, Mas Marcelo perdeu. E depois enganou Portas com uma ementa inventada de um jantar em Belém, a vichyssoise [sopa fria] que Portas contou mais tarde no programa de Herman José (o Parabéns, emitido pela RTP a 4 de dezembro de 1994) – e que ficará nos anais da história política portuguesa. Vale a pena ler os dois parágrafos onde o Filipe e a Liliana contam como Portas percebeu que tinha sido enganado (...). “No dia seguinte, ao fim da manhã, quando o diretor d’O Independente ligou a Barroso, percebeu o logro. Boa parte da informação de Marcelo não batia certo. “Pode-me dizer o que é que comeram?”, perguntou. “Eu até disse à minha secretária para me trazer o menu”, recorda Barroso, que leu a ementa ao telefone. De vichyssoise, nem cheiro. “Do outro lado da linha houve um silêncio, e ele acaba por dizer: “Ah, o grande filho da puta!”. Foi quando Portas contou a Alfredo que (e como) tinha sido enganado por Marcelo. Paulo estava furioso e conclui: “Deus deu-lhe a inteligência e o Diabo deu-lhe a maldade”. Três meses antes Marcelo já tinha roubado elementos essenciais d’O Independente, aliciando-os a ir para o Semanário; agora, tentava dar o golpe na credibilidade do jornal, com informação falsa”. O próprio Marcelo assume: “Tive ideias loucas”. No programa “Alta Definição” da SIC conta que surpreendeu a filha no seu 9.º aniversário com uma tarte de chocolate de nove metros. “Na secção ‘Gente’ do “Expresso” de 5 de agosto de 1978, Marcelo escreve uma estranhíssima frase sobre um seu amigo: “O Balsemão é lelé da cuca”, tendo-se depois justificado de que essa teria sido uma forma de testar os revisores daquele semanário, para depois na casa de Balsemão, Marcelo lhe pedir desculpa a Balsemão, que o via como um pai” (segundo conta José António Saraiva no seu livro “Confissões de Um Director de jornal”).

35 O próprio Marcelo contou para a comunicação social o exame que fez na FDUL ao seu irmão e ao seu cunhado, tentando legitimar o seu ato com uma “punição” ao irmão. O episódio é narrado in: <https://expresso.pt/politica/2018> (da autoria de Vítor Matos): “Menos um ponto na oral ao irmão: só por ser irmão. Nos anos pós-revolucionários, o assistente Marcelo Rebelo de Sousa reencontra alunos como o seu irmão Pedro ou o então cunhado Francisco Motta Veiga. No final de um ano letivo, no dia 30 de julho, dia de anos da mãe, Marcelo faz uma oral ao seu próprio irmão. Pedro Rebelo de Sousa tinha realizado um trabalho de grupo para a cadeira, e tinha contribuído mais do que os colegas para o resultado final, pelo que alimentava expectativas de ter uma nota melhor. Marcelo acha que o irmão faz um bom exame e que merece 16 valores, mas, no afã de parecer que não favorece a família — uma vez que tinha por regra não avaliar familiares —, dá-lhe apenas 15 valores”.

36 O “veto político” surge por oposição ao “veto por inconstitucionalidade”. Os vetos políticos não têm por base um acórdão do Tribunal Constitucional (art.º 279.º da CRP). Enquanto o veto por inconstitucionalidade resulta de um imperativo constitucional, o veto político resulta de uma discordância, que pode ser material ou formal, ou de um juízo de (in)oportunidade do PR.

37 O primeiro destes Governos foi o mais curto, tendo durado apenas 17 dias; o segundo Governo foi chefiado por uma mulher (caso único, até ao presente, em Portugal), mas os 16 ministros eram homens.

Mário Soares usou o veto político 37 vezes de 1986 a 1996. No primeiro mandato (1986 a 1991), Soares exerceu 7 vetos políticos; no segundo mandato Soares exerceu 30 vetos políticos (de 1991 a 1996)

Jorge Sampaio exerceu o veto político 75 vezes ao longo dos dois mandatos. No primeiro mandato Sampaio (1996-2001) exerceu 12 vetos políticos; no segundo mandato (2001-2006), Sampaio exerceu 63 vetos políticos. O Parlamento nunca contrariou o veto presidencial.

Nos mandatos de Soares e Sampaio a “litigância constitucional” aumentou substancialmente do primeiro para o segundo mandato, confirmando a frequente observação de que a reeleição é um objetivo a atingir que exerce constrangimentos em sede de atos ou factos suscetíveis de terem um efeito negativo na imagem do presidente.

Sobretudo no primeiro mandato de Sampaio, diversos vetos foram acusados de terem por objetivo agradar ao eleitorado. Foi o caso, por exemplo, das “portagens do Oeste” (1998) ou do “casino do Parque Mayer” (2002). No segundo mandato de Sampaio, o Presidente da República exerceu o veto sem preocupações de popularidade, por exemplo no caso de recusa de passagem da vila de Canas de Senhorim a concelho, o que valeu ao Presidente da República ser considerado “persona non grata” em Canas.

Jorge Sampaio dissolveu o Parlamento, porque se “fartou do Santana como primeiro-ministro”³⁸. No segundo volume da sua biografia, Sampaio declarou: “Note-se que, um mês antes, o comentador de televisão Marcelo Rebelo de Sousa havia saído da TVI, ao que parece pelas suas posições fortemente críticas ao Governo. Na origem do afastamento de MRS da TVI terá estado a pressão do ministro Rui Gomes da Silva, Ministro dos Assuntos Parlamentares”.

O Primeiro-Ministro Santana Lopes teve outra versão dos factos: “[Jorge Sampaio] “Expôs-me, mais uma vez, a ideia de que o ministro Rui Gomes da Silva estava desgastado [tinha feito as declarações que levaram à saída de Marcelo da TVI] e era preciso dar alguma satisfação à contestação que havia, era importante fazer equilíbrio. Eu teria de dar um sinal nesse sentido. Na prática, quase sugeriu a substituição do ministro, sem o dizer diretamente” ("Percepções e Realidades", 2006).

E Santana continua:

“Sampaio disse que não estava em causa a continuação do Governo. E que também não devia haver uma grande remodelação, porque isso ia aumentar a instabilidade. (...) Quarta-feira venha cá outra vez. Está fora de questão dissolver agora, o que não impede uma avaliação daqui a uns meses.” Santana recorda: “O Presidente disse três vezes”: “Não está em causa o Governo”. Mas o Presidente da República

38 José Pedro Castanheira: “Fartei-me do Santana como primeiro-ministro, estava a deixar o país à deriva - mas não foi uma decisão ad hominem. Ninguém gosta de dissolver um Parlamento e eu tomei essa decisão em pouco mais de 48 horas.

Jorge Sampaio mudou de opinião em 48 horas³⁹.

Mais tarde, Sampaio acabou por reconhecer que substituiu Santana por ser preciso uma outra maioria (e por acreditar que Santana perderia as eleições)⁴⁰.

Em dez anos (2006-2016), Cavaco exerceu o veto político 25 vezes, com a curiosidade de o primeiro (Lei da Paridade)⁴¹ e o último (alterações à lei da interrupção voluntária da gravidez e adoção por casais do mesmo sexo) incidirem sobre questões de género (devolução ao parlamento). Vinte e um dos vetos políticos incidiram sobre atos da Assembleia da República e quatro sobre atos do Governo (3 do Governo Sócrates e 1 do Governo de Passos Coelho). O segundo veto incidiu sobre o Estatuto dos Jornalistas⁴². O terceiro veto incidiu sobre o “regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas”⁴³. O quarto veto (2007) incidiu sobre a lei orgânica da GNR (e sua ligação às forças armadas) e o quinto veto (2008) incidiu sobre o regime jurídico do divórcio. Cavaco acabou por promulgar, depois da lei confirmada pela Assembleia da República, mas fez uma declaração chamando a atenção para a “profunda injustiça” que este regime jurídico iria causar, sobretudo nos mais vulneráveis. O sexto veto foi sobre o Estatuto dos Açores e o sétimo sobre a lei eleitoral. O oitavo veto incidiu sobre a Lei do pluralismo e da não concentração dos meios de comunicação social. Destacam-se ainda vetos sobre a Lei do Segredo de Estado, sobre a lei das uniões de facto, sobre o valor das taxas moderadoras para o acesso ao internamento e ao ato cirúrgico em ambulatório, sobre o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil, sobre o apoio do Estado às escolas particulares e cooperativas, sobre a adoção por casais do mesmo sexo e as alterações à lei da interrupção voluntária da gravidez.

Marcelo Rebelo de Sousa, que está a terminar o seu primeiro mandato, exerceu, até ao presente, 22 vetos políticos.

39 Em <https://observador.pt/especiais/sampaio-vs-santana-fomos-comparar-as-duas-versoes> lê-se: “A seguir à reunião com Pedro Santana Lopes, o Presidente reúne a sua equipa. ... Os assessores vão falando à vez. ... Fernando Marques da Costa, assessor político, diz que não há espaço para mais “episódios burlescos”, Para Nuno dos Santos, Pedro Santana Lopes é “errático, irresponsável e imoral”, com zero de sentido de Estado. Para José dos Santos, Governo “desmoronou-se”. Para Elisabete Caramelo, “o descrédito do Governo está a cair em cima do Presidente”. Para Manuel Silva, “é agora evidente o que não era em julho. O primeiro-ministro não presta.” Santana Lopes questionaria mais tarde a decisão de Sampaio que a fundamentou em “episódios”, mas não os enumerar. Questionou: “afinal, que ‘episódios’ eram esses? E acrescenta: “Quando um chefe de Estado faz o discurso de dissolução justificando-o com episódios... Que episódios? Ao tomar uma atitude drástica, o Presidente da República deve apresentar uma causa da maior gravidade — e isso nunca conseguiu fazer” (Santana, in: memórias).

40 Jorge Sampaio explica-se: “Decidi rapidamente: isto não ia a parte nenhuma, era preciso uma nova legitimidade democrática. Ao contrário do que acontecera em julho, achei que devia ser dada uma nova oportunidade à maioria, reconheci que era preciso uma rutura. A maioria estava a desfazer-se e era altamente discutível que tivesse legitimidade política. Tanto mais que o primeiro-ministro não tinha sido eleito. Tomei a decisão praticamente de um dia para o outro, mas já a vinha a congeminar há uns tempos. Sei que foi uma surpresa para muita gente, a começar pelo próprio Santana, mas não podia dizer a ninguém” (declarações de Sampaio ao seu biógrafo).

41 Cavaco teve “dúvidas” quanto ao “caráter excessivo” das sanções contra as listas que não cumprissem as quotas de pelo 1/3 de mulheres nas listas de candidatos a deputados. Os partidos que não respeitassem as quotas eram punidos com menos subsídios do Estado.

42 Cavaco solicitou à Assembleia da República a reapreciação de três questões: requisitos para exercer a profissão de jornalista, sigilo profissional e sanções disciplinares.

43 Para Cavaco, o diploma podia “ter consequências financeiras cuja razoabilidade, em termos de esforço fiscal dos contribuintes, é questionável”. O diploma foi pouco alterado e Cavaco promulgou, mas escreveu uma mensagem na qual apresentava as dúvidas que que continuava a ter.

O primeiro veto político de Marcelo teve lugar em junho de 2016 no qual ele devolveu à Assembleia da República⁴⁴ o diploma sobre gestão de substituição para que a lei fosse “melhorada” e incluisse as “condições importantes” defendidas pelo Conselho de Ética. Segundo o PR, faltava na lei “afirmar de forma mais clara o interesse superior da criança ou a necessidade de informação cabal a todos os interessados ou permitir, a quem vai ter a responsabilidade de funcionar como maternidade de substituição, que possa repensar até ao momento do parto quanto ao seu consentimento”. Em 26 de julho de 2017, e após a introdução de alterações ao diploma inicial, o Presidente da República promulgou a nova lei sobre a gestão de substituição.

O segundo veto político de Marcelo incidiu sobre um decreto que alterava os estatutos da Sociedade de Transportes Públicos do Porto (STCP) e do Metro do Porto, por “vedar, taxativamente, qualquer participação de entidades privadas”.

O terceiro veto político do Presidente Marcelo incidiu sobre um diploma que obrigava os bancos a informar a Autoridade Tributária sobre as contas bancárias de residentes em território nacional com saldo superior a 50 mil euros. Marcelo Rebelo de Sousa justificou o veto ao decreto do Governo invocando a “inoportunidade política” evidente, num momento de “sensível consolidação” do sistema bancário.

O quarto veto político do Presidente Marcelo teve lugar, em 14 de março de 2018, e incidiu sobre o novo Estatuto dos Militares da Guarda Nacional Republicana (GNR), considerando que a possibilidade de promoção ao posto de brigadeiro-general podia “criar problemas graves” à GNR e às Forças Armadas.

O quinto veto político teve lugar em 9 de agosto de 2018. O presidente devolveu à Assembleia da República o diploma que introduzia alterações ao decreto sobre a transferência da Carris para a Câmara de Lisboa, considerando abusivo que se proíba qualquer concessão futura da empresa.

O sétimo veto político do Presidente Marcelo incidiu sobre uma lei aprovada em 16 de março de 2018, no parlamento. Marcelo alegou, na mensagem colocada no “site” da Presidência da República, que a lei deturpa o “largo consenso” criado por uma lei de 2009, que admitia um período de transição de cinco anos para que esses técnicos [arquitetos] assinassem projetos, tornando o “regime transitório” em definitivo, “sem que se conheça facto novo que o justifique”.

Por fim, em 10.8.2020, Marcelo Rebelo de Sousa vetou a “solução” de haver apenas dois debates na Assembleia da República com o Governo, por não se afigurar feliz, na medida em que desvaloriza o papel da Assembleia da República. Passo a citar: “Não se afigura feliz na perceção pública porque dois debates não são seis ou mais, porque comissão parlamentar não é plenário, porque a prática tem revelado que a velocidade dos acontecimentos ultrapassa sempre – e não apenas em circunstâncias excecionais – a visão simplificadora de que um debate semestral é suficiente para abarcar uma presidência, e porque a leitura mais óbvia do ora proposto é a da desvalorização dos temas europeus e do papel da Assembleia da República perante eles” (in: Expresso, 10.8.2020).

⁴⁴ Nos termos da Constituição, no caso de vetos a diplomas da AR, se esta decidir não alterar um diploma que tenha sido devolvido e confirmar o voto por maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções (116 parlamentares), o Presidente da República deve promulgá-lo no prazo de oito dias a contar da sua receção.

Concluo a presente reflexão assinalando que os poderes dos órgãos de soberania se encontram em Portugal em situação de forte interdependência, sendo os poderes do Presidente da República amplos e efetivos (especialmente o de “bomba atómica”, isto é, o de dissolução da Assembleia da República), o que o coloca numa posição central de moderador ou árbitro do sistema político, com a possibilidade de ser mais ou menos interativo, consoante a avaliação que faça dos acontecimentos e consoante as suas ambições de popularidade tendo em vista, nomeadamente, uma possível reeleição.

Bibliografia

DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11.^a ed. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, col. *Thémis : manuels juridiques, économiques et politiques*, 1970, (1re éd. 1955), 1 vol.

FRANCO, Vasco Seixas Duarte: *Semipresidencialismo em Portugal: poderes presidenciais e interação com o Governo (1982-2016)*, 2017 (in: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/43931/2/TESE%20%28I%20Volume%29.pdf>).

NOVAIS, Jorge Reis. *O Sistema Semipresidencial Português*, 2.^a ed., Almedina: Coimbra, 2018.

PINTO, António Costa; RAPAÇ, Paulo José Canelas (Org.), *Presidentes e (Semi)presidencialismo nas democracias contemporâneas*, Imprensa das Ciências Sociais: Lisboa, 2018.

Recebido: 10.05.2020
Aprovado: 12.06.2020

Universidade do Minho
Universidade de Lisboa
Portugal

Volume 1, Número 2,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

Big data e o regulamento geral de proteção de dados da União Europeia

Big Data and the General Data Protection Regulation of the European Union

Ana Sofia Carvalho¹

Isabel Restier Poças²

Sumário: 1. Introdução. 2. Big Data e o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

Resumo: Os dados são o petróleo do século XXI. Big Data refere-se não apenas aos dados em si, mas também à sua análise e utilização. Neste processo de avaliação, tentam-se encontrar padrões e conexões para contextualizá-los corretamente. O desafio não é apenas o enorme volume de dados, mas também a sua velocidade e a sua variedade. Uma das grandes preocupações da Internet é proteger a segurança, a privacidade e a transparência. Para isso, é necessário um enquadramento legal para regular responsabilidades e penalizar os infratores. Na União Europeia, esse enquadramento legal em matéria de dados existe e é o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) - Regulamento (UE) n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril - aplicável a partir de 25 de maio de 2018. O mesmo visa defender os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção dos dados pessoais, e assegurar a livre circulação desses dados na União, tendo como objetivo contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça e de uma união económica, para o progresso económico e social, a consolidação e a convergência das economias a nível do mercado interno e para o bem-estar das pessoas singulares. O mais importante neste momento, dadas as imensas possibilidades oferecidas pelo Big Data, sua análise e utilização, é fazer cumprir o RGPD, para que os direitos dos indivíduos em matéria de dados pessoais sejam assegurados.

Palavras-chave: Big Data; União Europeia; RGPD

Abstract: Data is the oil of the 21st century. Big Data refers not only to the data itself, but also to its analysis and use. In this evaluation process, we try to find patterns and connections to correctly contextualize them. The challenge is not only the huge volume of data, but also its speed and variety. One of the major concerns of the Internet is to protect security, privacy and transparency. For this, a legal framework is needed to regulate responsibilities and penalize offenders. In the European Union, this legal data framework exists and is the General Data Protection Regulation (GDPR) - Regulation (EU) No. 2016/679 of the European Parliament and of the Council, of 27 April - applicable from of May 25, 2018. It aims to defend the fundamental rights and freedoms of natural persons, namely their right to the protection of personal data, and to ensure the free movement of such data within the Union, with the objective of contributing to the creation of a space of freedom, security and justice and an economic union, for economic and social progress, the consolidation and convergence of economies within the internal market and for the well-being of natural persons. The most important thing at the moment, given the immense possibilities offered by Big Data, its analysis and use, is to enforce the GDPR, so that the rights of individuals in matters of personal data are guaranteed.

Key-words: Big data; European Union; GDPR

1 Mestre em Direito Tributário e Fiscal pela Universidade do Minho; Juíza de Direito, Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto; anascarvalho@gmail.com.

2 Licenciada em Direito pela Universidade Católica Portuguesa, Porto; Pós-Graduada em Direito do Património Cultural pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Advogada; isabelrestierpocas@gmail.com.

1. Introdução

Uma das grandes preocupações da Internet é proteger a segurança, a privacidade e a transparência. Para isso, é necessária uma estrutura legal para regular responsabilidades e penalizar os infratores.³

Antes da implementação do novo Regulamento Geral de Proteção de Dados - Regulamento (UE) n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril - RGPD, foi aplicada a Diretiva 95/46/CE de 1995, aprovada quando a Internet ainda estava a dar os seus primeiros passos. As mudanças tecnológicas das últimas décadas levaram à sua revisão, pois hoje a proteção de dados a nível europeu lida com novos conceitos como Big Data, Indústria 4.0, robótica ou inteligência artificial, que originaram a necessidade de incluir novos conceitos no RGPD, documento em que o Parlamento Europeu e o Conselho trabalharam durante cinco anos.⁴

Big Data designa um volume de dados tão complexo que não pode ser processado com nenhum tipo de software e hardware tradicional, sendo o mesmo consequência da digitalização geral em todas as áreas da vida diária, proveniente de fontes como a conexão com a Internet a partir do telemóvel, as redes sociais, a geolocalização, a computação em nuvem, a medição de dados vitais e o consumo de meios audiovisuais⁵. Por outro lado, “Big data refere-se não apenas aos dados em si, mas também à sua análise e utilização. Neste processo de avaliação, tentam-se encontrar padrões e conexões para contextualizá-los corretamente. O desafio não é apenas o enorme volume de dados, mas também a sua velocidade e a sua variedade (...), uma vez que eles acodem constantemente para um arquivo desestruturado e devem ser, idealmente, gravados, armazenados e processados em tempo real. Para lê-los corretamente e poder conectá-los é necessária uma sofisticada infraestrutura de dados.”⁶

Os especialistas em Big Data consideram que essa tecnologia é caracterizada por cinco Vs:⁷

- Volume: o volume de dados manipulados é de muitos Terabytes, usados por empresas muito grandes, por exemplo, de comércio eletrónico ou por entidades financeiras que geram enormes quantidades de dados;

- Velocidade: os dados usados no Big Data são trabalhados a uma velocidade mais rápida que os trabalhados nos bancos de dados tradicionais, sendo que o Big Data lida mesmo com dados gerados em tempo real ou mesmo a uma velocidade

3 RODRÍGUEZ MERINO, José Maria - Bioética y Derechos Emergentes. 2.ª edição. Madrid: Dykinson, S.L., 2016, p. 183-184.

4 IONOS – EL RGPD: normativa europea de protección de datos [Em linha]. S.l: S.n, 2020. [Consult. 1 junho 2020]. Disponível na Internet: <URL:https://www.ionos.es/digitalguide/paginas-web/derecho-digital/el-rgpd-normativa-europea-de-proteccion-de-datos/>.

5 IONOS – Big data: nuestra huella en forma de datos [Em linha]. S.l: S.n, 2019. [Consult. 30 dezembro 2019]. Disponível na Internet: <URL:https://www.ionos.es/digitalguide/online-marketing/analisis-web/big-data-nuestra-huella-en-forma-de-datos/>.

6 IONOS – Big data: nuestra huella en forma de datos [Em linha]. S.l: S.n, 2019. [Consult. 30 dezembro 2019]. Disponível na Internet: <URL:https://www.ionos.es/digitalguide/online-marketing/analisis-web/big-data-nuestra-huella-en-forma-de-datos/>.

7 Seguimos aqui de perto SERRANO ACITORES, Antonio e GARCÍA MARTÍN, Lucía - Big Data y Protección de Datos [Em linha]. S.l: S.n, 2019. [Consult. 30 dezembro 2019]. Disponível na Internet: <URL:https://www.antonioserranoacitores.com/big-data-proteccion-datos/>.

superior a um dado por segundo, como, por exemplo, as transações realizadas na Bolsa de Nova Iorque num dia, em que as operações são realizadas em menos de um nanossegundo. Além disso, a Internet tornou-se o maior mecanismo de geração de conteúdo e, portanto, um grande gerador de dados de alta velocidade;

- Variedade: o Big Data não funciona apenas com textos e números, como os bancos de dados tradicionais, mas com dados mais variados: fotografias, vídeos, áudio, séries de dados temporais e muitos outros tipos dados, uma vez que muitos desses dados não estão estruturados;

- Veracidade: trata-se da integridade dos dados: as informações serão mais verazes, sempre e quando o programa que regista os dados não esteja comprometido. Poderíamos afirmar que, quanto mais informações, mais fácil será que as mesmas possam ser verificadas como informações verazes, mas, devido ao elevado volume de informação que existe hoje em dia, é sempre conveniente fazer verificações adicionais de modo a não ser manipulado com notícias falsas que podem contaminar as bases de dados;

- Valor: o valor do Big Data está vinculado à vantagem que podemos obter dos dados, para além do valor que os dados possuem. Na realidade, o verdadeiro valor do Big Data reside na conversão de dados em informações práticas por meio de análises, dando, por exemplo, a possibilidade de as empresas conhecerem melhor os seus clientes, otimizarem processos, oferecerem publicidade associada aos seus gostos, melhorar a sua competitividade.

De fato, e de acordo com Manuel David Masseno, “as analíticas subjacentes à Big Data viabilizam a deteção de microtendências, indo além dos métodos assentes em amostragens de base estatística, incluindo a data mining, por terem como objeto todos os dados, de todas as origens e naturezas, e não apenas amostragens pré-selecionadas, o que multiplica exponencialmente as correlações que passam a ser passíveis de serem inferidas.

No que se refere às relações de consumo, estas ferramentas têm sido sobretudo utilizadas em matéria de Marketing Direto e de OBA – Publicidade Comportamental Em-Linha, embora sejam igualmente de referir as Análises de Rede e as Informações de Crédito.

Concretizando: nas operações com consumidores, além de facultar um muito melhor apoio à decisão nas empresas, com um enorme acréscimo de eficiência organizacional, a Big Data releva essencialmente na estruturação da oferta. Com efeito, a mesma tornou concretizável uma segmentação capilar, focalizada nas aspirações de cada cliente, e já não em conjuntos de pessoas arrumadas por tipos, o que deixara de ser compatível ou necessário atendendo à massificação dos comportamentos e dos gostos que caracterizou a Sociedade Industrial. Essas abordagens passaram a ser viáveis em termos generalizados, mas, com custos muito reduzidos, ao deixar de ser necessário dispor de mão de obra especializada e disponível para cada cliente, o que apenas continuava a verificar-se nos Mercados de bens de luxo ou outros de elevado valor unitário. Logo, as empresas têm hoje a possibilidade de alcançar:

- uma personalização fundada nos padrões de comportamento do cliente nas suas relações com o fornecedor, ou na sua ausência;

- uma personalização baseada nas suas relações com terceiros nas redes sociais, indo além dos comportamentos individuais;
- uma personalização relativamente a bens ou serviços adicionais ou alternativos, que possam complementar as experiências de consumo;
- uma personalização decorrente da sua localização, mesmo em tempo real e em movimento, atendendo à circunstância de sermos quase todos utilizadores de smartphones;
- e, ainda, uma personalização da negociação, conduzida por Agentes Inteligentes, nomeadamente Chatbots, à partida omniscientes e amorais, programados para obterem resultados através do diálogo com cada cliente.”⁸.

Destas características resulta claro que os dados são o petróleo do século XXI, sendo que “o Big Data seria o equivalente à extração da matéria-prima enquanto a analítica (ou seja, a aplicação de algoritmos sobre os dados) suporia a ação de refinar esses dados para dar-lhes um valor acrescentado ao mercado, muitas vezes constituindo, além disso, o passo prévio para a criação de uma inteligência artificial”^{9 10}.

Assim, é necessário um quadro jurídico europeu para proteger as pessoas contra as novas possibilidades tecnológicas, o que foi alcançado com o novo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) aplicável a partir de 25 de maio de 2018, data em que a Diretiva 95/46/CE foi revogada (ver artigos 94.º e 99.º do RGPD). Vamos analisar os seus objetivos e princípios.

2. Big Data e o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia

O RGPD visa “defender os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção dos dados pessoais, e assegurar a livre circulação desses dados na União”, tendo como objetivo “contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça e de uma união económica, para o progresso económico e social, a consolidação e a convergência das economias a nível do mercado interno e para o bem-estar das pessoas singulares” – cf. considerando 2 e 166 do Preâmbulo do RGPD.

O RGPD não inclui uma nova reorganização da política de proteção de dados, mas mantém a validade dos princípios de proteção de dados já conhecidos, sendo os mais importantes os seguintes¹¹:

8 MASSENO, Manuel David - Como a União Europeia procura proteger os cidadãos consumidores em tempos de Big Data. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Marinha [Em linha]. Vol. 14, n. 3 (2019). [Consult. 14 janeiro 2020]. Disponível na Internet: <URL: https://www.researchgate.net/publication/338461520_COMO_A_UNIAO_EUROPEIA_PROCURA_PROTEGER_OS_CIDADADOS-CONSUMIDORES_EM_TEMPOS_DE_BIG_DATA>. ISSN 1981-3694.

9 SERRANO ACITORES, Antonio e GARCÍA MARTÍN, Lucía - Big Data y Protección de Datos [Em linha]. S.I: S.n, 2019. [Consult. 30 dezembro 2019]. Disponível na Internet: <URL:<https://www.antonioserranoacitores.com/big-data-proteccion-datos/>>.

10 Para desenvolvimentos na matéria do uso da inteligência artificial na administração da justiça consultar: BUENO DE MATA, Federico - Macrodatos, Inteligencia Artificial y Proceso: Luces y Sombras. In: Revista General de Derecho Procesal [Em linha]. N.º 51 (2020). [Consult. 1 junho 2020]. Disponível na internet: <URL: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422528>. ISSN 1696-9642.

11 Seguimos de perto aqui IONOS – EL RGPD: normativa europea de protección de datos [Em linha]. S.I: S.n, 2020. [Consult. 1 junho 2020]. Disponível na Internet: <URL:<https://www.ionos.es/digitalguide/paginas-web/derecho-digital/el-rgpd-normativa-europea-de-proteccion-de-datos/>>.

- Proibição, salvo autorização: este princípio significa que a priori qualquer processamento de dados pessoais é proibido, a menos que seja permitido. Com o RGPD o princípio de proibição aplica-se indiscriminadamente a qualquer tipo de dados pessoais (cf. artigo 1.º, n.º 1 e 3.º do RGPD);

- Limitação de finalidade: as empresas só podem recolher e editar dados com objetivos específicos. Para isso, ao começar a recolhê-los os objetivos devem ser formulados e o uso futuro dos dados documentado, sendo que modificações posteriores dos objetivos somente são permitidas em determinadas circunstâncias;

- Minimização de dados: o princípio da minimização de dados exige que as empresas recolham o mínimo de dados possível e na medida em que seja necessário; não se pode recolher mais do que o necessário para atingir o objetivo previsto com a recolha de dados. Este princípio proíbe a recolha excessiva de dados;

- Transparência: o tratamento dos dados deve ser compreensível para os interessados, o que implica avisos claros de privacidade e maiores direitos para os utilizadores. Como até agora, as empresas devem comunicar, mediante solicitação, quais são os dados existentes e como serão utilizados;

- Confidencialidade: as empresas têm a obrigação de proteger os dados pessoais dos seus clientes de maneira técnica e organizacional, seja de tratamento ou modificação não autorizada, roubo ou destruição de tais dados. A obrigação explícita de aplicar medidas técnicas de proteção de dados é uma novidade.

Portanto, o uso das técnicas de Big Data é altamente condicionado, pois os dados pessoais devem ser:

«a) Objeto de um tratamento lícito, leal e transparente em relação ao titular dos dados (“licitude, lealdade e transparência”);

b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades; o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, não é considerado incompatível com as finalidades iniciais, em conformidade com o artigo 89.º, n.º 1 (“limitação das finalidades”);

c) Adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados (“minimização dos dados”);

d) Exatos e atualizados sempre que necessário; devem ser adotadas todas as medidas adequadas para que os dados inexatos, tendo em conta as finalidades para que são tratados, sejam apagados ou retificados sem demora (“exatidão”);

e) Conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados; os dados pessoais podem ser conservados durante períodos mais longos, desde que sejam tratados exclusivamente para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, em conformidade com o artigo 89.º, n.º 1, sujeitos à aplicação das medidas técnicas e organizativas adequadas exigidas pelo presente regulamento, a fim de salvaguardar os direitos e liberdades do titular dos dados (“limitação da conservação”);

f) Tratados de uma forma que garanta a sua segurança, incluindo a proteção

contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação accidental, adotando as medidas técnicas ou organizativas adequadas (“integridade e confidencialidade”)¹².

Além disso, é garantido o direito à portabilidade dos dados pessoais (artigo 20.º do RGPD), o direito de oposição ao tratamento de dados pessoais (artigo 21.º do RGPD), o direito ao apagamento dos dados ou “direito a ser esquecido” (artigo 17.º do RGPD) e o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar (artigo 22.º do RGPD). De acordo com o artigo 4.º, ponto 4 do RGPD, por «Definição de perfis» entende-se “qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações”.

Será possível ser objeto de uma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado se a mesma:

- a) For necessária para a celebração ou a execução de um contrato entre o titular dos dados e um responsável pelo tratamento;
- b) For autorizada pelo direito da União ou do Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito, e na qual estejam igualmente previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados; ou
- c) For baseada no consentimento explícito do titular dos dados.” – cf. artigo 22.º, n.º 2 do RGPD.

Nos termos do artigo 22.º, n.º 3 do RGPD, nos casos a que se referem o n.º 2, alíneas a) e c), o responsável pelo tratamento aplica medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, designadamente o direito de, pelo menos, obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão. Além disso, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, as decisões a que se refere o n.º 2 não se baseiam nas categorias especiais de dados pessoais a que se refere o artigo 9.º, n.º 1, a não ser que o n.º 2, alínea a) ou g), do mesmo artigo sejam aplicáveis e sejam aplicadas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular.

Para garantir a eficácia de tais direitos, o RGPD prevê a possibilidade de responsabilidade civil para os responsáveis pelo tratamento de dados, incluindo subcontratantes – cf. artigo 82.º do RGPD. Recorde-se aqui que, nos termos do n.º 2 do artigo 5.º do RGPD, o responsável pelo tratamento de dados é responsável pelo cumprimento do disposto no n.º 1 do artigo 5.º do RGPD.

Além disso, existe a possibilidade de sanção administrativa, com coimas de valor elevado e, portanto, dissuasórias – cf. artigo 83.º do RGPD.

¹² Artigo 5.º, n.º 1 do RGPD.

3. Considerações finais

Os dados são o petróleo do século XXI. Big Data refere-se não apenas aos dados em si, mas também à sua análise e utilização. Neste processo de avaliação, tentam-se encontrar padrões e conexões para contextualizá-los corretamente. O desafio não é apenas o enorme volume de dados, mas também a sua velocidade e a sua variedade

Uma das grandes preocupações da Internet é proteger a segurança, a privacidade e a transparência. Para isso, é necessário um enquadramento legal para regular responsabilidades e penalizar os infratores. Na União Europeia, esse enquadramento legal em matéria de dados existe e é o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) - Regulamento (UE) n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril - aplicável a partir de 25 de maio de 2018.

O mais importante neste momento, dadas as imensas possibilidades oferecidas pelo big data, sua análise e utilização, é fazer cumprir o RGPD, para que os direitos dos indivíduos em matéria de dados pessoais sejam assegurados.

4.Referências Bibliográficas

- BUENO DE MATA, Federico - Macrodatos, Inteligencia Artificial y Proceso: Luces y Sombras. In: Revista General de Derecho Procesal [Em linha]. N.º 51 (2020). [Consult. 1 junho 2020]. Disponível na internet: <URL: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422528>. ISSN 1696-9642.

- FAGUNDES, Basto Fagundes; MACEDO Douglas Dyllon Jeronimo de e FREUND, Gislaïne Parra - A produção científica sobre qualidade de dados em Big Data: um estudo na base de dados Web of Science. In: RDBCI: Revista Digital de Biblioteconomia e Ciência da Informação [Em linha]. Vol. 16, n. 1 (2018). [Consult. 1 junho 2020]. Disponível na internet: <URL: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rdbci/article/view/8650412>>

- IONOS – Big data: nuestra huella en forma de datos [Em linha]. S.l: S.n, 2019. [Consult. 30 dezembro 2019]. Disponível na Internet: <URL:<https://www.ionos.es/digitalguide/online-marketing/analisis-web/big-data-nuestra-huella-en-forma-de-datos/>>.

- IONOS – EL RGPD: normativa europea de protección de datos [Em linha]. S.l: S.n, 2020. [Consult. 1 junho 2020]. Disponível na Internet: <URL:<https://www.ionos.es/digitalguide/paginas-web/derecho-digital/el-rgpd-normativa-europea-de-proteccion-de-datos/>>.

- MASSENO, Manuel David - Como a União Europeia procura proteger os cidadãos consumidores em tempos de Big Data. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Marinha [Em linha]. Vol. 14, n. 3 (2019). [Consult. 14 janeiro 2020]. Disponível na Internet: <URL: https://www.researchgate.net/publication/338461520_COMO_A_UNIAO_EUROPEIA_PROCURA_PROTEGER_OS_CIDA-DAOS-CONSUMIDORES_EM_TEMPOS_DE_BIG_DATA>. ISSN 1981-3694.

- MOURA, Aristoteles Malartine Teles e AMORIM Dinani Gomes – Big Data: O impacto e sua funcionalidade na sociedade tecnológica. In: Revista Opara: Ciências Contemporâneas Aplicadas [Em linha]. Vol. 10, n. 1 (2020). [Consult. 1 junho 2020]. Disponível

na internet: <URL:<http://revistaopara.facape.br/article/view/121>>

- RODRÍGUEZ MERINO, José Maria - Bioética y Derechos Emergentes. 2.^a edição. Madrid: Dykinson, S.L., 2016. ISBN 978-84-9085-988-9.

- SCHWAB, Klaus, - The Fourth Industrial Revolution [Em linha]. Cologny/Geneva: World Economic Forum, 2016. [Consult. 1 junho 2020]. Disponível na internet: <URL: <https://luminariaz.files.wordpress.com/2017/11/the-fourth-industrial-revolution-2016-21.pdf>>.

- SERRANO ACITORES, Antonio e GARCÍA MARTÍN, Lucía - Big Data y Protección de Datos [Em linha]. S.l: S.n, 2019. [Consult. 30 dezembro 2019]. Disponível na Internet: <URL:<https://www.antonioserranoacitores.com/big-data-proteccion-datos/>>.

- SZINVELSKI, Martín Marks; ARCENO, Taynara Silva e FRANCISCO, Lucas Barattieri - Perspectivas jurídicas da relação entre Big Data e proteção de dados. In: Perspectivas em Ciências da Informação [Em linha]. Vol.24, n. 4 (2019) [Consultado 1 junho 2020]. disponível na Internet: <URL: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-99362019000400132&script=sci_arttext>

Responsible AI licenses- a real alternative to generally applicable laws?¹

Kamil Szpyt²

Abstract: The aim of the conducted research is to present general characteristics of Responsible AI Licences, analyze their advantages and disadvantages as well as assess whether they can find wider application in practice and, above all else, to find the answer to the question posed in the title, that is if Responsible AI Licences can truly be considered a genuine alternative to generally applicable laws as a means of regulating the legal status of Artificial Intelligence. In the article the scientific content of studies on artificial intelligence and licensing of artificial intelligence has been analysed with a special emphasis on a legal point of view. Responsible AI Licences templates present on the Internet were also analysed and discussed. In view of the reflections made in the article, we must embrace the view that allows for a broader application of Responsible AI Licences in practice. Suitably drafted templates and clauses may very well be able to supplement generally applicable laws, as well as serve as a kind of “prosthesis” until relevant provisions are enacted. At the same time, however, Responsible AI Licences cannot be regarded as a real alternative to generally applicable laws and provide a comprehensive regulatory framework for the creation and use of AI.

Key words: Responsible AI License; artificial intelligence;

Recebido: 17.06.2020

Aprovado: 28.08.2020

Andrzej Frycz Modrzewski
Krakow University
Polónia

Volume 1, Número 2,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

¹ The research was financed from the funds earmarked for the statutory activities of the Faculty No. WPAiSM/DS/17/2019.

² PhD, Assistant Professor, Private Law Institute, Faculty of Law, Administration and International Relations, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, kszpyt@afm.edu.pl.

Introduction

“Responsible Artificial Intelligence,” “Trustworthy Artificial Intelligence” and “Human-Centric Artificial Intelligence” - these concepts have become commonplace in public space for a close to a year now³. The reasons for this state of affairs can be sought both in the ongoing development of artificial intelligence (AI)⁴, and in increasing public awareness of the use of such solutions in everyday devices (e.g. in mobile phones). However, what terrifies the average user much more than a robot rebellion organised by Skynet⁵ is the prospect of a teenage neighbour from his local estate utilising widely available deep fake technology and a set of photos of the user to create entirely convincing fake porn featuring the said user, which is then uploaded onto the Internet or sent to friends and acquaintances⁶.

This potential danger has attracted the attention of both EU lawmakers and several national legislatures. For almost three years now an increasing number of reports and statements have appeared addressing this issue⁷. However, what is needed in such an important area as AI are carefully drafted legislative measures preceded by an extensive and exhaustive debate on the problem. However, this in turn may give rise to fears that, as a consequence, the introduction of real, all-embracing “hard” regulations (EU regulations, directives) will be a long time coming.

The above situation has borne fruit in the search for alternative solutions designed to provide a platform for regulating (at least to some extent) the legal status of artificial intelligence (temporarily or permanently). The first such approach is based on the notion of “codes of ethics”/“good practices,” an increasing number of which are being developed by various institutions (entrepreneurs, associations, etc.)⁸. The second solution, on the other hand, boils down to the practice of regulating the rules of

³ The use of these terms by the EU legislator and expert groups acting on its behalf has contributed significantly to this (see: the report of 8 April 2019 of High-Level Expert Group on Artificial Intelligence entitled “Ethics Guidelines for Trustworthy AI”; Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Building Trust in Human Centric Artificial Intelligence (COM(2019)168)).

⁴ There are numerous proposals in legal doctrine to define the term “artificial intelligence”. The EU legislator has also dealt with this issue. Unfortunately, a more detailed analysis of this issue would go far beyond the scope of the subject. However, it is worth noting a relatively new and at the same time comprehensive definition proposed by T. Zalewski, which will be considered valid on the grounds of this article: “artificial intelligence is a system that allows for tasks that require a learning process and new circumstances to be taken into account when solving a problem, and that can act autonomously and interact with its environment to varying degrees depending on the configuration” (T. Zalewski, *Definicja sztucznej inteligencji*, in: M. Świerczyński, L. Lai (eds.), *Prawo sztucznej inteligencji*, Warsaw: C. H. Beck, 2020, p. 13).

⁵ Skynet - a fictitious, self-aware military defense system, appearing in a series of films about the Terminator. Aiming at the complete annihilation of mankind, it has provoked a war between humans and machines (see, inter alia: *Terminator* (1984), directed by J. Cameron).

⁶ More about deep fake technology see: K. Szpyt; *Sztuczna inteligencja i nowe technologie (nie zawsze) w służbie ludzkości, czyli cywilnoprawna problematyka rozwoju i popularyzacji technologii deepfake*, in: K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (eds.), *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane*, Warsaw: C. H. Beck, 2019, pp. 75-94; D. Harris, *Deepfakes: False pornography is here and the law cannot protect you*, in: *Duke Law & Technology Review*, vol. 17, 2019.

⁷ See, inter alia: White Paper of 19 February 2020 on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust; the Commission report of 19 February 2020 on safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics; the Commission communication of 25 April 2018 on Artificial Intelligence for Europe (COM(2018)0237).

⁸ See, inter alia: the code of good practice proposed by Bosch (Bosch code of ethics for AI, available at: https://assets.bosch.com/media/en/global/stories/ai_codex/bosch-code-of-ethics-for-ai.pdf [Access: 25th May 2020]).

AI usage by means of special license agreements, i.e. so-called Responsible Artificial Intelligence Licenses (RAIL or Responsible AI Licenses).

It is precisely the latter agreements that will be the focus of the present article, in which I will outline their general characteristics, analyse their advantages and disadvantages and assess whether they can find wider application in practice. Above all else, I will endeavour to answer the question posed in the title, namely can RAIL truly be considered a genuine alternative to generally applicable laws as a means of regulating the legal status of AI?

1. Responsible AI Licenses – characteristics

Responsible AI Licenses are agreements between, on the one hand, entities possessing rights to AI and, on the other, persons wishing to use it⁹. Within this group, two distinct types of agreement can be distinguished:

a) a Responsible AI End-User License - this regulates the way in which ready-to-function AI is used as a whole, without the possibility of its being modified in any;

b) a Responsible AI Source Code License – this instrument regulates the way in which an AI source code is used, including any possible scope for its modification.

Licenses of this type are usually limited, personal (non-exclusive), revocable and non-transferrable. Only a very small number of examples of such agreements can be found on the Internet. The most famous of such licenses, and at the same time their precursors, were those created by a group of researchers¹⁰ and made available at www.licenses.ai¹¹.

As can be easily guessed, the Responsible AI End-User License is an agreement inspired by the classic End-User License Agreements widely applied in the video game and software industries. In turn, the Responsible AI Source Code License is modelled on open source software licenses¹². At the same time, in addition to fairly standard restrictions and obligations owed to the licensor (such as prohibiting any infringement of third-party intellectual property rights), both these agreements also contain clauses of a more general, “ethical” nature. The assumption is that they are not

⁹ Due to the limited framework of the article, I will not elaborate on the question of what kind of rights they might be. It can be also mentioned that most often licensors will have artificial intelligence copyrights. However, that doesn't have to be the rule. For example, the licensed AI may be a product of another AI's activity, which in practice in most European jurisdictions would raise the suspicion (warrant a position) that it could not be considered a legally protected work.

¹⁰ D. Contractor, D. McDuff, J. Haines, B. Hecht and C. Hines were mentioned as the authors of the draft contracts (RAIL) on the website; see the origin of these licences: K. Johnson, RAIL debuts license agreements for the responsible use of AI, available at: <https://venturebeat.com/2019/02/11/rail-debuts-license-agreements-for-the-responsible-use-of-ai/> [Access: 25th May 2020].

¹¹ See: Responsible AI End-User License (available at: <https://www.licenses.ai/enduser-license> [Access: 25th May 2020]) and Responsible AI Source Code License (available at: <https://www.licenses.ai/open-source-license> [Access: 25th May 2020])

¹² See more about open source software: G. Bassett, B. Fitzgerald (eds.), Legal Issues Relating to Free and Open Source Software, pp. 1-126, available at: http://eprints.qut.edu.au/13673/1/open_source_book.pdf [Access: 25th May 2020].

only supposed to protect the interests of the licensor¹³, but also the general public. They prohibit the use of AI for activities deemed morally questionable (at least in the opinion of the creator of the license/licensor). In practice, it is precisely these clauses that would allow these licenses to be treated as an instrument providing (more or less) comprehensive regulation of the legal status of AI. The catalogue of such clauses is not yet exhausted. For example, the above-mentioned templates, available for downloading on the website www.licenses.ai, prohibit the following:

a) the gathering and analysis of specific information on individuals (intended to protect the right to privacy and personal data)¹⁴;

b) the falsification or the creation of false audio or audio-visual recordings (primarily deep fakes), unless they have been tagged (with a watermark, signature, etc.) as being false¹⁵;

c) any diagnosis of a patient's health that has not been overseen by a human being as well as the use of AI in certain areas of insurance activity (e.g. to determine the amount of a premium and consider the claims of victims)¹⁶;

d) the use of AI in certain areas of the judicial system and penal policy (including for the purpose of predicting the likelihood of any individual committing an offence or reoffending)¹⁷.

It is up to the authors of the standard form agreement alone to decide on how broad the catalogue of these clauses¹⁸ will be and whether they will allow users to add their own contractual stipulations. Another issue is what, if any, legal consequences would result from a possible failure to abide by the aforementioned restriction prohibiting any modification of the agreement. However, this problem goes beyond the scope of the present article.

2. Responsible AI Licenses - pros and cons

To determine the suitability of Responsible AI Licenses as a potential legal regulator of the creation and use of AI, we should first look at their most important advantages and disadvantages. Only following an analysis of these, will it be possible to draw any more general conclusions.

The benefits include the following:

¹³“The licensor’s interests” should be broadly understood here. The idea is not only to secure potential material benefits, but also to prevent a third party from using the AI in a way that would be contrary to the licensor’s world/moral viewpoint and thus create emotional discomfort for the licensor.

¹⁴ See: Article 4 (A) Responsible AI End-User License; Article 3 paragraph 2 point 1 Responsible AI Source Code License.

¹⁵ See: Article 4 (B) Responsible AI End-User License; Article 3 paragraph 2 point 2 Responsible AI Source Code License.

¹⁶ See: Article 4 (C) Responsible AI End-User License; Article 3 paragraph 2 point 3 Responsible AI Source Code License.

¹⁷ See: Article 4 (D) Responsible AI End-User License; Article 3 paragraph 2 point 4 Responsible AI Source Code License.

¹⁸ For example, in the Responsible AI End-User License belonging to EDGEIMPULSE, INC. there is only one clause that can be considered an “ethical” clause: the prohibition of the use of AI for military purposes. The second prohibition - to use the AI to commit criminal acts - is closer to a classic contractual clause than an ethical clause (see: Article 1 (A) point 1 Responsible AI License, available at: <https://docs.edgeimpulse.com/page/responsible-ai-license> [Access: 25th May 2020]).

a) the possibility to create and modify licenses quickly – unlike generally applicable laws, standard form agreements are not subject to the dictates of often painstaking legislative procedure. As a result, they can be created and modified much more effectively, and adapted to changes in the surrounding environment, including those effected by technological advances. Moreover, the creation of such licenses is not the sole reserve of clearly defined legislative bodies, which as a consequence means that a much larger number of people may be involved in the process or several independent groups can create an unlimited number of templates;

b) flexibility - relatively general contractual clauses can be inserted in a license without causing major problems, thereby making them better suited to the goal of ensuring more ethical artificial intelligence. However, this will not always be possible in the case of “hard” law (regulations, directives). At the same time, since such licenses can be modified these clauses can also be made more specific and more in line with the needs of the license creator (including by providing greater clarity in general clauses taken from generally applicable law). In practice, in many cases this would make it possible to avoid diverging perspectives arising, for example, from the parties to the agreement having a different understanding of certain concepts, due in turn to their different cultural, social and legal backgrounds;

c) extraterritoriality - at the present time, there are growing discrepancies in the direction and pace of regulation in the field of artificial intelligence as reflected in the legislative solutions being adopted in the EU, the United States and certain Asian countries. Promoting certain generally recognised contractual standards would (at least to some extent) harmonise the rights and obligations of the contracting parties, thereby guaranteeing certainty in business relations;

d) accessibility of content - the contract templates discussed above will usually have a relatively short form of up to several pages in length. As a result, it would be much easier to familiarise oneself with the content of such licenses (especially for non-lawyers) than analyse several voluminous EU legislative instruments. As a result, such an approach may increase awareness of their content, and, later, also of their application in practice.

In turn, the disadvantages of RAIL include:

a) excessive inclusiveness – despite ensuring the advantages of speed the fact that all entities are entitled, with no restrictions whatsoever, to create RAIL licenses carries the risk of a large number of poorly constructed and ambiguously phrased patents appearing on the market;

b) there is no obligation to use them - contrary to generally applicable laws, in the case of license agreements, no one is required to use them in real life. As a consequence, in practice they may be excluded from circulation due to the reluctance of potential licensors to rely on them;

c) difficulties with enforcing contractual compliance - this should be understood as a two-fold problem: firstly, complications may arise from licensors asserting their rights before common courts, which are often unfamiliar with AI; secondly, licensors may be reluctant to act against licensees, especially those who - despite breaking “ethical” clauses - pay the license fee on time;

d) the fragmentary character of the regulations and their limited scope - agreements are a typical feature of private law. They cannot, however, provide a comprehensive regulatory framework for issues related to public law, including criminal law (e.g. criminal liability for offences committed when using or creating AI). The second point to keep in mind is the fact that agreements only regulate relations between the parties to the agreement, without creating effective erga omnes rights. This fact will prevent many issues from being regulated, e.g. the possible establishment of intellectual property rights in the case of AI creative works, an issue that is currently giving rise to many complications.

3. Conclusions and proposals for further legal action

An analysis of the reflections made in the previous section suggests that RAIL, although not without its flaws, is a potentially effective solution, albeit one that requires further steering and development. Undoubtedly, there should be calls for “responsible” templates for both types of license. Moreover, the insertion of “ethical” clauses is not a novelty in open source licenses - similar experiments have already taken place in the past¹⁹. However, a more innovative approach would involve “grafting” them onto an End-User License. Such an approach is justified by the specific functioning of AI. This is because the final outcome of the work of AI is not always predictable. After all, the algorithm may evolve. Furthermore, the data that will be used to train it is also not without significance. Changing the database can result in a situation where an algorithm originally designed to detect intruders in schools ends up being used in practice to track political opponents.

At the same time, in view of the above, it is also worth considering the use of “ethical” clauses in commercial licenses, and not simply those accessible under open source licenses²⁰. Bearing in mind the underlying purpose of “responsible licenses,” I believe that it can also be successfully implemented in such cases. The more so as, in addition to the contractual stipulations outlined above, RAIL licenses do not for the most part feature any specific solutions that would allow them to qualify fully as separate type of contract. As a result, all licenses that incorporate certain generally accepted “ethical” clauses in their content could ultimately be widely considered “responsible.” Furthermore, this would also allow their inclusion in other agreements used in the creation and development of AI, for example agreements concerning the transfer of rights to databases.

Bearing in mind the above-mentioned danger of excessive inclusiveness associated with RAIL, it should be pointed out that, unfortunately, this risk cannot be completely eliminated. Allowing a particular group of entities a specific kind of monopoly in the creation of standard form contracts, even if only in the name of the principle of freedom of contract, should be deemed unacceptable. One possible alternative worth

¹⁹ See, inter alia: C. A. Ehmke, An Ethical License for Open Source Projects, available at: <https://firstdonoharm.dev/> [Access: 25th May 2020].

²⁰ However, in the case of open source licenses, RAIL will probably be the most important. This is due to the fact that the AI will then be made available to an unidentified group of people, essentially outside the licensor’s control.

considering here is the creation of a group of widely recognised experts (e.g. acting within EU bodies), both practitioners and theoreticians, who would draft optimal standard form agreements and/or standard clauses.

Another issue that needs addressing, and which has already been referred to above, is the absence of any obligation to use standard form agreements and clauses in practice. In this case, unfortunately, it is difficult to propose any fully effective solution. Besides any possible promotional campaigns for standard form agreements/clauses mentioned in the previous paragraph, we could also consider reserving the designation “responsible contract” exclusively for those entities which actually use the clauses drafted by the above-mentioned group of experts. This would constitute a mark of high quality that could have a positive impact on the image of licensors and their reception in public space, which in turn could motivate others to use this solution (although in such cases licensors would no longer be permissible to modify the templates/clauses).

With regard to the difficulties with enforcing contractual compliance, it should be pointed out that - unfortunately - problems of this type are characteristic of all kinds of cases involving highly specialised issues. One possible solution might be to establish and maintain a specialised arbitration court (in particular one that could operate online).

Also, when the regulatory framework is fragmentary, this cannot be completely avoided. Of course, some of these gaps can be filled with numerous and extensive ethical clauses, but they will never be a substitute for generally applicable laws.

In light of the above considerations, we must embrace the view that attempts to apply the concept of RAIL more broadly in practice appear justified. Suitably drafted templates and clauses may very well be able to supplement generally applicable laws, as well as serve as a kind of “prosthesis” until relevant provisions are enacted. At the same time, however, to answer the question posed in the title, RAIL cannot be regarded as a real alternative to generally applicable laws and provide a comprehensive regulatory framework for the creation and use of AI.

Summary

At the present time, RAIL appears to offer promising material for further research. As a potential regulator of AI, these licenses have many advantages: they can be created and modified quickly, and they offer flexibility, extraterritoriality and accessible content. However, this does not change the fact that in the current situation, further work is undoubtedly required to ensure the optimal standard form agreements and clauses. Even then, however, it will still not be possible to eliminate all the weaknesses of this solution, the most important being the fragmentary form of such regulations and their limited scope. As a result, RAIL can never be treated as a genuine and exhaustive alternative to generally applicable laws. At most it can complement them and serve as a kind of “prosthesis” until the appropriate regulations are introduced.

However, it is difficult to predict the future fate and “career” of these templates/clauses. If EU lawmakers or national legislatures introduce highly detailed regulations

in the future, they may lose their *raison d'être* entirely and become no more than a curiosity. On the other hand, with the proper engagement, it is not out of the question that they will continue to evolve and become a significant source of private law, as occurred, among other things, in the case of FIDIC²¹.

Bibliography:

BASSETT G., FITZGERALD B. (eds.). *Legal Issues Relating to Free and Open Source Software*, pp. 1-126. Available at: http://eprints.qut.edu.au/13673/1/open_source_book.pdf. Access: 25th May 2020.

Bosch code of ethics for AI. Available at: https://assets.bosch.com/media/en/global/stories/ai_codex/bosch-code-of-ethics-for-ai.pdf. Access: 25th May 2020.

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Building Trust in Human Centric Artificial Intelligence (COM(2019)168).

EHMKE, C. A. An Ethical License for Open Source Projects, Available at: <https://first-donoharm.dev/>. Access: 25th May 2020.

HARRIS D. Deepfakes: False pornography is here and the law cannot protect you, in *Duke Law & Technology Review*, vol. 17, 2019, pp. 99-127.

JOHNSON K. RAIL debuts license agreements for the responsible use of AI. Available at: <https://venturebeat.com/2019/02/11/rail-debuts-license-agreements-for-the-responsible-use-of-ai/>. Access: 25th May 2020.

Responsible AI End-User License. Available at: <https://www.licenses.ai/enduser-license>. Access: 25th May 2020.

Responsible AI License. Available at: <https://docs.edgeimpulse.com/page/responsible-ai-license>. Access: 25th May 2020.

Responsible AI Source Code License. Available at: <https://www.licenses.ai/open-source-license>. Access: 25th May 2020.

SZPYT K. Sztuczna inteligencja i nowe technologie (nie zawsze) w służbie ludzkości, czyli cywilnoprawna problematyka rozwoju i popularyzacji technologii deepfake. In: FLAGA-GIERUSZYŃSKA K.; GOŁACZYŃSKI J.; SZOSTEK D. (eds.). *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane*. Warsaw: C. H. Beck, 2019, pp. 75-94.

The Commission communication of 25 April 2018 on Artificial Intelligence for Europe (COM(2018)0237).

The Commission report of 19 February 2020 on safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics.

The report of 8 April 2019 of High-Level Expert Group on Artificial Intelligence entitled “Ethics Guidelines for Trustworthy AI”.

²¹ FIDIC (acronym for Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils) - a set of widely recognised international standards which serve as models for design or construction contracts developed by the editorial committee of the International Federation of Consulting Engineers

White Paper of 19 February 2020 on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust.

ZALEWSKI T. Definicja sztucznej inteligencji, in: ŚWIERCZYŃSKI M.; LAI L. Prawo sztucznej inteligencji, Warsaw: C. H. Beck, 2020, pp. 1-14.

Breves notas sobre a evolução recente do processo electrónico em processo civil no ordenamento português*Notes on recent developments in the Portuguese electronic process in civil procedure*Lurdes Varregoso Mesquita¹

Sumário: I. Nota introdutória; II. Contexto e vertentes da e-justice na União Europeia – impulso para os Estados-Membros; III. E-justice no ordenamento jurídico português; 1. Contexto e marcos legislativos no ordenamento jurídico português; 2. Medidas introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 97/2019, de 26 de julho; 3. O caso particular do art. 560.º do CPC – alerta aos automatismos impensados; IV. Conclusão; V. Bibliografia e Documentação.

Resumo: O ordenamento português tem desenvolvido um processo gradual de aplicação das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC) ao serviço da justiça. Com o objectivo de obter resultados céleres na satisfação da tutela judicial efectiva, implementou a desmaterialização do processo e a tramitação eletrónica nos processos judiciais, enquanto vertentes da e-justice, também defendidas ao nível do espaço europeu de justiça. À medida que emerge um novo paradigma da justiça, em que prevalece a ideia de «digital por definição», plasmado na Estratégia de Justiça Eletrónica para 2019-2023 e no Plano de ação para a justiça eletrónica europeia para 2019-2023, os Estados-Membros da União Europeia acompanham esse movimento. Recentemente, em Portugal, a alteração do regime de tramitação eletrónica dos processos judiciais (Decreto-Lei n.º 97/2019, de 26 de julho) mostrou essa intenção. Porém, é essencial, em nome das garantias dos cidadãos, que este fenómeno digital não ponha em causa a realização da Justiça e os direitos fundamentais. Neste contexto e baseado na análise crítica legislativa, o presente estudo visa: i) apresentar o quadro europeu da e-justice, na vertente da desmaterialização do processo; ii) analisar os traços essenciais das recentes alterações ao processo electrónico português; iii) aferir da sua compatibilidade com as garantias processuais.

Palavras-Chave: E-justice; desmaterialização do processo; processo electrónico; tramitação electrónica; garantias processuais.

Abstract: In the Portuguese legal system, a gradual process of application of new information and communication technologies (ICT) to the service of justice has been developed. In order to obtain rapid results in the satisfaction of effective judicial protection, it has implemented the dematerialization of the process and the electronic processing in judicial processes, as aspects of e-justice, also defended at the level of the European area of justice. As the new paradigm of justice emerges, where the idea of “digital by definition” prevails, expressed in the e-Justice Strategy for 2019-2023 and in the European e-Justice Action Plan for 2019-2023, the Member States of the European Union are following this movement. Recently, in Portugal, the amendment of the regime for the electronic processing of judicial proceedings (Decree-Law nr. 97/2019, of July 26th) proved this intention. Nevertheless, it is essential, on behalf of the citizens’ guarantees, that the digital phenomenon do not compromise justice and the citizens’ guarantees. In this context, the purpose of the present study is: i) present the European framework of e-justice, in the dematerialisation of the process; ii) analyse the essential features of the recent amendments to the Portuguese electronic process; iii) evaluate its compatibility with procedural guarantees.

Keywords: E-justice; proceedings dematerialisation; electronic procedure; due process; procedure guarantees.

¹ Doutora em Direito; Professora Adjunta da Escola Superior de Gestão do IPCA; Professora Convidada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique; Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense. E-mail: lvarregosomesquita@gmail.com.

Recebido: 08.06.2020

Aprovado: 27.07.2020

Universidade Portucalense
Infante D. Henrique
Portugal

Volume 1, Número 2,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

I. Nota introdutória

O ordenamento português, assim como a União Europeia, não são alheios à influência das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC) no Direito, em especial em matéria de processo civil. O desenvolvimento e a concretização de medidas que, através das TIC, tornem a justiça mais acessível e mais eficaz, os processos mais céleres e os resultados mais adequados, são uma preocupação da União Europeia e dos Estados-Membros. A era digital é um marco dos «novos tempos», sem retorno possível.

Na União Europeia, a cooperação judiciária civil tem, cada vez mais, suporte na justiça electrónica, seja para possibilitar um acesso mais fácil à justiça e uma melhor informação judiciária aos cidadãos, empresas e profissionais da justiça, seja para facilitar a cooperação entre as autoridades judiciárias dos Estados-Membros. A implementação dos meios necessários para acompanhar (e resolver) o aumento da litigiosidade, em especial a transfronteiriça, causado pelo maior número de transacções económicas plurilocalizadas, passa naturalmente pelas TIC. Nos ordenamentos internos, o fenómeno e as preocupações são idênticas. É imperioso recuperar tempo, aliviar os profissionais de tarefas repetitivas, maximizar o uso dos recursos humanos com aproveitamento das suas capacidades cognitivas, ultrapassar barreiras geográficas e otimizar processos. Assim, o que se visa é saber de que modo o legislador português tem acompanhado este fenómeno, impulsionado pela União Europeia, em particular na última alteração legislativa nesta matéria.

II. Contexto e vertentes da e-justice na União Europeia – impulso para os Estados-Membros

1. A globalização, o mercado único e a era digital fazem parte do mundo contemporâneo. Os «novos tempos» pedem resultados céleres e satisfação imediata da tutela judicial efectiva. É urgente atenuar as barreiras inerentes à tramitação dos processos e às comunicações em suporte físico. Por outro lado, exige-se que os sistemas judiciais dos Estados-Membros trabalhem em rede. Neste contexto, em 2001, integrada na cooperação judiciária em matéria civil e comercial, a União Europeia criou a Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial² ³. Esta estrutura de cooperação em rede tinha como objectivo primordial a disponibilização de informação acessível ao público, de forma a facilitar a vida daqueles que se vejam confrontadas com litígios transfronteiriços⁴. Em Junho de 2007, após o trabalho levado a cabo pelo Grupo da Informática Jurídica (Legal Data Processing), o Conselho de Justiça e As-

2 Decisão do Conselho de 28 de Maio de 2001 (2001/470/CE), publicada no JO L 174 de 27.6.2001. Para análise dos resultados, ver o Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação da Decisão n.º 2001/470/CE do Conselho que cria uma rede judiciária europeia em matéria civil e comercial, SEC (2006) 579 (COM/2006/0203 final de 16.05.2006).

3 Sobre a Rede Judiciária Europeia, cfr. Comentário de BEERGREHN, Ulrika, in “Conselho da União Europeia, Direito Civil, Cooperação Judiciária Europeia”. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2005, pp. 261-270.

4 Ainda hoje está activo o Ponto de Contacto de Portugal na Rede Judiciária Europeia, em matéria civil e comercial (RJE-civil), em <http://www.redecivil.mj.pt/>.

suntos Internos deu o primeiro impulso para a criação e consolidação da e-justice⁵. Ficou definido que apenas estavam incluídas as questões de natureza transfronteiriça e foram avançadas as áreas prioritárias e alguns objectivos concretos. As funções essenciais do sistema da justiça electrónica estavam traçadas: i) acesso às informações no domínio da justiça; ii) desmaterialização dos procedimentos; iii) comunicações entre autoridades judiciais. Quanto aos processos judiciais, foram apontados os actos que podiam ser abrangidos, designadamente: propositura da acção, notificações, remessa de documentos, comunicação entre tribunais, vídeo-conferência. As demais instituições europeias associaram-se ao projecto de criação e desenvolvimento de instrumentos de justiça electrónica: a Comissão apresentou a sua comunicação “Rumo a uma estratégia europeia em matéria de justiça electrónica”⁶; o Parlamento Europeu adoptou uma resolução sobre a justiça electrónica, a 18 de Dezembro de 2008⁷, onde apelava à criação de um adequado instrumentário para assegurar que a futura legislação fosse concebida com vista à sua utilização em linha. Adoptou ainda uma resolução sobre justiça electrónica na sessão plenária de 22 de Outubro de 2013⁸, chamando a atenção para o maior uso das aplicações electrónicas, do fornecimento de documentos por via electrónica, do uso da videoconferência e da interligação dos registos judiciais e administrativos, com vista a reduzir significativamente as custas dos processos judiciais e extrajudiciais. Seguiram-se os vários planos de acção plurianual⁹, elaborados pelo Conselho, em cooperação com a Comissão e o Parlamento Europeu, estando agora vigente o plano aprovado para o período de 2019-2023¹⁰. A justiça electrónica tem sido assumida como prioridade, em particular em matéria de e-evidence e no desenvolvimento e manutenção da plataforma E-Codex, como um mecanismo comum para o intercâmbio transfronteiriço de informações protegidas padronizadas entre os Estados-Membros em processos judiciais, baseado na interoperabilidade. E tudo isto tem sido acompanhado por trabalho dos ordenamentos internos.

2. No âmbito da criação e implementação de um sistema de justiça electrónica, a União Europeia apenas pode adoptar medidas que respeitem os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (art. 5.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia (TUE) e Protocolo (n.º 2) relativo à sua aplicação). Nesta matéria, as medidas legislativas são de soft law, com a aprovação de resoluções e de planos de acção, dirigidos apenas ao âmbito transfronteiras. Mesmo assim, os resultados têm sido muito satisfatórios, o grau de desenvolvimento e aprofundamento das medidas progride com resultados notórios, havendo um claro compromisso dos Estados-Membros na prossecução dos objectivos. Se há alguns anos a existência e a efectiva concreti-

5 Cfr. o documento de apresentação das conclusões do trabalho em <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2010393%202007%20INIT> (consultado a 10 de Novembro de 2019).

6 COM(2008) 329 final.

7 [2008/2125(INI)].

8 [2013/2852 (RSP)].

9 Consultar: Plano de Acção Plurianual 2009-2013 sobre Justiça Electrónica Europeia (JO C 75 de 31.3.2009); Projecto de Estratégia Europeia de Justiça Electrónica para 2014-2018 (JO C 376 de 21.12.2013); Plano de Acção Plurianual 2014-2018 sobre Justiça Electrónica Europeia (JO C 182 de 14.6.2014).

10 JO C 96 de 13.3.2019.

zação dos sistemas e tecnologias de informação na justiça era apenas uma medida recomendável aos Estados, os quais geriam essa política sem responsabilidades vinculadas, actualmente podemos estar num processo de evolução, com a elevação do direito à justiça electrónica (ou de algumas das suas facetas) à categoria de direito fundamental¹¹ (cfr. art 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem). Nesse contexto, o uso dos meios electrónicos são o instrumento que começa a tornar-se imprescindível na prossecução dessa função essencial do Estado, que é a Justiça.

3. A desmaterialização dos procedimentos é um instrumento relevante, sobretudo na concretização do direito de acesso aos tribunais. Neste contexto, foi propósito da União Europeia – hoje já em estado avançado – automatizar o procedimento europeu de injunção de pagamento e o processo europeu para acções de pequeno montante. Os formulários de preenchimento interactivos já podem ser descarregados no e-portal e enviados por via electrónica. Seguir-se-á a criação de condições para o preenchimento on-line e a remessa directamente para o tribunal competente, o que está dependente da interoperabilidade dos sistemas judiciais, cujo desenvolvimento está sustentado no projecto E-Codex¹². Está ainda projectada, como hipótese futura, a criação de sistemas de pagamento em linha das despesas processuais. No domínio das comunicações entre autoridades judiciais, enquadram-se as comunicações entre serviços e autoridades que lidam e têm a seu cargo a gestão de dados ou perante as quais são realizadas diligências processuais, designadamente com vista à partilha de dados e registos. O referido projecto CODEX electrónico é a base técnica e organizativa que permitirá o intercâmbio seguro de dados jurídicos entre o aparelho judicial, os organismos estatais, os profissionais da justiça, os cidadãos e as empresas. Estão em curso, em fase de implementação ou em fase de estudo de viabilidade, a interligação de diferentes tipos de registos, tais como: insolvências, cadastros prediais, registos comerciais, registos de testamentos (certificado sucessório europeu em formato electrónico), de peritos judiciais, bases de dados de intérpretes e tradutores, assim como de mediadores. A disponibilização destes dados em plataformas únicas e acessíveis diminuirá as barreiras da informação, proporcionará ganhos de tempo e diminuição de custos na gestão dos litígios. Como formas de comunicação entre autoridades judiciais, o projecto mais emblemático tem sido o

11 O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já foi chamado a pronunciar-se sobre esta matéria, no Processo *Lawyer Partners A.S. v. Slovakia*, de 16 de junho de 2009, disponível em <https://www.legal-tools.org/doc/7bd6ef/pdf/>. No caso concreto, o Tribunal decidiu, com fundamento na violação do art. 6.º.1 da Convenção, condenar o Estado Eslovaco a indemnizar a empresa requerente num processo que correu termos num tribunal daquele Estado, porquanto lhe foi negado apresentar a petição inicial em suporte electrónico (no caso em DVD). Por isso, é evidente o sinal de que o direito de acesso à justiça tem no seu conteúdo a amplitude que a evolução dos tempos exige. Os Estados, na administração da justiça e na organização da arquitectura judicial, estão obrigados a proporcionar o acesso aos tribunais e a concretização do direito à acção acolhe, também, o direito de usar os meios que de modo mais célere, mais eficaz e menos oneroso proporcione a prática do acto de propositura da acção.

12 Projecto actualmente em fase de implementação e desenvolvimento; cfr. <https://www.e-codex.eu/>.

da implementação da videoconferência transfronteira¹³, facilitando a audição de testemunhas ou das partes além-fronteiras, assim como de peritos, a fim de acelerar os processos judiciais.

III. E-justice no ordenamento jurídico português

1. Contexto e marcos legislativos no ordenamento jurídico português

No ordenamento interno português, há mais de dez anos que se iniciou o processo de implementação das TIC ao serviço da justiça. Vários diplomas marcaram esse percurso, por regra através de Portarias de regulamentação: - Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto, que regula vários aspetos da tramitação eletrónica dos processos judiciais, este ainda em vigor; a Portaria n.º 114/2008, de 06 de Fevereiro, sobre a tramitação electrónica dos Processos Judiciais – Citius; a Portaria n.º 593/2007, de 14 de Maio, relativa aos meios de assinatura electrónica e os sistemas informáticos a utilizar na prática de actos processuais em suporte informático pelos magistrados e pelas secretarias judiciais; a Portaria n.º 642/2004, de 16 de Junho, relativa aos actos processuais e notificações enviados por correio electrónico; a Portaria n.º 337-A/2004, de 31 de Março, que estabelecia a forma de entrega de peças processuais e notificações por correio electrónico; o Decreto Lei n.º 202/2003, de 10 de Setembro, que dispunha sobre as comunicações telemáticas entre Secretarias e Solicitadores de Execução; a Portaria n.º 1178-E/2000, de 15 de Dezembro, que, ao tempo, determinava que as peças processuais a apresentar em suporte digital deviam sê-lo em disquette de 3,5” ou em CD-ROM.

Por sua vez, o Código de Processo Civil¹⁴ continha apenas a referência de base, remetendo para a legislação regulamentar o desenvolvimento do regime¹⁵. Nos últimos anos, a e-justice doméstica foi-se desenvolvendo: a tramitação eletrónica foi alargada a outras jurisdições, o cidadão passou a poder consultar os seus processos por via eletrónica a partir de qualquer local, e foram criadas novas funcionalidades para as secretarias. Tudo isto trouxe menos carga burocrática e mais celeridade processual.

13 Em 2015, foram publicadas as Recomendações do Conselho para «Promover a utilização e a partilha de boas práticas sobre a videoconferência transfronteiras no domínio da justiça nos Estados-Membros e a nível da UE» (JO C 250, de 31.7.2015). Em matéria civil, a base jurídica para requerer a videoconferência pode ser o Regulamento 1206/2001, de 28 de Maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial, conhecido por Regulamento Obtenção de Provas 2001; assim como o art. 9.º, n.º 1, do Regulamento 861/2007, de 11 de Julho de 2007, que estabelece um processo europeu para acções de pequeno montante, no qual se prevê a produção de prova através de videoconferência se estiverem disponíveis os meios técnicos necessários. Também a Directiva 2008/52/CE, de 21 de Maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial sublinha que não deverá obstar de modo algum à utilização das modernas tecnologias da comunicação no processo de mediação.

14 Aprovado pela Lei 41/2013, de 26 de junho, na sua redacção actual, doravante abreviadamente designado CPC.

15 O Código de Processo Civil antigo, dispunha, no art. 138.º-A (Tramitação electrónica): 1 - A tramitação dos processos é efectuada electronicamente em termos a definir por portaria do Ministro da Justiça, devendo as disposições processuais relativas a actos dos magistrados e das secretarias judiciais ser objecto das adaptações práticas que se revelem necessárias. 2 - A tramitação electrónica dos processos garante a respectiva integralidade, autenticidade e inviolabilidade. Por sua vez, o art. 132.º do CPC actual, na sua redacção originária tinha exactamente a mesma redacção, apenas tendo sido acrescentado o número 3, onde se afirmava: 3 - A regra da tramitação eletrónica admite as exceções estabelecidas na lei.

2. Medidas introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 97/2019, de 26 de julho

A 26 de julho de 2019, foi publicado o Decreto-Lei n.º 97/2019, em vigor desde o dia 16 de setembro, através do qual o legislador aprovou mais um «pacote» de medidas «tecnológicas». Pela primeira vez, optou por introduzir as alterações no próprio CPC. Nas suas palavras “entende-se ser chegado o momento de refletir no Código de Processo Civil, em toda a sua plenitude, a ideia de «digital por definição»: isto é, a ideia de que o processo judicial, a respetiva tramitação e, em regra, a prática de atos têm natureza eletrónica”. Que a aplicação das TIC não seja apenas para ter um processo assente em documentos eletrónicos, mas sobretudo para dele constar informação estruturada no sistema de informação de suporte à actividade dos tribunais, onde se realize de forma automática um conjunto cada vez maior de tarefas. Isto permite constatar que a motivação do legislador assenta em três eixos: desmaterialização, automatismo e interoperabilidade.

Vejamos, a título exemplificativo e demonstrativo das referidas vertentes, algumas das alterações introduzidas¹⁶:

O suporte físico deixa de ser regra e passa a ser um elemento auxiliar, sem que tenha de haver uma representação «física» completa do processo. O art. 132.º do CPC passa a referir-se a «processo eletrónico» em vez de «tramitação eletrónica»;

Do art. 144.º do CPC consta a expressão «por via eletrónica», quanto à prática dos actos, caindo a terminologia «transmissão eletrónica»;

A própria parte, quando não constitua mandatário, passa a poder apresentar os actos processuais, por si, por via eletrónica (art. 144.º, n.º 7, al. d, do CPC);

Caso a parte pratique o acto por si, podendo, e tendo-o feito em papel, a secretaria digitaliza e devolve os documentos e peças processuais¹⁷ (art. 144.º, n.º 13, do CPC);

A lei reforça a ideia de que prevalece o conteúdo dos formulários face ao dos ficheiros que eventualmente sejam anexados (art. 144, n.º 10, al. b, do CPC);

Na norma que dispõe sobre a necessidade de demonstração do pagamento da taxa de justiça, substitui-se a expressão «comprovativo» por «comprovação», o que denota o carácter automático dessa tarefa (art. 145.º do CPC);

Sobre os requisitos da sentença e despacho, a lei passa a afirmar que são «elaborados no sistema de informação de suporte à actividade dos tribunais, reconhecendo-lhes, igualmente, o modo de elaboração automático (art. 153.º do CPC);

A secretaria, por sua vez, relativamente à elaboração dos actos, passa a realizar a certificação e assinatura dos actos através dos mecanismos de autenticação do sistema (art. 160.º do CPC);

Encontra-se agora prevista a citação e notificação por via eletrónica das entidades públicas e das pessoas colectivas protocoladas, numa demonstração de au-

¹⁶ Adverte-se, porém, para o facto de nesta data ainda não ter sido publicada a regulamentação anunciada pelo legislador, que concretizará o funcionamento e aplicação de algumas destas alterações.

¹⁷ Chama-se aqui a atenção para o facto de este procedimento não dever ser realizado sem o cuidado de respeitar os casos em que a devolução do documento não faz sentido, como sucede nas acções executivas fundadas em título de crédito, porquanto esse título executivo deve permanecer no tribunal, em cumprimento do disposto no art. 724.º, n.º 5, do CPC.

tomatismo e interoperabilidade (arts. 219.º, 220.º, 221.º, todos do CPC);

Está consagrada a obtenção de informação, de forma automática, relativa às partes ou a outros intervenientes constantes de bases de dados públicas, como por exemplo o falecimento da parte, se for pessoa singular, ou a sua extinção, se for pessoa colectiva (art. 270.º do CPC);

Assim como a recolha e actualização automática de dados de identificação de pessoas colectivas ou da alteração de domicílio profissional dos mandatários (art. 552.º, n.º 2, 3 e 4 do CPC), contribuindo para a simplificação e agilização do trabalho das secretarias judiciais;

Realização de penhora de pensões por via electrónica, em articulação com as entidades devedoras (art. 779.º, n.º 6, do CPC).

Os peritos e outros intervenientes processuais não representados por mandatários passam a ter possibilidade de proceder à apresentação de relatórios e de outros documentos por via eletrónica (art. 144.º, n.º 9, conjugado com a al. d) do n.º 7 do mesmo preceito legal).

3. O caso particular do art. 560.º do CPC – alerta aos automatismos im-pensados

No conjunto das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 97/2019, foi alterada a redacção do art. 560.º, onde passa a dizer-se: quando se trate de causa que não importe a constituição de mandatário, a parte não esteja patrocinada e a petição inicial seja apresentada por uma das formas previstas nas alíneas a) a c) do n.º 7 do artigo 144.º, o autor pode apresentar outra petição ou juntar o documento a que se refere a primeira parte do disposto na alínea f) do artigo 558.º, dentro dos 10 dias subsequentes à recusa de recebimento ou de distribuição da petição, ou à notificação da decisão judicial que a haja confirmado, considerando-se a ação proposta na data em que a primeira petição foi apresentada em juízo. Esta nova redacção, que se supõe ocorrer em reflexo da criação de automatismos quanto ao recebimento/recusa da petição inicial, pode trazer problemas de interpretação sistemática e envolver, além do mais, violação de princípios fundamentais¹⁸. A disposição em causa não se aplica apenas à recusa da petição inicial nas acções declarativas, mas também quando estão em causa incidentes da instância e enxertos de natureza declarativa em acção executiva e, além do mais, serve também os casos de indeferimento liminar (art. 590.º). Este novo regime, ao referir expressamente que se aplica aos casos em que as partes actuam sem mandatário constituído, parece afastar a possibilidade de os demais casos (com mandatário constituído) beneficiarem do prazo para apresentação de novo articulado com data do registo da primeira entrada. Considerando que esta faculdade é da maior importância nos casos em que se encontrem a expirar prazos

¹⁸ Sobre esta temática, cfr. SOUSA, M. T. de, A (muito estranha) nova redacção do art. 560.º CPC, Blog do IPPC, 2019, disponível em <https://drive.google.com/file/d/17VPaVkJ9OZIK30h8cd8nTWWxCcBwmmclQ/view> [consultado em 17.11.2019] e “As recentes alterações na legislação processual civil”, Julgar On-line – Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP), Dezembro de 2019, disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/12/20191216-ARTIGO-JULGAR-As-recentes-altera%C3%A7%C3%B5es-na-legisla%C3%A7%C3%A3o-processual-civil-Miguel-Teixeira-de-Sousa-v2.pdf> [consultado em 04.06.2020].

de caducidade do direito de agir ou em que o autor/requerente pretenda beneficiar da presunção de citação prevista nos arts. 323.º, n.º 3, conjugado com o 327.º, n.º 3 do Código Civil, impedir a repetição do acto e o aproveitamento do processado nas situações em que há mandatário constituído é grave e perigoso.

Face ao exposto, é clara a desigualdade no tratamento de situações iguais, como seja entre autores com e sem mandatário constituído e, ainda, entre autores que não constituindo mandatário apresentaram a peça em papel ou por via electrónica.

Esta falta de rigor espelha bem que, por vezes, o legislador não tem em consideração a articulação de todo o sistema na operação legislativa que leva a cabo e, ainda que involuntariamente, arrisca a violação de princípios básicos em alterações normativas que facilmente conseguiria solucionar de modo seguro.

IV. Conclusão

Há um novo paradigma da justiça no espaço europeu. A e-justice será o ponto de agregação e convergência dos sistemas internos dos Estados-Membros. As comunicações por via electrónica, a partilha de dados em plataformas comuns, a desmaterialização dos processos, a interoperabilidade e o acesso directo a tribunais estrangeiros através de plataformas digitais, a cooperação em rede, a partilha de informação e formação, são realidades que podem, efectivamente, provocar uma evolução no processo civil europeu. Não obstante este contexto, legislativo e materialmente favorável, os efeitos concretos das medidas adoptadas no âmbito da e-justice não são imediatos. As diferentes maturidades jurídicas, assim como os variados níveis de desenvolvimento dos sistemas de informação, provocam dificuldades na harmonização e na convergência das soluções e na sua aplicação nos Estados-Membros. Os desafios da justiça electrónica são essencialmente os gerados pela diversidade jurídico-cultural, assim como pela desigualdade de recursos. Apesar de tudo, a e-justice é um caminho sem retorno e os Estados-Membros terão de ser capazes de aprofundar as relações de cooperação judiciária, criando mais e melhores meios que incentivem a utilização e aplicação de boas práticas na justiça, onde as TIC tenham um papel instrumental bem presente mas, sobretudo, eficaz na cooperação judiciária, num cenário de efectiva construção de um espaço de justiça global e ao serviço do cidadão europeu, que nos faça sentir beneficiários de um verdadeiro serviço público europeu.

No ordenamento português, as medidas implementadas ao longo dos anos revelam uma justiça moderna, preocupada com a celeridade processual e empenhada na aplicação das TIC, exactamente no seguimento do fenómeno europeu. Contudo, além das exigências de monitorização e aperfeiçoamento do sistema, é necessário cuidado e rigor nas soluções adoptadas, sobretudo as relacionadas com a criação de automatismos. Em caso algum os actos processuais praticados automaticamente pelo sistema podem pôr em causa os princípios gerais de direito processual civil ou qualquer direito fundamental.

V. Bibliografia e Documentação

BEERGREHN, Ulrika, in “Conselho da União Europeia, Direito Civil, Cooperação Judiciária Europeia”. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2005, pp. 261-270.

SOUSA, M. Teixeira, “A (muito estranha) nova redacção do art. 560.º CPC”, Blog do IPPC, 2019, disponível em:

<https://drive.google.com/file/d/17VPaVvk9OZIK30h8cd8nTWWxCcBwmmclQ/view> [consultado em 04.06.2020].

– “As recentes alterações na legislação processual civil”, Julgar On-line – Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP), Dezembro de 2019, disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/12/20191216-ARTIGO-JULGAR-As-recentes-altera%C3%A7%C3%B5es-na-legisla%C3%A7%C3%A3o-processual-civil-Miguel-Teixeira-de-Sousa-v2.pdf> [consultado em 04.06.2020].

Decisão do Conselho de 28 de Maio de 2001 (2001/470/CE), publicada no JO L 174 de 27.6.2001.

Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação da Decisão n.º 2001/470/CE do Conselho que cria uma rede judiciária europeia em matéria civil e comercial, SEC (2006) 579 (COM/2006/0203 final de 16.05.2006).

Conclusões do Grupo da Informática Jurídica (Legal Data Processing) no Conselho de Justiça e Assuntos Internos, JUSTCIV 159, 5 de junho de 2007, disponível em

<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2010393%202007%20INIT> .

Comunicação da Comissão sobre o “Rumo a uma estratégia europeia em matéria de justiça electrónica”, COM(2008) 329 final.

Resolução do Parlamento Europeu sobre a Justiça Electrónica, de 18 de Dezembro de 2008 [2008/2125(INI)].

Plano de Acção Plurianual 2009-2013 sobre Justiça Electrónica Europeia (JO C 75 de 31.3.2009).

Resolução do Parlamento Europeu sobre Justiça Electrónica na sessão plenária de 22 de Outubro de 2013 [2013/2852 (RSP)].

Projecto de Estratégia Europeia de Justiça Electrónica para 2014-2018 (JO C 376 de 21.12.2013).

Plano de Acção Plurianual 2014-2018 sobre Justiça Electrónica Europeia (JO C 182 de 14.6.2014).

Plano de Acção para a Justiça Electrónica Europeia para 2019-2023 (JO C 96 de 13.3.2019).

Guidelines adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 January 2019 and explanatory memorandum, disponível em

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680902e0c .

Apontamentos críticos sobre o depoimento pessoal por videoconferência

Critical notes on personal testimony by videoconference

Luiz Gustavo Levate¹

Vinicius Lott Thibau²

Sumário: 1. Introdução; 2. Depoimento pessoal e o escopo probatório; 3. Videoconferência e o locus do depoimento pessoal; 4. Considerações finais; Referências.

Resumo: O artigo examina o depoimento pessoal por videoconferência referido pelo art. 385, §3º, do Código de Processo Civil brasileiro. Embora seja compatível com a eficiência perseguida pela Lei nº 13.105/15, o depoimento pessoal por videoconferência pode implicar a violação de normatividade atinente à produção adequada do depoimento da parte pelo não acatamento das exigências do isolamento do depoente e da espontaneidade das respostas que esse oferta às perguntas que lhe são formuladas. Ao prever a impossibilidade de que a parte que ainda não tenha prestado o seu depoimento assista ao depoimento da outra parte e, ainda, a proibição de que, na prestação de seu depoimento, a parte utilize-se de escritos anteriormente preparados que não se enquadrem na noção de notas breves destinadas à complementação de esclarecimentos, o Código de Processo Civil pretendeu que a atividade probatória não se desgarrasse de seu escopo. A hipótese que o escrito objetiva testar, no entanto, é a de que, se não for prestado na sede física do juízo da comarca, seção ou subseção judiciária em que resida a parte depoente, o depoimento pessoal estará imune a qualquer controle consistente de sua produção, tornando frágil o resultado obtido pelo desenvolvimento da atividade probatória.

Palavras-chave: depoimento pessoal; videoconferência; Código de Processo Civil.

Abstract: The article examines the personal testimony by videoconference that makes reference to art. 385, §3, of the Brazilian Civil Procedure Code. Although it is compatible with the efficiency pursued by Law nº 13.105/15, personal testimony by videoconference may imply a violation of norms regarding the proper production of the testimony of the party by not observance with the requirements of the deponent's isolation and the spontaneity of the responses that this offer to the questions asked. When providing for the impossibility of the party that has not yet given its testimony to watch the testimony of the other party and, also, the prohibition that, in providing its testimony, the party should use previously prepared writings that do not fit in the notion of brief notes intended to complement clarifications, the Civil Procedure Code intended that the evidential activity should not stray from its scope. The writing aims to test a hypothesis that if the personal testimony by videoconference is not provided at the forum of county, judicial section or subsection where the part of process resides, it will be immune to any consistent control of its production, thus making the result obtained by the development of the evidence activity fragile.

¹ Pós-Doutor em Direito Público pela Universidade de Santiago de Compostela. Doutor em Direito Constitucional e Teoria do Estado pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da PUC Rio. Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor de Direito Constitucional no Curso de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador do Município de Belo Horizonte. E-mail: lg.levate@gmail.com.

² Doutor e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Advocacia Cível da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil e Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos do Instituto de Educação Continuada da PUC Minas. Advogado. E-mail: viniusthibau@yahoo.com.br.

Recebido: 13.06.2020

Aprovado: 01.08.2020

Escola Superior
Dom Helder Câmara
Brasil

Volume 1, Número 2,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

Keywords: personal testimony; videoconference; Code of Civil Procedure.

1. Introdução

Em 16 de março de 2015, foi publicada, no Brasil, a Lei nº 13.105, que instituiu o Código de Processo Civil. De acordo com a sua Exposição de Motivos, almejou-se que o processo assumisse o status de um instrumento idôneo ao acerto judicial de direitos e à satisfação de direitos já reconhecidos em um título executivo judicial ou extrajudicial³, de modo a se apresentar “mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”⁴ do que o normatizado pelo Código de Processo Civil de 1973.

Assim é que, além de ratificar a instrumentalidade do processo que já se encontrava presente no Código de Processo Civil anterior, para cumprir o objetivo pretendido, o Código de Processo Civil de 2015 buscou conservar e aprimorar técnicas geradoras de resultados que foram considerados positivos pelo legislador estatal e, também, incluir outras que pudessem propiciar uma operacionalização fático-jurídica alinhada à eficiência.⁵

É, nesse sentido, que a Lei nº 13.105/15 dispôs sobre a possibilidade de que, por meio da videoconferência ou de outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, ocorram a comunicação dos atos processuais (art. 236, §3º); a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte (art. 461, §2º); a sustentação oral por advogado com domicílio profissional em município diverso da sede do tribunal, se for requerida até o dia anterior ao da sessão (art. 937, §4º); a inquirição de testemunhas e a prestação do depoimento pessoal, desde que a testemunha ou a parte resida em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo – o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento (arts. 453, §1º; 385, §3º).

Dentre essas possibilidades, a prestação do depoimento pessoal por meio de videoconferência é que interessa à pesquisa formalizada, porque, embora seja compatível com a eficiência perseguida pelo Código de Processo Civil brasileiro (art. 8º), a qual “se introjeta no ordenamento jurídico com um discurso baseado na promessa da celeridade, redução de custos e flexibilização procedimental”,⁶ pode implicar a violação de normatividade atinente à produção adequada do depoimento da parte pelo não acatamento das exigências do isolamento do depoente e da espontaneidade das respostas que esse oferta às perguntas que lhe são formuladas.

A hipótese que se objetiva testar, neste escrito, é a de que, se o depoimento

³ BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15). In: BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique (Org.). Novo Código de Processo Civil: Lei n. 13.105/15 com as alterações da Lei 13.256/2016. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

⁴ BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15). In: BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique (Org.). Novo Código de Processo Civil: Lei n. 13.105/15 com as alterações da Lei 13.256/2016. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 32.

⁵ Na Exposição de Motivos da Lei nº 13.105/15, a eficiência foi salientada por três vezes. É o que se lê em BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15). In: BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique (Org.). Novo Código de Processo Civil: Lei n. 13.105/15 com as alterações da Lei 13.256/2016. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

⁶ FREITAS, Helena. Eficiência da jurisdição: necessidade de sua (des)construção para efetivação do modelo constitucional de processo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 165.

pessoal por videoconferência não for prestado na sede física do juízo da comarca, seção ou subseção judiciária em que resida a parte depoente, estará imune a qualquer controle consistente de sua produção, tornando frágil, de conseguinte, o resultado obtido pelo desenvolvimento da atividade probatória.

Quanto à abordagem do problema relativo ao local da prestação do depoimento pessoal por videoconferência, portanto, a pesquisa adota o método hipotético-dedutivo proposto por Karl Raimund Popper.⁷ Em relação ao objetivo, é exploratória e explicativa. Pelas técnicas empregadas, é bibliográfica e documental.

2. Depoimento pessoal e o incremento do escopo probatório

No Código de Processo Civil brasileiro, o depoimento pessoal é um dos meios instituídos à prova de fatos juridicamente relevantes. Apesar da parcialidade que qualifica o depoimento pessoal, que é prestado por uma pessoa que, segundo Mauro Cappelletti,⁸ é a que pode estar mais bem informada sobre o fato e, ao mesmo tempo, a que pode se apresentar como a menos confiável a se pronunciar sobre esse, a Lei nº 13.105/15 reconhece a sua importância ao situá-lo como técnica que objetiva a obtenção da confissão (art. 385, §1º), a qual ocorre pela admissão, pela parte, da verdade relativa a um fato contrário ao seu interesse e favorável ao interesse do adversário (art. 319).

A partir da taxionomia adotada pela Lei nº 13.105/15, a confissão obtida por via do depoimento pessoal é denominada provocada (art. 390, §2º). Trata-se, contudo, de uma qualificação que merece elucidação, vez que:

A qualificação de tal modalidade de confissão como “provocada” não significa que o seu conteúdo seja, propriamente, provocado. Afinal, a manifestação da parte sempre tem de ser livre, sem coação ou indução em erro. Ninguém pode ser obrigado a confessar. A provocação concerne apenas ao momento: intima-se a parte a comparecer em juízo e depor sobre os fatos da causa, criando-se, assim, oportunidade propícia à confissão. Aliás, todas as garantias da audiência e do depoimento pessoal nela realizado prestam-se a assegurar a liberdade de manifestação da parte e de sua eventual confissão.⁹

É possível afirmar, em outros termos, que a expressão confissão provocada não exprime a ocorrência de uma confissão eivada de vício autorizativo da decretação de sua invalidade. Segundo o Código de Processo Civil, a confissão provocada não pode decorrer de um depoimento pessoal que não observe os expedientes legalmente estipulados à sua produção, porque, a despeito da relevância da confissão, a Lei nº 13.105/15 adotou a verdade como escopo probatório.¹⁰

⁷ POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1962. v. 1.

⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 16. ed. reform. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 286.

¹⁰ Para acessar algumas correlações entre verdade e prova no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, confira as normas dispostas nos arts. 77, I; 80, II; 319, VI; 341, caput; 344; 369; 378, caput; 389; 398; 400; 408; 417; 427; 458 e 504.

Não é por mero acaso que, ao regular a produção do depoimento pessoal, o Código de Processo Civil proibiu a parte que ainda não tenha prestado depoimento de assistir ao depoimento da outra parte (art. 385, §2º), bem como determinou que a parte pronuncie-se, pessoalmente, sobre os fatos que se imponham como objeto da prova, vedando-lhe a utilização de escritos anteriormente preparados e permitindo-lhe, apenas, a consulta a notas breves, desde que, por essas, objetive-se a complementação de esclarecimentos (art. 387).

A coibição de se assistir ao depoimento de uma parte por outra que ainda não depôs pode ser fundamentada por diversas asserções, que variam “da possibilidade de a presença de uma parte constranger a outra até a possibilidade de que a ouvida da prévia manifestação de uma das partes possa comprometer o depoimento da outra.”¹¹ É o que se extrai, também, do magistério de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, para quem a “regra tem a função de evitar que a parte que ainda não depôs receba alguma influência dos esclarecimentos prestados pela outra”.¹²

É, pela indispensabilidade do isolamento do depoente, aliás, que a advocacia em causa própria pode mesmo causar embaraços à produção do depoimento pessoal, como, há muito, afirmou Egas Dirceu Moniz de Aragão¹³. Entretanto, pelo Código de Processo Civil de 2015, é permitida a alteração da ordem de produção dos meios de prova pelo juiz (art. 139, VI; art. 361, caput), de modo a possibilitar que o advogado que atue em causa própria preste o seu depoimento antes da parte que esteja representada por outro profissional legalmente habilitado.

Se ambas as partes atuarem em causa própria, porém, é de se cogitar a nomeação de um representante ad hoc para assistir ao depoimento pessoal de, ao menos, uma das partes, assegurando-se, dessa forma, a ampla defesa que abrange o direito à prova (art. 5º, LV, CB/88). As dificuldades que daí podem decorrer dizem respeito à escolha da parte que deverá ser representada e, ainda, a como ocorrerá a seleção do representante que tenha capacidade postulatória, tendo em vista a confiança que deve guiar a relação cliente-profissional.

Seja como for, há outras duas situações que devem ser, igualmente, examinadas sobre o isolamento do depoente e que, ao que parece, instauram inconvenientes ainda maiores: a necessidade de prestação do depoimento pessoal por via da produção antecipada de prova (art. 381 e seguintes do CPC) e por carta (art. 236, §1º, do CPC). Nessas hipóteses, estará garantida a exigência do isolamento do depoente se, ao mesmo tempo em que estiver sendo produzida a prova antecipada ou por carta, for prestado o depoimento da outra parte.

Caso isso seja possível, é de se refletir sobre a representação da parte que depõe, já que, uma vez atuante em seu favor apenas um profissional legalmente habilitado, este não poderá estar presente, simultaneamente, nos espaços de produção do depoimento pessoal de quem representa e da outra parte. Esse é um aspecto relevante, porque cabe ao profissional legalmente habilitado não só aferir a regulari-

¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum – procedimento ordinário e sumário. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 294-295. v. 2. t. 1.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 422.

¹³ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Exegese do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Aide, 1992. v. 4. t. 1.

dade do depoimento pessoal de quem representa, mas, igualmente, do depoimento da parte contrária, que, dentre outras vedações, não pode se utilizar, no depoimento pessoal, de escritos anteriormente preparados que não se enquadrem na noção de notas breves destinadas à complementação de esclarecimentos.

A possibilidade de consultar notas breves, com o objetivo de completar esclarecimentos, decorre da desnecessidade de memorização de algumas informações pelo depoente, tais como datas de fatos não recentes e dados numéricos,¹⁴ assim como da busca pela oferta de respostas adequadas às perguntas que são formuladas à parte pelo juiz, pela outra parte e pelo membro do Ministério Público que atue como fiscal do ordenamento jurídico.¹⁵

A Lei nº 13.105/15 adota a consulta a notas breves como excepcionalidade e esse é, também, o entendimento que se destaca na literatura especializada, que situa o julgador como garante especial da licitude da atividade de consulta pretendida pelo depoente. Conforme leciona José Eduardo Arruda Alvim Netto, a consulta a notas breves é admitida restritivamente, sendo:

[...] certo que deflui do próprio art. 387 o direito de o juiz examinar ditas notas, precisamente para saber se se constituem elas em “notas breves”, a que se refere o texto (art. 387). Se entender que não se constituem, todavia, em simples apontamentos, consistentes em meramente avivar a memória e a conferir um roteiro genérico a ser imprimido ao depoimento, ou, quando se refiram a fatos de fácil memorização, tem o juiz o direito-dever de vedar a utilização de tais esclarecimentos [...].

A restrição ao uso de notas minuciosas ou amplas objetiva evitar que a parte prepare totalmente seu depoimento, tornando fundamentalmente inócuas as perguntas que lhe faça o juiz ou o advogado do adversário. É inerente à dinâmica do depoimento pessoal a função do juiz, em nome da descoberta histórica do que ocorreu, bem como ao advogado da parte que solicitou o depoimento pessoal, este tipo legítimo de pressão psicológica, incidente sobre a parte que está depondo. Do contrário, praticamente sem utilidade seria o depoimento pessoal, pois que, substancialmente, teria sido preparado com antecipação. A parte diria o que desejasse e não aquilo que o sistema deseja que seja dito, ou seja, a retratação dos fatos tais como ocorreram.¹⁶

Com efeito, ao prever a impossibilidade de que a parte que ainda não tenha prestado o seu depoimento assista ao depoimento da outra parte e, ainda, a proibição de que, na prestação de seu depoimento, a parte utilize-se de escritos anteriormente preparados que não se enquadrem na noção de notas breves destinadas à complementação de esclarecimentos, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 recepcionou as exigências do isolamento do depoente e da espontaneidade de suas respostas – já previstas na codificação processual de 1973 (arts. 344, § único e 346) –, objetivando que a atividade probatória não se desgarrasse de sua finalidade.

A admissibilidade do depoimento pessoal por videoconferência, contudo,

¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

¹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹⁶ ARRUDA ALVIM NETTO, José Eduardo. Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 890.

pode favorecer a violação dessas duas exigências normativas e, por consequência, propiciar o afastamento do objetivo fixado para a atividade de provar, caso a prestação do depoimento pela parte não ocorra na sede física do juízo da comarca, seção ou subseção judiciária de sua residência.

3. Videoconferência e o locus do depoimento pessoal

A autorização legal para que o depoimento da parte que resida em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo seja prestado por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, ao longo da audiência de instrução e julgamento ou fora dela, é elogiada pela dogmática jurídica.

Estudo realizado por Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini explicita que o depoimento pessoal por videoconferência prestigia “a celeridade e a efetividade do processo. Economiza-se tempo, diminuem-se os custos e dificuldades burocráticas da expedição e cumprimento da carta e se permite o contato do próprio juiz da causa com o depoente.”¹⁷

É o que também afirma Júlio César Bebber, para quem:

A necessidades da vida moderna impõem o uso da tecnologia.

Equipamentos para transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, não obstante a distância física entre os interlocutores, permitem e preservam o contato direto (ainda que virtual) do juiz com a parte ou com a testemunha e atendem, entre outras, as exigências dos princípios da economia (sob as vertentes da economia de tempo, da economia de atos e da economia de custos), da tempestividade processual (CF, art. 5º, LXXVIII) e da imediatidade.¹⁸

Em sentido semelhante, Gisele Fernandes Góes assevera que o depoimento pessoal por videoconferência representa um avanço, porque alinhado à:

[...] simplificação procedimental, em prol da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/1988) ou, como empregam as declarações de direitos humanos, o denominado processo sem dilações indevidas. A referência aos recursos tecnológicos da videoconferência ou qualquer outro de transmissão de sons e imagens, de modo exemplificativo, vem ao encontro dos anseios do jurisdicionado, ainda mais num país como o nosso, de dimensão continental, porque atende ao elemento do dinamismo das relações jurídicas, desburocratização cartorial e um dos pontos mais sensíveis do processo brasileiro: o tempo.¹⁹

O que não se tematiza por esses escritos, entretanto, é a possibilidade de que, pela prestação do depoimento pessoal por videoconferência, sejam afastadas

¹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16. ed. reform. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 279.

¹⁸ BEBBER, Júlio César. Uso de equipamento para transmissão e recepção de sons e imagens nas audiências trabalhistas. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 62, n. 93, p. 281-290, jan./jun. 2016, p. 284.

¹⁹ GÓES, Gisele Fernandes. Depoimento pessoal e confissão. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.051.

as exigências do isolamento do depoente e da espontaneidade das suas respostas. Embora o depoimento pessoal por videoconferência alinhe-se ao conceito de eficiência aderido pela Lei nº 13.105/15, pode se apresentar pernicioso para o incremento do objetivo probatório traçado pelo próprio Código de Processo Civil, uma vez que, se o depoimento pessoal não for prestado na sede física do juízo da comarca, seção ou subseção judiciária em que resida a parte depoente, a sua produção estará isenta de qualquer controle relevante.

Isso porque, afora os riscos já abordados no capítulo anterior, a parte que ainda não depôs pode receber, em tempo real, informações relacionadas ao depoimento da outra parte, mesmo que não tenha acesso à plataforma eleita para o seu depoimento até o momento em que deva prestá-lo. Diante dos limites de uma transmissão audiovisual que se desenvolva por via eletrônica, o juiz, a parte contrária e o seu representante, o auxiliar interno do juízo e o membro do Ministério Público que atue como fiscal do ordenamento jurídico não estão aptos ao exercício do direito de fiscalidade a respeito do manuseio de equipamentos pela parte que ainda não prestou depoimento, pelo seu representante ou por terceira pessoa, tais como smartphone, tablet, netbook, notebook, smartwatch e ponto eletrônico, cuja utilização é desautorizada no momento da produção da prova oral.

Além disso, caso o depoimento pessoal por videoconferência não seja prestado na sede física do juízo da comarca, seção ou subseção judiciária em que resida a parte depoente, instala-se a possibilidade de que essa oferta às perguntas que lhe são formuladas respostas que sejam: a) ditadas por pessoa que não seja identificada no âmbito audiovisual, com a finalidade de auxiliá-la; b) estampadas em documento previamente preparado pela parte ou produzido em seu favor, seja com o emprego da tecnologia ou não, que não se enquadre na noção de notas breves; c) apresentadas por quem não seja a parte, mas que, por via da adoção de expedientes de manipulação de imagens, apresente-se como autor ou réu; d) pronunciadas pela própria parte, que, no momento do seu depoimento, pode estar sujeita à coação; e) oferecidas apenas em parte ou sequer oferecidas pela baixa qualidade da conexão de internet ou por problemas relativos à rede de telefonia celular ou elétrica; f) baseadas em informações acessadas após a interrupção proposital da transmissão audiovisual pela parte depoente, mas anunciada como decorrente da má qualidade da conexão de internet; g) formalizadas por uma pessoa que não é a parte e que se apresente como depoente, mesmo sem adotar expedientes que proporcionem a manipulação de imagens.

Conforme afirmam Émilien Vilas Boas Reis e Bruno Torquato de Oliveira Naves, na contemporaneidade, existem “problemas práticos que forçam diferentes reflexões em relação às novas descobertas”.²⁰ É o que se impõe quanto ao depoimento pessoal por videoconferência que não seja prestado na sede física do juízo da comarca, seção ou subseção judiciária em que resida a parte depoente.

²⁰ REIS, Émilien Vilas Boas; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O meio ambiente digital e o direito à privacidade diante do Big Data. Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, p. 145-167, jan./abr. 2020, p. 155.

4. Considerações finais

A despeito de se alinhar à pretensão de eficiência acolhida pelo Código de Processo Civil brasileiro, o depoimento pessoal por videoconferência que não seja prestado na sede física do juízo da comarca, seção ou subseção judiciária em que resida a parte depoente pode tornar inócuas as exigências de isolamento do depoente e espontaneidade das suas respostas, inviabilizando não somente a obtenção da confissão válida, mas o incremento do escopo probatório estabelecido pela Lei nº 13.105/15.

Referências

ARRUDA ALVIM NETTO, José Eduardo. Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BEBBER, Júlio César. Uso de Equipamento para transmissão e recepção de sons e imagens nas audiências trabalhistas. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 62, n. 93, p. 281-290, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/escola/institucional/revista/revista-93/@@cached-display-file/pdf_version_file/revista-93.pdf?m=2020_02_14_18_39_32>. Acesso em: 3 jun. 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 4 jun. 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 4 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15). In: BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique (Org.). Novo Código de Processo Civil: Lei n. 13.105/15 com as alterações da Lei 13.256/2016. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum – procedimento ordinário e sumário. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2. t. 1.

CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Giuffrè, 1962. v. 1.

FREITAS, Helena. Eficiência da jurisdição: necessidade de sua (des)construção para

efetivação do modelo constitucional de processo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

GÓES, Gisele Fernandes. Depoimento pessoal e confissão. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1048-1061.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Exegese do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Aide, 1992. v. 4. t. 1.

POPPER, Karl Raimund. A lógica da pesquisa científica. Tradução de Leonidas Hengenber e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004.

REIS, Émilien Vilas Boas; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O meio ambiente digital e o direito à privacidade diante do Big Data. Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, p. 145-167, jan./abr. 2020.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16. ed. reform. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



REVISTA IBÉRICA DO DIREITO



IBEROJUR

INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 1, Número 2,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt