

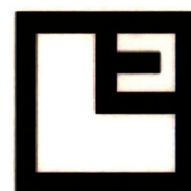


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
DE LISBOA**

**LISBON
LAW
REVIEW**

2016/2



LVII

-
- Editorial**
 03-04 Nota do Director
-
- A. Daniel Oliver-Lalana**
 05-37 ¿Le importa a alguien que los legisladores razonen? Sobre el análisis y el control del debate parlamentario de las leyes
-
- Alessio Sardo**
 39-50 Qualche Aggiornamento sul Significato Imperativo
-
- Diego Dei Vecchi,**
 51-65 Actos de habla y el punto de vista del derecho
-
- Eugenio Bulygin**
 67-80 La Lucha de G. H. Von Wright y C. E. Alchourron con la Logica Deontica
-
- Giovanni B. Ratti**
 81-91 Lógica de normas y racionalidad del legislador: un desencuentro
-
- Jorge Botelho Moniz**
 93-121 Entendendo o secularismo moderno – Análise dos mecanismos de financiamento das igrejas e confissões religiosas em seis países europeus
-
- Jorge Miranda**
 123-165 Responsabilidade intergeracional
-
- Lígia Rocha**
 167-193 O Conflito de Deveres como Causa de Justificação do Abuso de Confiança Fiscal? – Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Proc. 81/12.4IDEVR.E1 de 20-05-2014
-
- Marco Caldeira**
 195-213 Revisitando as Nulidades Urbanísticas, à luz do novo CPA
-
- Marta Coimbra**
 215-250 No caminho da união bancária: o Mecanismo Único de Resolução
-
- Pablo A. Rapetti**
 251-269 En torno al enfoque neohartiano de Kevin Toh sobre los desacuerdos jurídicos
-
- Pedro Soares Martinez**
 271-285 O Reino-Unido de Portugal, Brasil e Algarves – política e diplomacia

Responsabilidade intergeracional*

Jorge Miranda

I INTRODUÇÃO

1. Liberdade, responsabilidade e solidariedade constituem os valores básicos em que assenta uma sociedade devidamente ordenada: liberdade das pessoas como pessoas e como cidadãos e liberdade dos grupos em que se integram; responsabilidade efetivada nas consequências das suas ações e omissões; solidariedade como reciprocidade de direitos e deveres e cerne do bem comum¹.

Hoje fala-se de tudo isto não apenas nas relações entre aqueles que vivem no presente ou que pertencem a certo estrato etário, profissional, local mas também olhando àqueles que não têm, ou não têm ainda ou não têm plenamente a possibilidade de se afirmar, seja porque, embora concebidos, ainda não nasceram, seja porque pertencem a estratos em situação de carência, seja porque são encaradas em perspetiva de futuro.

Fala-se em liberdade, responsabilidade e solidariedade no presente e em liberdade, responsabilidade e solidariedade perante o futuro. Em contrato social dentro da mesma geração e em contrato intergeracional. E, em particular, tanto em responsabilidade nos tempos atuais por parte dos que são livres para decidir como em responsabilidade entre sucessivas gerações (tomando geração num sentido amplo, um pouco diferente do que é mais habitual).

¹ Cfr., por exemplo, as visões de ROQUE CABRAL, *Responsabilidade*, in *Verbo – Edição Século XXI*, vol. 25, 2002, págs. 287 e 288; JORGE PEREIRA DA SILVA, *Breves ensaios sobre a protecção constitucional dos direitos das gerações futuras*, in *Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, obra coletiva, Coimbra, 2010, págs. 463 e segs.

E, por outro lado, as de SERIO GALEOTTI, *Il valore delle solidarietà*, in *Diritto e Società*, 1996, págs. 1 e segs.; JOSÉ CASALTA NABAIS, *Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1999, págs. 145 e segs.; ou de FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La solidaridad como principio constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 2º semestre de 2012, págs. 390 e segs.

* Aula dada em 9 de julho no curso de verão de Direito da Bioética da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. A convite da Revista.

Eis uma problemática imensa e intensa que vem concitando a atenção dos juristas e de especialistas de todas as áreas. No excurso que se segue, vão ser considerados três das suas mais importantes vertentes. Aludir-se-á, primeiro, à interrupção voluntária da gravidez, enquanto implica responsabilidade dos que já nasceram em face daqueles que estão para nascer; e, conexas com eles, à procriação medicamente assistida, à responsabilidade civil por morte de nascituro e à investigação de paternidade e maternidade. Em segundo lugar, aludir-se-á ao tratamento da terceira idade em face do que se vem chamando a sustentabilidade da segurança social, ligada à quebra de natalidade e ao envelhecimento da população. Por último, à preservação do meio ambiente.

São questões bem diversas, mas todas tendo de comum dizerem respeito à vida humana. À inviolabilidade da vida humana desde a concepção e à identidade pessoal, através do conhecimento dos seus progenitores. À qualidade de vida de todos, em todas as idades, condições e circunstâncias em que se encontrem ou possam vir a encontrar-se. À subsistência dos recursos naturais e do ambiente, sem os quais a vida se vai tornando insuportável. E a qualquer destas questões subjaz uma dimensão ética inafastável.

Não se estranhará, espera-se, que a perspectiva a adotar seja preferentemente a própria do Direito constitucional e tomando por referência, salvo quanto ao ambiente, decisões do nosso Tribunal Constitucional.

II A INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ

2. Sim, responsabilidade intergeracional é, antes de mais, a que tem por objeto os filhos já concebidos e que estão para nascer ou que podem vir a nascer, a responsabilidade de pai e mãe e da comunidade no seu conjunto².

O Tribunal Constitucional ocupou-se do assunto por cinco vezes e, em todas elas, decidiu-se pela não inconstitucionalidade das normas em causa. Em contrapartida, declarou sempre a vida intra-uterina um bem constitucionalmente protegido, ainda que pudesse ceder quando em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionais protegidos; e chegou, algo contraditoriamente, a afirmar a “dignidade da vida intra-uterina”³.

² Cfr., no plano da deontologia médica, J. A. ESPERANÇA PINA, *Ética, Deontologia e Direito Médico*, Lisboa, 2013, págs. 250 e segs.

³ *Diário da República*, 1ª série, de 20 de novembro de 2006.

3. O Tribunal Constitucional começou por ser chamado a apreciar a constitucionalidade de normas discriminadoras da interrupção voluntária da gravidez. Fê-lo através do acórdão nº 25/84, de 19 de março e do acórdão nº 85/85, de 29 de maio (o primeiro em fiscalização preventiva, o segundo em fiscalização sucessiva)⁴.

Em apreço estava o diploma que considerava como situação de exclusão da ilicitude ou (depois da reforma do Código Penal de 1995) de não punibilidade o aborto efetuado por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se verificassem ou se tivessem verificado determinadas situações.

Em ambos os acórdãos, o Tribunal entendeu, por maioria, que não se verificava inconstitucionalidade por três motivos principais: 1º) porque, embora a vida intra-uterina constituísse um bem jurídico constitucionalmente protegido (art. 24º da Constituição), ele não teria de receber a mesma tutela que o direito à vida propriamente dita e poderia, inclusive, ceder ante outros direitos ou valores também constitucionalmente protegidos; 2º) porque não existiriam imperativos constitucionais absolutos de criminalização ou descriminalização, mas unicamente uma ordem de valores constitucionais (e não hierarquizados); 3º) haveria outros meios de combate ao aborto (como a educação sexual e o apoio sócio-económico à mulher grávida).

4. Em 1997, o problema voltaria ao Parlamento. Dos três projetos então apresentados só seria, porém, aprovado o que alargou para 24 e 16 semanas, respetivamente, os prazos relativos ao aborto eugénico e ao aborto ligado a violação, procurando, ao mesmo tempo, definir, em moldes cientificamente mais corretos, doença congénita, malformação e inviabilidade do feto; daí a Lei n.º 90/97, de 30 de julho.

Em 1998, logo na sessão legislativa seguinte (passado o período de defeso imposto pelo art. 167º, nº 4 da Constituição) seriam retomados, com algumas modificações, os projetos rejeitados no ano anterior. Submetidos a votação na generalidade, também só um viria a ser aprovado. Entretanto, o procedimento parlamentar não prosseguiria até o fim, porque o Partido Socialista e o Partido Social-Democrata decidiram promover a realização de um referendo sobre o assunto.

O projeto aumentava de doze para dezasseis semanas o prazo de despenalização do aborto, quando este se mostrasse “indicado para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida, designadamente por razões de natureza económica ou social”. A novidade consistia, porém, na despenalização da interrupção voluntária da gravidez quando,

⁴ *Ibidem*, 2ª série, de 4 de abril de 1984, e de 25 de junho de 1985, respetivamente.

realizada até às dez semanas, após consulta de acompanhamento e para “preservação da integridade moral, da dignidade social e da maternidade consciente” da mulher. E foi acerca deste ponto que veio a ser elaborada a pergunta da proposta de referendo e que, conseqüentemente, versou o acórdão nº 288/98⁵.

5. Sendo o primeiro acórdão sobre uma proposta de referendo político vinculativo nacional, ele não poderia deixar de cuidar do instituto e de patentear o alcance atribuído pelo Tribunal ao seu próprio poder de controlo.

Reconheceu, pois, o aresto (nº 26) a indispensável emissão de um juízo de constitucionalidade substantiva sobre o sentido da pergunta referendada, por o princípio maioritário ter de se conjugar com o princípio da constitucionalidade. E aquele princípio, sublinhou, é bem menos atingido quando, por razões de constitucionalidade se impede a expressão da vontade popular direta do que quando se inviabiliza a execução dessa vontade depois de livremente manifestada.

A pergunta do referendo era a seguinte: “Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez se realizada até dez semanas, por opção da mulher, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?”. E ressaltava à vista desarmada a sua extensão compósita e aglutinante, com possíveis dificuldades de apreensão clara e imediata. Teria sido preferível desdobrá-la. Talvez fosse exagerado, mesmo assim, sustentar que não era objetiva. Aquilo de que poderia, pelo contrário, ser acusada seria de se mostrar por demais redutora, não esgotando as margens de escolha dos cidadãos.

6. A parte nuclear e mais controvertível do acórdão viria a ser a análise do problema de constitucionalidade da resposta afirmativa à pergunta (nº 27 e segs.).

Consciente da sua gravidade, o Tribunal começou aí por dar conta do debate sobre ele em vários países europeus e em Portugal, com sucessivas tomadas de posição da justiça constitucional. E notou que, na maior parte desses países, se permitia a interrupção voluntária da gravidez até ao terceiro mês, por opção da mulher, em estabelecimento de saúde, embora tal opção supusesse sempre uma prévia consulta de aconselhamento e um período de reflexão.

Na esteira dos dois acórdãos anteriores, o Tribunal reafirmou a dimensão objetiva inerente à vida intra-uterina, mas sustentou que a sua proteção não tinha de assumir sempre idêntico grau de densificação, sendo este tanto maior quanto mais próximo estivesse o nascimento. E iria mais longe, dando um salto que ali não fora dado: que a harmonização entre a proteção da vida intra-uterina e certos direitos da mulher, na procura de uma equilibrada ponderação dos interesses, seria suscetível de

⁵ *Diário da República*, 1ª série-A, de 18 de abril de 1998.

passar pelo estabelecimento de *uma fase inicial* do período da gestação em que a decisão sobre uma eventual interrupção *coubesse à própria mulher*⁶.

Uma coisa viria a ser, porém, a exclusão da ilicitude da interrupção voluntária da gravidez, conferindo-se à mulher, dentro de certo prazo, determinar os casos e as circunstâncias que a podiam justificar. Outra coisa uma inteira liberdade da mulher de controlar a sua capacidade reprodutiva, um direito constitucional a livremente abortar – coisa que o Tribunal rejeitou (tal como rejeitou o aborto como método de controlo de nascimentos).

Ou seja: a colisão de bens jurídicos constitucionalmente amparados podia ser resolvida pelo legislador, dentro do seu campo de conformação ou discricionariedade, punindo-se – suposto que permanecesse o modelo de infração – ou não se punindo a interrupção voluntária da gravidez. Não existiria consenso social em tomo da criminalização, nem se excluía que se estaria perante um *direito penal simbólico*, nem se demonstrava que os meios penais não pudesse ser vantajosamente substituídos por outros de maior *eficácia prática*.

A isto acrescia que as circunstâncias de facto, às quais só o legislador poderia dar resposta, permitiam que, numa sociedade europeia em que praticamente foram abolidas as fronteiras, se criasse uma escandalosa situação de desigualdade perante a lei penal: quem usufruindo de razoável situação económica e pretendesse interromper a gravidez, quiçá por comodismo, poderia impunemente fazê-lo numa boa clínica de um país europeu; mas, quem não tivesse capacidade económica e fosse levada ao aborto por necessidade correrá o duplo risco da intervenção clandestina e da sanção penal.

7. Como seria de esperar, foi à volta da questão da interrupção voluntária da gravidez que, como sucedera em 1984 e em 1985, mais fortemente se dividiram os juízes constitucionais: 7 contra 6.

Para os juízes vencidos, não seria admissível invocar o cânone hermenêutico da harmonia ou concordância prática, pois a resposta afirmativa à pergunta proposta conduziria ao esmagamento de um dos bens jurídicos em presença – o mais essencial de todos, a vida humana – em favor do outro – os direitos da mulher; e provocaria uma desconsideração absoluta das 10 primeiras semanas de um ser humano em devir (Tavares da Costa).

Haveria situações em que se compreenderia que a mulher não levasse a gravidez até ao fim, mas situações a averiguar *em concreto* e submetidas à análise dos princípios quer da não exigibilidade, quer, mais precisamente, do estado de necessidade (desculpante). O que não se compreenderia seria uma norma de despenalização da

⁶ Itálicos nossos.

interrupção voluntária da gravidez inteiramente livre, fosse por carência de meios económicos e de inserção social, fosse por puro comodismo, fosse em resultado de um verdadeiro estado depressivo da mãe que visasse apenas, por exemplo, selar a destruição das relações com o outro progenitor (Paulo Mota Pinto).

Em segundo lugar, as declarações de voto dissidentes insistiram na função do Direito penal enquanto mediador privilegiado da transposição dos valores jurídico-constitucionais para a diuturna vida jurídica e social (Cardoso da Costa). Ao direito a nascer, como pressuposto do direito à vida, corresponderia uma obrigação positiva do legislador penal (Vitor Nunes de Almeida, Messias Bento). Não se divisariam outros meios a que se pudesse recorrer para adequadamente proteger um bem, afirmando a sua dignidade ética para a comunidade jurídica (Paulo Mota Pinto, Cardoso da Costa); nem seria líquido que uma resposta positiva viesse a contribuir para a diminuição do aborto clandestino (Paulo Mota Pinto).

De todo o modo, ainda que, no limite, se defendesse que a simples discriminalização se compatibilizaria com o princípio da inviolabilidade da vida humana, ficando esta protegida por formas de tutela jurídica sem carácter penal, já nunca o seria a liberalização no sentido de tomar a interrupção voluntária da gravidez um ato lícito, não condicionado por qualquer causa justificativa (Maria dos Prazeres Beleza).

8. De novo, em 2006, a pergunta formulada em 1998 voltaria à Assembleia da República e, de seguida, ao Tribunal Constitucional.

Era uma pergunta igual à que fora apresentada em 1998 também a referendo e que, nessa altura, recebera resposta negativa (embora sem se atingir o patamar de participação de mais de 50% dos eleitores, exigida pelo art. 115º, nº 1 da Constituição). Submetida ao Tribunal Constitucional, este, tal como em 1998, pronunciou-se pela não inconstitucionalidade, e igualmente por sete votos contra seis. Foi o acórdão nº 617/2006, de 15 de novembro de 2006⁷.

9. A maioria que se formou no Tribunal não hesitou quanto à clareza, objetividade e precisão da pergunta.

Mas, entrando no cerne da questão, o Tribunal apoiou-se num trecho do acórdão nº 288/98, em que se sustentava que o método dos prazos, tal como surgia na pergunta, realizava uma harmonização ou concordância prática entre os valores conflitantes, pois que tal harmonização ou concordância prática «se faz entre bens jurídicos, implicando normalmente que, em cada caso, haja um interesse que acaba por prevalecer e outro por ser sacrificado. O legislador não poderia estabelecer, por exemplo, que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mulher era hierarquicamente

⁷ *Diário da República*, 1ª série, nº 233, de 20 de Novembro de 2006.

superior ao bem jurídico “vida humana intra-uterina” e, conseqüentemente, reconhecer um genérico direito a abortar, independentemente de quaisquer prazos ou indicações. Em contrapartida, já podia determinar que, para harmonizar ambos os interesses, se teriam em conta prazos e circunstâncias, ficando a interrupção voluntária da gravidez dependente apenas da opção da mulher nas primeiras dez semanas, condicionada a certas indicações em fases subseqüentes e, em princípio, proibida a partir do último estágio de desenvolvimento do feto.

O método dos prazos, acrescentou ainda o Tribunal, só exprimiria uma absoluta rejeição da proteção jurídica da vida intra-uterina se não existissem, mesmo nessa fase, meios legais de proteção da maternidade na ordem jurídica portuguesa, que deveriam atuar no sentido de dar a oportunidade à mulher grávida de se decidir pela maternidade.

A criminalização da interrupção voluntária da gravidez seria, aliás, apenas um modo sancionatório de tutela da vida intra-uterina e nunca o meio preferencial de proteção jurídica, dada a natureza do conflito vivido pela mulher grávida e o sentido comum da maternidade (na gravidez, estabelece-se, em princípio, uma forte relação emocional, de proximidade e de amor pelo ser em gestação e não meramente uma “relação de respeito” por um bem alheio) (n^{os} 31 e 32).

Desta forma, sem divergir, no essencial, da linha de orientação dos Acórdãos n^{os} 25/84 e 85/85 quanto à dignidade da vida intra-uterina como bem jurídico protegido pela Constituição, independentemente do momento em que se entendesse que esta tem início, a pergunta referendária não pressuporia o abandono da proteção jurídica da vida intra-uterina e colocava-se ainda no plano de uma ponderação de valores. Apenas se teria de concluir que à liberdade de manter um projeto de vida era dada uma superior valoração, nesta primeira fase, para efeitos de não-punição, sem que isso quisesse e pudesse implicar “abandono jurídico” da vida intra-uterina (n^o 33). Nesta conformidade, afiguravam-se particularmente importantes, por poderem vir a revelar-se bem mais eficazes que a própria repressão penal, medidas comuns à generalidade das legislações europeias sobre a matéria, como a obrigatoriedade de uma prévia consulta de aconselhamento, em que pudesse ser dada à mulher a informação necessária sobre os direitos sociais e os apoios de que poderia beneficiar no caso de levar a termo a gravidez, bem como o estabelecimento de um período de reflexão entre essa consulta e a intervenção abortiva, para assegurar que a mulher tomasse a sua decisão de forma livre, informada e não precipitada, evitando-se a interrupção da gravidez motivada por súbito desespero.

10. Apesar de entenderem que o artigo 24^o da Constituição consagrava não só o direito fundamental à vida mas também uma tutela não subjetivada do bem “vida humana em formação”, a maior parte dos juizes vencidos admitiu que esta tutela

não tivesse de assumir as mesmas formas e o mesmo grau de densificação. E admitiu também, em caso de conflito com outros direitos constitucionalmente protegidos, que se pudesse e devesse proceder-se a uma tentativa de otimização (juiz Paulo Mota Pinto).

O que não aceitavam era a conclusão de que a afirmada “concordância prática” entre a liberdade, ou o “direito ao desenvolvimento da personalidade”, da mulher e a proteção da vida intra-uterina pudesse conduzir a desproteger inteiramente esta última nas primeiras dez semanas (durante as quais esse bem era igualmente objeto de proteção constitucional), por a deixar à mercê de uma livre decisão da mulher, *independentemente da verificação de qualquer motivo ou indicação no caso concreto*.

A medida legislativa que os proponentes do referendo visavam aprovar, na hipótese de resposta afirmativa vinculativa, não consistiria numa mera despenalização (sem descriminalização). Não se trataria da previsão de situações de não aplicação de penas a determinados autores de condutas que continuariam a ser qualificadas como criminalmente ilícitas, mas muito mais do que isso. Tratar-se-ia de deixar de considerar como crime, relativamente a todos os participantes nessas intervenções (e não apenas à mulher grávida), o aborto praticado, nas primeiras dez semanas de gravidez, por opção da mulher, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado. E não se trataria apenas de afastar a ilicitude criminal, mas toda e qualquer ilicitude. Tratava-se de assegurar, pelo próprio Estado, designadamente através do serviço nacional de saúde, a prática desses atos. Pretendia-se passar de uma situação de “crime punível”, não a uma situação de “crime não punível”, mas a uma situação de “não crime”, de “não ilícito” e de “direito a prestação do Estado” (juiz Mário Torres).

Nem poderia deixar de se considerar inconstitucional um sistema que, na parte em que acolhia o método dos prazos, não o condicionava a um sistema de aconselhamento orientado para a salvaguarda da vida. Se se reconhecia que a vida intra-uterina constituía um valor constitucionalmente tutelado, cuja defesa incumbia ao Estado, seria contraditório e incongruente considerar constitucionalmente aceitável uma solução em que a vida do feto era sacrificada, por mera opção da mulher, sem que o Estado tomasse qualquer iniciativa nesse domínio, a mínima das quais seria condicionar o aborto à obrigatoriedade de aconselhamento e de um período de reflexão. Aconselhamento este que, nos sistemas legais que o acolham, não havia surgido como mecanismo estranho à solução penal (como as consultas de planeamento familiar), mas antes se inseria no estrito domínio penal, como condição da não incriminação ou punição do aborto (juiz Mário Torres).

11. Pela quinta vez, em 2010, o problema teria de ser retomado pelo Tribunal Constitucional.

Com efeito, na sequência da anterior decisão e do referendo entretanto realizado, a Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, tinha alterado o art. 142.º do Código Penal, passando a não punir a interrupção da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando houvesse seguros motivos para prever que o nascituro viria a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e fosse realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excecionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderia ser praticada a todo o tempo, e quando realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez.

Neste caso, o consentimento seria prestado em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo, o qual deveria ser entregue no estabelecimento de saúde até ao momento da intervenção e sempre após um período de reflexão não inferior a três dias a contar da data da realização da primeira consulta destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável [n.º 4, alínea b)].

Competiria ao estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido onde se praticasse a interrupção voluntária da gravidez garantir, em tempo útil, a realização da consulta obrigatória prevista na alínea b) do n.º 4 do artigo 142.º do Código Penal e dela guardar registo no processo próprio.

Os estabelecimentos de saúde, oficiais ou oficialmente reconhecidos, para além de consultas de ginecologia e obstetrícia, deveriam dispor de serviços de apoio psicológico e de assistência social dirigidos às mulheres grávidas; e garantiam obrigatoriamente às mulheres grávidas que solicitassem aquela interrupção o encaminhamento para uma consulta de planeamento familiar.

O Serviço Nacional de Saúde, segundo o artigo 3.º, deveria organizar-se de modo a garantir a possibilidade de realização da interrupção voluntária da gravidez nas condições e nos prazos legalmente previstos.

Estaria garantida a objeção de consciência dos médicos e demais profissionais da saúde, embora devendo o Governo adotar providências para que do seu exercício não resultasse a inviabilidade do cumprimento dos prazos legais.

Para execução dos artigos 2.º e 4.º da Lei, o Governo viria a emitir a Portaria n.º 741.º-A/2007, de 21 de Junho.

Todavia, como tivesse sido arguida a inconstitucionalidade, em fiscalização sucessiva abstrata, o Tribunal viria a emitir um novo acórdão, o acórdão n.º 75/2010, de 23 de Fevereiro⁸, em que não deu provimento ao pedido.

⁸ *Diário da República*, 2ª série, de 26 de Março de 2010.

12. O discurso argumentativo do Tribunal no sentido de não inconstitucionalidade assentou na procura de uma visão integrada de todo o regime constante da Lei n.º 16/2007 e no relegar da Portaria n.º 741-A/2007 para o mero âmbito executivo.

«O Tribunal perfilha o entendimento de que a vida intra-uterina é um bem digno de tutela em todas as fases pré-natais, sem prejuízo de admitir diferentes níveis e formas de proteção, em correspondência com a progressiva formação do novo ente. «Dentro destas coordenadas, o *se* da admissibilidade da consagração do modelo de prazos é questão que não pode agora ser desligada do *como* da sua concreta configuração. O que cumpre fundamentalmente valorar é *se*, tendo em conta a modelação concreta da disciplina legal, a solução da impunibilidade, dentro desse contexto normativo, corresponde ou não a “deixar totalmente desprotegida a vida humana até às 10 semanas”, como se sustenta no pedido. (...)

«O Estado não está apenas obrigado ao respeito da vida pré-natal, abstendo-se de qualquer ação suscetível de acarretar a destruição do seu desenvolvimento no ventre materno. Sobre ele recai também uma vinculação a prestações satisfatórias da “garantia de efetivação” (artigo 2.º da CRP) de tal valor, designadamente contra potenciais agressões de terceiros ou da própria gestante – dimensão sobre que, atenta a sua natureza, repousa o essencial da consistência prática do bem em causa.

«Esta injunção constitucional comporta seguramente o dever de adoção de medidas *preventivas*, numa dupla direção: a de evitar situações de gravidez indesejada (em que se insere a garantia do “direito ao planeamento familiar” consagrada na alínea *d*) do n.º 2 do artigo 67.º da CRP) e a de contrariar motivações abortivas, uma vez iniciado esse estado. Aqui se incluem também medidas *incentivadoras*, sem esquecer as que visam o exercício (mas também, antes dele, a assunção) de uma maternidade consciente (cfr. a mesma alínea), as quais têm uma iniludível projeção irradiante, de sentido tutelador, neste campo. (...)

«Na fixação dessa disciplina, goza o legislador ordinário de uma ampla margem de discricionariedade legislativa, balizada por dois limites ou proibições, de sinal contrário. Ele deve, por um lado, não desrespeitar a *proibição do excesso*, por afetação, *para além* do admissível, da posição jurídico-constitucional da mulher grávida, nas suas componentes jusfundamentais do direito à vida e à integridade física e moral, à liberdade, à dignidade pessoal e à autodeterminação. Mas também deve, no pólo oposto, não descurar o valor objetivo da vida humana, que confere ao nascituro (à sua potencialidade de, pelo nascimento, aceder a uma existência autonomamente vivente) dignidade constitucional, como bem merecedor de tutela jurídica. (...)

«É o cumprimento efetivo de um *dever*, não o eventual aproveitamento de uma *permissão*, que constitui o objeto de apreciação, pelo que há que ajuizar unicamente se os meios de que o legislador se socorreu para tal fim levam o direito infracons-

titucional a situar-se num ponto ainda consentido pela *proibição de insuficiência*.
(...)

«A simples previsão de uma tramitação legal, com imposição à grávida de uma atuação sequencial, em momentos temporalmente intervalados, de que faz parte a sujeição a uma consulta prévia de carácter obrigatório, promove, no mínimo, e desde logo, a consciencialização (ou o reforço da consciencialização) da gravidade ético-jurídica daquilo que se intenta praticar, com incidência potencial sobre a própria tomada de decisão.

«A mais disso, a obrigatoriedade de percorrer um *iter* procedimental, em estabelecimento oficial ou oficialmente autorizado, com um prazo entre o pedido de marcação e a efetivação de consulta que pode ir até 5 dias (artigo 16.º, n.º 2, da Portaria n.º 741-A/2007, de 21 de Junho), e um período de reflexão mínimo de 3 dias, entre a consulta prévia e a entrega do documento formalizador do consentimento (artigo 142.º, n.º 4, alínea *b*) da Lei n.º 16/2007, e artigo 18.º, n.º 1, da referida Portaria), traz, com a garantia de um “consentimento livre e esclarecido”, um obstáculo eficiente à execução de decisões tomadas por impulso, circunstancialmente motivadas e insuficientemente ponderadas. (...))»

«Num campo de valoração pouco propício a conceções absolutizantes de imperativos reguladores, em que não se divisam soluções ideais, de eficiência garantida, mas em que, pelo menos, é certo que a punição criminal não reduz significativamente o número de abortos e é contraproducente em relação a bens constitucionalmente protegidos (a saúde da mulher, designadamente), não se afigura injustificado *confiar* na capacidade da grávida para tomar uma decisão responsável.

(...)

«(...) Toda a preocupação revelada na Lei n.º 16/2007, de estruturação de serviços e de imposição de procedimentos na sua utilização, não tem um significado puramente técnico-organizativo, só se compreendendo como expressão de empenho na tutela, para além da saúde da mulher, da vida pré-natal. E não é a omissão de uma expressa vinculação formal dos serviços à consecução dessa finalidade que pode servir de razão bastante para negar a presença dessa intencionalidade de tutela, quando só ela dá objetivamente sentido ao conteúdo de muitas das normas de organização e de procedimento constantes daquele diploma.

(...)

«A emissão de um tal juízo apoia-se também na consciência de que o cumprimento dos deveres de proteção está sujeito a limites fácticos e jurídicos (...), sendo ilusório acreditar num ilimitado poder do legislador de intervenção modificativa da realidade. Daí que ao juízo de não inconstitucionalidade se não oponha uma posição de ceticismo quanto à eficácia tuteladora, *em termos absolutos*, da solução encontrada.»
Quanto ao período mínimo de três dias de reflexão entre a consulta e a prestação

do consentimento, disse o acórdão que se tratava de um prazo *mínimo*, nada obstante (antes tudo aconselhando) a que, em caso de persistência de dúvidas da gestante, no termo desse período, a intervenção, no limite das 10 semanas, fosse retardada, de modo a não impossibilitar uma definitiva decisão em contrário.

Quanto à inexigibilidade do consentimento do progenitor para a realização da interrupção da gravidez prevista na alínea *e*) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal, ela não envolvia para o Tribunal qualquer desqualificação arbitrária da paternidade enquanto valor social eminente, nem se apresentava carecida de justificação objetiva e racional, em termos de poder ser considerada violadora do princípio da igualdade. A solução estava, por assim dizer, na “natureza das coisas”, por condicionada pela realidade biológica da gestação humana.

13. Cinco dos juízes dissentiram da fundamentação e das conclusões do acórdão e juntaram declaração de voto.

Segundo o Juiz José Borges Soeiro a Lei não teria alcançado o equilíbrio entre o sistema das “*indicações*” e o sistema dos “*prazos*”, pois o aconselhamento prévio à mulher grávida teria de ser não apenas meramente *informativo* mas igualmente *dissuasor* e orientado para a defesa da vida, não se desconsiderando, naturalmente, a liberdade de opção e decisão da mulher, encorajando-a a prosseguir com a gravidez. E, como a consulta deveria ser neutral, o impedimento lançado sobre os médicos objetores de consciência da possibilidade da prática de atos para os quais se encontravam profissionalmente habilitados traduzir-se-ia numa discriminação negativa, capaz de conflitar com o princípio da igualdade.

Para o Juiz Benjamim Rodrigues, a operação de concordância prática dos direitos e valores constitucionalmente relevantes teria sido feita com desrespeito pelos artigos 24.º e 18.º, n.ºs 2 e 3 da Constituição. O acórdão não teria realizado qualquer juízo de concordância prática entre os dois valores ou direitos constitucionais, tidos como estando em conflito: o direito do ser, “embrião/feto humano”, a nascer e a “liberdade da mulher a manter um projeto de vida, como expressão do livre desenvolvimento da sua personalidade”.

«O direito à vida humana é protegido pela Constituição (artigo 24.º, n.º 1) como direito inviolável. O vocábulo “inviolável” só poderá significar que se trata de um direito que não poderá ser violado em caso algum, mesmo pelo Estado legislador. Nesta ótica, apenas, se conceberão causas de exclusão que consubstanciem, perante a Constituição, situações de não violação, como sejam as causas constitucionais de desculpabilização ou de justificação.

(...)

«Ao contrário, o direito ou garantia fundamental que se apresenta em colisão com ele – a liberdade da mulher a manter um projeto de vida como expressão do livre

desenvolvimento da sua personalidade – não se apresenta dotado constitucionalmente de uma tal força excludente de lesão.

(...)

«(...) o prosseguimento da vida uterina não extingue a liberdade da mulher a manter um projeto de vida como expressão do livre desenvolvimento da sua personalidade, mas tão só, quando muito, a obriga a que adapte, para o futuro, o seu projeto de vida às novas circunstâncias, tal qual pode acontecer por força de muitas outras circunstâncias possíveis naturalisticamente, como, por exemplo, a doença, o desemprego, acidentes, etc. (...)

(...)

«Finalmente, a proibição, pelo legislador ordinário de os médicos objetores de consciência poderem participar na consulta prevista na alínea b) do n.º 4 do artigo 142.º do Código Penal ou no acompanhamento das mulheres grávidas a que haja lugar durante o período de reflexão, prevista no artigo 6.º, n.º 2, da Lei n.º 16/2007, é também inconstitucional, por violação desproporcionada do direito fundamental da liberdade de trabalho e de profissão, consagrada no artigo 47.º, e da garantia de liberdade de consciência, reconhecida no artigo 41.º, ambos os preceitos da Constituição, bem como do princípio da igualdade, estabelecido no artigo 13.º da mesma Lei fundamental».

O Juiz Carlos Pamplona de Oliveira, além de reiterar a violação do artigo 24.º, considerou que os artigos 3.º e 4.º da Lei n.º 16/2007 ofendiam o princípio autónomico decorrente do n.º 2 do artigo 6.º e do n.º 1 do artigo 227.º da Constituição. Por seu turno, a Juíza Maria Lúcia Amaral sustentou que o acórdão teria acabado por não revelar um critério a partir do qual se pudesse medir a existência, ou inexistência, de um *deficit legislativo de proteção* da vida humana. Sempre que o legislador estivesse *constitucionalmente obrigado a proteger certo bem*, tal significaria que as medidas a adotar deveriam propiciar a mais ampla proteção fáctica e juridicamente possível; e uma medida que ficasse *aquém* do fáctica e juridicamente possível não seria, em princípio, “adequada”, por não concretizar o mandado de concordância prática entre diferentes bens jusfundamentais a que estava adstrito o legislador – tanto aquele que restringe, quanto aquele que protege ou promove.

(...)

«Paradoxalmente, porém, a *consulta obrigatória*, que deveria ser o lugar sistémico para o cumprimento do dever estadual de proteção da vida – tornando-se por isso *aberta em relação ao resultado*, por dela não dever resultar nenhuma imposição da conduta futura da grávida, mas *comprometida quanto aos seus próprios fins*, por implicar um reconhecido empenhamento do Estado quanto à desincentivação do aborto –, vem a ser regulada pelo legislador como se, afinal, de um estrito procedimento formal se tratasse (para além de nela não poderem estar presentes, por proibição decorrente do n.º 2 do artigo 6.º da Lei, os médicos objetores de consciência).»

Por último, o juiz Rui de Moura Ramos, presidente do Tribunal, insistiu também em que «havia de reconhecer a cada ser intra-uterinamente vivo, para o Estado, o dever de organizar e conformar a ordem jurídica de uma tal maneira que a toda a expressão de vida embrionária ou fetal, independentemente da fase ou momento do processo de gestação em que se situasse, fosse facultado, e portanto também durante as dez primeiras semanas, através da mobilização do direito ordinário, um nível mínimo de proteção efetiva (...). O desenvolvimento do processo de gestação constitui um ponto de partida constitucionalmente viável para a instituição de um modelo de tutela progressiva, exprimindo-se aqui uma gradualidade, não na qualidade ou valor do objeto a tutelar, mas sim, e decisivamente, na relação de adequação entre o meio de proteção a mobilizar e a realidade existencial a que se dirigia a tutela.»

Quanto às informações a prestar pelos serviços, embora não se pudesse excluir, num juízo de prognose, a eventualidade de poderem contribuir, em associação com outras circunstâncias particularizáveis em cada caso, para o enfraquecimento – ou até mesmo para a anulação – de uma predisposição originária favorável à interrupção da gravidez, o certo é que, de um ponto de vista teleológico e dogmático, do que se tratava aqui era de elementos ou fatores externos à modelação da decisão que se colocava perante as alternativas representadas pela prossecução da gravidez e a concretização da interrupção e, portanto, cuja possível influência naquele primeiro sentido era de tal modo longínqua, contingente e difusa que não chegava para exprimir um qualquer consistente nível de comprometimento do sistema de direito ordinário na realização do mandamento jurídico-constitucional de proteção da vida intra-uterina.

«Ao isentar o procedimento que substituiu o anterior tipo incriminador do propósito de influenciar a grávida no sentido da preservação da vida intra-uterina e cuidando expressamente da exclusão da possibilidade de nesse sentido poder vir a ser exercida qualquer forma de ingerência no respetivo processo decisório, a solução normativa enunciada nos artigos 1.º, 2.º, n.º 2, e 6.º, n.º 2, da Lei n.º 16/2007 conduz à conclusão de que, mesmo que se tratasse aí de dar expressão à tutela da autodeterminação da gestante e do seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, estes estariam em qualquer caso sobre-avaliados.»

14. Apresentadas as posições contrastantes manifestadas em sucessivos acórdãos do Tribunal Constitucional, reitero agora o entendimento que sobre eles tenho expendido ao longo dos anos, mormente em resenhas de jurisprudência – um entendimento distante e muito crítico⁹.

⁹ V. *O Direito*, 1998, págs. 366 e segs. e 2007, págs. 467 e segs. e *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle*, 1998, págs. 929 e segs.; 2006, págs. 864 e segs.

Não compreendo como possa deixar-se à mulher a decisão sobre um ser humano até às dez semanas de existência – mormente em face de uma Lei Fundamental como a nossa tão preocupada (talvez mais do que qualquer outra, como se vê pela expressão perentória usada no artigo 24º, nº 1 e pela recusa frontal e absoluta da pena de morte nos artigos 24º, nº 2 e 33º, nº 4) com a inviolabilidade da vida humana. E, embora este seja um argumento meramente literal, não deixa de impressionar (conforme notou o juiz Benjamim Rodrigues), a especial intencionalidade do âmbito de proteção constitucional de certos direitos e garantias ligada ao adjetivo *inviolável* (“a vida humana é inviolável”; “a integridade moral e física das pessoas é inviolável”; “a liberdade de consciência, religião e culto é inviolável”). Por certo, o Direito penal não tem de ser conformado constitucionalmente como um imperativo categórico imposto ao legislador ordinário, regulando-se, antes, por ponderações de valores e interesses situados num contexto histórico e por necessidades político-criminais, como se diz no acórdão (nº 15). E nem contesto a afirmação de que os valores não se encontram acima da discussão livre e que não é possível impô-los a outrem, sem cumprir um estrito dever de fundamentação sujeito a um método argumentativo e participado (nº 8).

Toda a minha discordância está na forma como o acórdão, depois de reconhecer uma relação de alteridade entre a mulher e o ser em gestação, resolveu o conflito (ou pretense conflito) entre a sobrevivência desse ser em gestação e a mulher, a mãe, sacrificando aquele, sem causa, salvo a vontade da própria mulher.

15. Na lei vigente ao tempo do acórdão, a interrupção voluntária da gravidez não era punível, quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina (artigo 141º do Código Penal):

- Constituísse o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;
- Se mostrasse indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e fosse realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;
- Houvesse seguros motivos para prever que o nascituro viria a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e fosse realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderia ser praticada a todo o tempo;
- A gravidez tivesse resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção fosse realizada nas primeiras 16 semanas.

A verificação das circunstâncias que tornavam não punível a interrupção da gravidez era certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direção, a interrupção era realizada. Dava-se, por conseguinte, relevância a alguns fatores objetivos, a alguns interesses constitucional ou legalmente atendíveis. Ao invés, agora nenhum interesse ou bem jurídico surgia como condição de não punibilidade.

Nem esse interesse ou bem jurídico poderia ser o direito ao livre desenvolvimento da personalidade ou o respeito pelo projeto de vida da mulher, porque: a) o direito ao desenvolvimento da personalidade (consagrado ou explicitado, consoante se entenda, na Constituição desde 1997) encerra tanto um conteúdo de autonomia como de responsabilidade pessoal; b) entre a vida e um simples projeto de vida não se percebe como a vida não tenha de prevalecer; c) um projeto de vida e uma escolha pessoal fazem sentido antes da concepção e das relações que a provocam, não depois do facto consumado.

16. A opção da mulher está sujeita a um prazo de dez semanas e o aborto tem de ser realizado em estabelecimento de saúde legalmente autorizado. Trata-se, porém, de mera regulamentação, sem se afetar o direito à interrupção voluntária da gravidez atribuído à mulher (inclusive à menor?). Apenas se prescrevem certos condicionamentos (e não propriamente restrições, tal como configura estas o artigo 18º da Lei Fundamental). Ora, a nova incumbência assim assumida pelo Estado entra, por seu turno, em conflito com a proclamação da maternidade e da paternidade como valores sociais eminentes (artigo 68º, nº 2), com diversas incumbências constitucionais do Estado – como a de garantir o direito ao planeamento familiar [artigo 67º, nº 2, alínea *d*)], a de promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família [artigo 67º, nº 2, alínea *b*)], a de regular os impostos e os benefícios sociais de harmonia com os encargos familiares [artigo 67º, nº 2, alínea *f*)] e a de assegurar a organização do trabalho, de forma a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar [artigos 59º, nº 1, alínea *b*) e 67º, nº 2, alínea *h*)] – e com as funções do serviço nacional de saúde [artigo 64º, nº 2, alínea *a*), e nº 3, alínea *a*)].

17. Em vez da assistência à realização da interrupção voluntária da gravidez aquilo que da Constituição decorre para o Estado é, antes, o dever de proteção da vida humana (da vida humana, em qualquer estágio do seu desenvolvimento, pois o artigo 24º não distingue). Aliás, em geral, as normas sobre direitos, liberdades e garantias são hoje entendidas não só como normas de direitos negativos mas também como normas que impõem obrigações de proteção (assim, por exemplo, nos domínios da informática, da liberdade de expressão ou de direito de manifestação).

Como escrevem Rui Medeiros e Jorge Pereira da Silva¹⁰, sem dúvida que, numa ordem constitucional aberta, o legislador ordinário, com a sua legitimidade democrática, conserva uma ampla liberdade na escolha dos instrumentos adequados à proteção da vida intra-uterina. O reconhecimento deste dever de proteção da vida – vida intra-uterina obviamente incluída – não impede que se reconheça ao legislador a sua liberdade de conformação própria quanto aos instrumentos jurídicos concretos a utilizar na defesa do direito em causa. E, se é certo que entre esses instrumentos se destaca a criminalização das condutas violadoras do bem jurídico vida, nem sempre será o Direito Penal a conter as respostas adequadas e necessárias à defesa da vida em todas as circunstâncias em que ela esteja ou possa estar em risco. Numa palavra: a Constituição impõe que o legislador estabeleça formas de tutela jurídica da vida, mas não exige, sem qualquer margem de decisão legislativa, a criminalização abrangente, e sem quaisquer exceções, de todas as condutas em que esteja em causa a vida humana.

“Ainda assim, da conjugação do n.º 1 do artigo 24.º com o n.º 1 do artigo 18.º resulta uma verdadeira *proibição de défice de proteção*, a qual, em última análise, se reconduz a uma modalidade de inconstitucionalidade por omissão. Por conseguinte, não pode o legislador não adotar, ou suprimir sem substituição, certos instrumentos de proteção da vida, deixando que o nível de salvaguarda legal desta desça abaixo do constitucionalmente tolerável. Não se trata de exigir do legislador um nível de proteção ótimo, isento de ineficiências em todas e quaisquer circunstâncias, mas de fazer impender sobre ele uma obrigação de zelo na procura de soluções que, numa análise *ex ante*, se afigurem tanto quanto possível eficazes, não evidentemente lacunosas e razoavelmente equilibradas.

“Esta exigência dirigida ao legislador assume, em matéria de proteção da vida intra-uterina, especial acutilância, visto que a intensidade da tutela devida pelo legislador a um direito fundamental varia em função de vários fatores, designadamente: a centralidade do direito fundamental em apreço; a efetividade do perigo a que o mesmo está sujeito; a gravidade e a reparabilidade das ofensas causadas; a capacidade do titular do direito para evitar o perigo ou para se auto-proteger (V. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, 2003, págs. 44 e segs.) e, no caso da vida intra-uterina, é por demais evidente que todos estes fatores atuam concretamente na exigência de um elevado nível de proteção, já que se trata de um direito de primeira grandeza, a situação de perigo é dramaticamente real (atendendo às chamadas “cifras negras” do aborto clandestino, mas sobretudo ao “turismo abortivo”), as ofensas causadas

¹⁰ *Constituição Portuguesa Anotada* de Jorge Miranda e Rui Medeiros, vol. I, Coimbra, 2005, págs. 32 e 33

são de extrema gravidade e absolutamente irreversíveis e, por último, a capacidade de auto-proteção é nula”.

18. A laicidade do Estado, a aconfessionalidade, o princípio da não dominação de qualquer visão do mundo sobre as demais podem, no limite, fundamentar ou explicar a despenalização ou a desproteção penal de um bem jurídico, quando uma parte da sociedade entenda que ele deve ser protegido por outras formas ou que nem sequer tenha de ser protegido.

Ao invés, em nome dessa mesma laicidade, aconfessionalidade e não dominação, pode outra parte da sociedade pretender que não seja legalizado, e não apenas tornado ilícito, aquilo que considera ilícito – pois redundaria em legalização, e não apenas em despenalização e liberalização, organizar a interrupção voluntária da gravidez por mera opção da mulher em estabelecimento de saúde legalmente autorizado.

E a legalização foi o que fez a Lei nº 16/2007, de 17 de abril, criando, insista-se, um verdadeiro direito a uma prestação do Estado (como já havia salientado o Juiz Mário Torres em 2006) – o direito a que o Estado propicie, através da lei e do exercício da função administrativa, os meios para que a interrupção voluntária da gravidez se efetue (em melhores condições para a mulher, mas sempre com o mesmo resultado para o feto, do que no aborto clandestino).

19. Um último ponto ainda a reter: ao contrário do que se lia no acórdão, a Portaria nº 741-A, de 21 de Junho, não pode reduzir-se a simples portaria de execução. Ela também tem algumas normas substantivas inovadoras, como se fosse um regulamento delegado.

São elas, pelo menos, as do artigo 9.º, acerca da utilização de dados pessoais relativos à interrupção da gravidez; do artigo 16.º, n.º 3, sobre deveres de informação dos médicos e outros profissionais de saúde; e do artigo 19.º, n.º 3, ao impor aos estabelecimentos oficiais ou oficialmente reconhecidos a prescrição à mulher que interrompa a gravidez de um método contraceptivo adequado e a marcação de uma consulta de saúde reprodutiva ou planeamento familiar a realizar no prazo máximo de 15 dias após a interrupção da gravidez.

Ora, os regulamentos delegados são vedados pelo artigo 112.º, n.º 5 da Constituição, ao estatuir que nenhuma lei pode conferir a atos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, integrar qualquer dos seus preceitos. A Portaria padecia, pois, também ela, de inconstitucionalidade material¹¹.

¹¹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, 4ª ed., 2010, págs. 225 e segs.

III

A LEI DE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

20. Trinta e um Deputados requereram, no uso do poder conferido a mais de um décimo dos Deputados à Assembleia da República pelo artigo 281º da Constituição, a apreciação e a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade com força obrigatória geral da Lei nº 32/2006, de 26 de Julho (lei de procriação medicamente assistida), com fundamento em inconstitucionalidade formal e violação de lei orgânica do referendo e ainda, quanto a algumas das suas normas, com fundamento em inconstitucionalidade material e em violação da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Convenção de Oviedo) e respetivo protocolo.

Pelo acórdão nº 101/2009, de 3 de Março¹², votado por maioria, o Tribunal Constitucional não declarou nem a inconstitucionalidade formal, nem a material e recusou tomar conhecimento do pedido nos demais aspetos.

21. A posição tomada pelo Tribunal acerca da questão de inconstitucionalidade formal e acerca das normas de Direito internacional convencional era a única possível. Também ao equacionar as questões de inconstitucionalidade material, o acórdão revelou um esforço aturado de informação científica e um não menos exaustivo trabalho de interpretação sistemática de diploma legal e de ponderação de interesses constitucionais em presença na delicadíssima matéria da procriação medicamente assistida.

A argumentação a partir daí desenvolvida era quase sempre consistente, embora tudo fique dependente, em última análise, do modo como os operadores médicos e jurídicos venham a apreendê-la e a tomá-lo como linha norteadora das suas práticas (e seria importante, neste momento, passados já alguns anos sobre a entrada em vigor da lei, efetuar uma avaliação do que tem sido a sua execução).

Houve, porém, três questões em que o Tribunal não me convenceu, por desconsiderar ou considerar menos adequadamente o princípio do respeito pela vida humana individual.

Foram os decorrentes do artigo 7º, nº 3, sobre rastreio genético dos embriões, dos artigos 9º, nºs 2 a 5, e 30º, nº 2, alíneas *i*) e *j*), sobre investigação científica em embriões (se bem que embriões ainda não implantados) e dos artigos 9º, nº 4, alínea *d*), sobre clonagem terapêutica não reprodutiva. Aqui, pelo menos, são legítimos as maiores dúvidas sobre se (para empregar uma expressão da Juíza Maria Lúcia

¹² *Diário da República*, 2ª série, de 1 de Abril de 2009.

Amaral) não se verificaria uma *instrumentalização* do bem vida em favor de outros bens, de menor valor constitucional¹³.

22. Segundo aquela Juíza, o Tribunal teria deixado na penumbra a questão de saber *de que modo* poderia a dignidade da pessoa humana ser “utilizada” na concretização e na delimitação do conteúdo de direitos fundamentais. A regulação legislativa das técnicas de procriação medicamente assistida atingiria direitos que precisariam de ser entre si sopesados e ponderados. Admitindo que o sentido da ordem de regulação contida no artigo 67º da Constituição se esgotava nisso mesmo – em conferir ao princípio [da [dignidade]] o alcance de instrumento interpretativo auxiliar da ponderação a fazer entre *outros* direitos ou princípios – ainda assim o princípio só se tornaria operativo se se soubesse *de que modo* poderia ele contribuir para a “concretização” e “delimitação” do conteúdo de outras normas jusfundamentais. Mas, para além de não ter ficado esclarecido que contornos objetivos deteria o princípio, teria ficado ainda por esclarecer qual o exato *âmbito da sua aplicação subjetiva*.

Apesar de reconhecer que o embrião, ainda que não implantado, era suscetível de potenciar a existência de uma vida humana, o Tribunal tinha entendido que em relação a ele se não podia aplicar a garantia da proteção da vida humana, enquanto bem juridicamente protegido, precisamente por se tratar de uma “existência” ainda não implantada. Isto significaria que o Tribunal tinha definido o *conceito constitucional de vida* da seguinte forma restritiva: a fronteira a separar a vida e a não-vida (e, consequentemente, a fronteira a separar o “território” em que deve existir alguma proteção dada pelo Estado e pelo Direito do “território” da desproteção) seria a diferente localização, intra ou extra-uterina, do embrião.

Sem deixar de admitir que entre “vida potencial” e “vida atual” existia uma inquestionável gradação *valorativa*, tal não justificaria que a vida potencial extra-uterina fosse tida, para efeitos da determinação do correspondente conceito constitucional e do âmbito objetivo de proteção da norma contida no artigo 24º da Constituição, como *algo* que se situaria aquém da proteção, constitucionalmente fundada e por isso mesmo *devida*, do Estado e do Direito. Antes do mais, porque uma tal conceção restringiria sem qualquer fundamento as possibilidades conformadoras do Bio-Direito, ou Direito da Bio-ética. Para quem entenda que todos os embriões (incluindo os não implantados) são objeto da proteção conferida pelo nº 1 do artigo 24º da Constituição, por não poderem situar-se fora do *conceito constitucional de vida*, o dito do nº 1 do artigo 9º da Lei não corresponderia (não *podia* corresponder) a uma escolha livre do legislador.

¹³ Cfr., ainda antes da Lei nº 32/2006, FRANCISCO DE AGUILAR, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação de filiação em sede de protecção medicamente assistida*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2000, págs. 655 e segs.

E assim seria não apenas por se encontrar o Estado português vinculado a uma obrigação internacional, assumida convencionalmente; seria assim, antes do mais, por imperativo constitucional, que obrigaria o Estado, desde logo através do legislador, a proteger o bem “vida” de uma *instrumentalização* que o degradasse à *condição de objeto, de mero meio para a obtenção de um fim ou de medida substituível*. Que o “fim” fosse a liberdade de investigação científica (artigo 42º da Constituição), ou a realização do direito à saúde (artigo 64º) não justificaria, por si só, a utilização de quaisquer meios. A “dignidade” a que se refere o artigo 67º, nº 2, alínea e) da Constituição ostentaria aqui o seu verdadeiro âmbito subjetivo de aplicação:

IV

INDEMNIZAÇÃO POR MORTE DE NASCITURO

23. Por causa de traumatismo sofrido em acidente de viação, uma grávida perdeu o seu filho, já formado e em condições de sobreviver se tivesse sido possível uma operação cesariana. Tendo pedido em juízo a condenação em indemnização solidária dos causadores do acidente, foi a ação julgada improcedente e o mesmo viria a suceder com os recursos interpostos para o Tribunal da Relação e para o Supremo Tribunal de Justiça. Em todas as instâncias, invocou a inviolabilidade da vida humana, inclusa a intra-uterina, com a consequência do necessário ressarcimento civil, mas o Supremo Tribunal de Justiça negou que o nascituro fosse um centro autónomo de direitos. Por último, desta decisão recorreu para o Tribunal Constitucional. Com fundamento em a recorrente não ter definido a norma/dimensão normativa determinante da inconstitucionalidade e apenas ter sustentado haver o acórdão recorrido violado “por erro de subsunção” o disposto no artigo 24º, nº 1 da Constituição, o Tribunal Constitucional decidiu, pelo acórdão nº 357/2009, de 8 de Julho¹⁴, não conhecer do recurso.

24. Votaram vencidos os Juízes João Cura Mariano e Mário Torres que, diferentemente da maioria da secção a que foi distribuído o processo, entenderam nas suas alegações, que a recorrente tinha suscitado a questão de inconstitucionalidade do artigo 66º do Código Civil interpretado no sentido de que o nascituro não é titular de um direito à vida, cuja ofensa deva levar a indemnização¹⁵.

¹⁴ *Diário da República*, 2ª série, de 17 de Agosto de 2009.

¹⁵ O juiz JOÃO CURA MARIANO voltaria ao tema em *A indemnização do dano de morte de nascituro já concebido e os imperativos constitucionais da tutela do direito à vida*, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, obra coletiva, II, Coimbra, 2012, págs. 93 e segs.

O Código Civil, nesse preceito, estatui que a personalidade jurídica se adquire com o nascimento completo e com vida. Mas o considerar-se que a vida intra-uterina é uma das etapas da vida humana abrangida pela exigência da sua inviolabilidade reclamaria da ordem jurídica infra-constitucional a adoção de medidas que a protegesse e tutelasse. Independentemente do juízo sobre a necessidade da intervenção dos meios típicos de proteção dos bens jurídicos disponibilizados pelo Direito Civil para proteção da vida intra-uterina, verificar-se-ia que a intervenção desses meios não estava dependente de um reconhecimento de um direito à vida do nascituro concebido.

Aliás, a melhor forma de proteger uma determinada entidade não passaria necessariamente por se lhe reconhecer subjetividade jurídica, mas sim pela respetiva elevação à categoria de bem jurídico. E na verdade, na tutela de um bem jurídico como é a vida intra-uterina, o Direito Civil não só disponibilizaria a utilização de medidas preventivas, intimações de abstenção e recurso a ações inibitórias mas também facultaria o instituto da responsabilidade civil.

Perante a lesão de bens jurídicos não titulados, nada impediria que se atribuísse a determinados sujeitos jurídicos o direito a receberem uma indemnização pelo dano provocado por essa lesão. Seriam casos em que, perante o sentimento duma atendível necessidade de prosseguir, através do instituto da responsabilidade civil, finalidades preventivas e punitivas, que prevenissem e sancionassem a lesão de um bem jurídico, em face da inexistência de um sujeito jurídico lesado, se atribuísse o respetivo direito de indemnização a determinadas pessoas, tendo em conta a especial relação que tivessem com o bem lesado.

Não se revelando, pois, que o reconhecimento deste direito subjetivo ao nascituro concebido fosse imprescindível para que pudesse ser assegurada a proteção conferida pelos meios civilísticos de intervenção, não poderia considerar-se que a interpretação civilista de que o nascituro concebido não era titular de um direito à vida violasse o disposto no artigo 24º, nº 1, da Constituição. Mas isso não significava que a recusa em atribuir um direito de indemnização pela morte de um nascituro já não infringisse este parâmetro constitucional por resultar num défice de proteção ao bem vida.

Se o valor social deste bem jurídico poderia não exigir que o direito penal o protegesse de todo o tipo de ameaças, já a ordem jurídica, encarada globalmente, não poderia permanecer indiferente a atos que atentassem contra a vida intra-uterina, nomeadamente os resultantes de comportamentos negligentes. Ora, atento o âmbito restrito dos domínios de intervenção do direito disciplinar e a falta de eficácia das medidas civilísticas de pura prevenção frente à imprevisibilidade dos atos negligentes, não poderia o instituto da responsabilidade civil deixar de ser recrutado para esta missão.

Aliás, em dimensões menos exigentes deste bem jurídico, o instituto da responsabilidade civil não teria deixado de intervir, tutelando, por exemplo, a integridade física do feto, ao reconhecer um direito de indemnização por ofensas corporais. Fora das teias da construção dogmática que fixa o início da personalidade jurídica no nascimento (uma vez que, nestes casos, o feto ofendido consegue nascer) aquele instituto atribuir-lhes-ia o direito de reclamar uma indemnização pelas ofensas sofridas antes do nascimento, protegendo-se, assim, a sua existência intra-uterina.

Por força do princípio da suficiência de tutela inerente ao Estado de Direito democrático, o recurso deveria, pois, ter julgado inconstitucional a norma do artigo 66º do Código Civil, quando interpretada no sentido de que a morte de um nascituro não era dano indemnizável.

25. Parece irrefutável a argumentação exposta a respeito da tutela do nascituro, independentemente de se lhe reconhecer ou não personalidade jurídica (como defendem alguns Autores) e de existir ou não tutela penal. Os direitos fundamentais ou os bens jurídicos que lhes subjazem podem ser afetados tanto por atos arbitrários quanto por falta de proteção adequada, a que corresponderá, num caso, inconstitucionalidade por omissão e, noutros casos, desde logo, inconstitucionalidade por ação.

Também se afigura oportuno e correto falar-se num princípio de suficiência da proteção. Ele é uma componente ou um desdobramento do princípio de proporcionalidade: pois, se este tende a ser encarado, sobretudo, da ótica das medidas restritivas ou ablativas de direitos, certo é que, a par de violações por excesso, não raro, registam-se violações por incumprimento por parte do Estado de deveres de proteção.

Não faltam mecanismos de efetivação da responsabilidade civil extracontratual no Direito português. O que se discutia no acórdão recorrido era o seu funcionamento após uma ocorrência como a da morte do nascituro, nas circunstâncias descritas. Por, à face do artigo 66º do Código Civil, não encarar o nascituro como dotado de personalidade jurídica e de direito à vida, o Supremo Tribunal de Justiça excluiu a existência de dano indemnizável e, assim fazendo, atingiu a garantia constitucional da inviolabilidade da vida humana. Tudo estava, porém, em saber se a inconstitucionalidade seria do acórdão em si ou de interpretação do artigo 66º do Código Civil¹⁶.

26. Um preceito pode permitir mais de uma interpretação e pode, então, uma ser conforme com a Lei Fundamental e outra não o ser – tudo se passando como se, em potência (aos olhos do órgão de decisão), ele contivesse tanto uma norma não

inconstitucional como uma norma inconstitucional. E o Tribunal Constitucional, em jurisprudência constante, entende que a questão de inconstitucionalidade tanto pode respeitar à norma como à interpretação ou ao sentido com que ela foi aplicada no caso concreto.

A distinção entre os casos em que a inconstitucionalidade, na fiscalização concreta, é imputada a interpretação normativa daqueles em que é imputada diretamente a decisão judicial radica em que, na primeira hipótese, é discernível na decisão recorrida a adoção de um critério normativo (ao qual depois se subsume o caso concreto em apreço), com caráter de generalidade e, por isso, suscetível de aplicação a outras situações, enquanto, na segunda hipótese, está em causa a aplicação dos critérios normativos tidos por relevantes às particularidades do caso concreto.

Ou, nas palavras de Carlos Lopes do Rego¹⁷, o recurso de constitucionalidade, reportado a determinada *interpretação normativa*, tem de incidir sobre o *critério normativo* da decisão, sobre uma regra abstratamente enunciada e vocacionada para uma aplicação potencialmente genérica – não podendo destinar-se a pretender sindicar o puro *ato de julgamento*, enquanto ponderação *casuística* da singularidade própria e irrepetível do caso concreto, daquilo que representa já uma autónoma valoração ou subsunção do julgador, exclusivamente imputável à latitude própria da conformação interna da decisão judicial – por ser evidente que as competências e os poderes cognitivos do Tribunal Constitucional não envolvem seguramente o controlo das *operações subsuntivas* realizadas pelo julgador.

¹⁶ Entre os Autores que sustentam ser irrecusável reconhecer personalidade (ou certa forma de personalidade jurídica) ao ser humano antes do nascimento: por exemplo, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995, págs. 156 e segs. e 361 e segs.; BIGOTTE CHORÃO, *Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro*, in *O Direito*, 1998, págs. 57 e segs., *maxime* 83 e segs.; GABRIEL GONÇALVES, *Da personalidade jurídica do nascituro*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2000, págs. 525 e segs.; DIOGO LEITE DE CAMPOS e STELLA BARBAS, *O início da pessoa humana e da pessoa jurídica*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2001, págs. 1257 e segs.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 2ª ed., Coimbra, 2000, págs. 50 e segs.; MARIA GARCIA, *Limites da Ciência – A dignidade da pessoa. A Ética da responsabilidade*, São Paulo, 2004, págs. 184 e segs.; DIOGO LORENA BRITO, *A vida pré-natal na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Porto, 2007, págs. 110 e segs.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito civil*, I, tomo III, 2ª ed., Coimbra, 2007, pág. 344; FRANCISCO AMARAL, *A condição jurídica do nascituro no Direito brasileiro*, in *Direito e Justiça*, número especial, 2008, págs. 118 e segs.; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião*, *ibidem*, págs. 140 e segs.; SALIMARA JUNY DE ABREU CHINELATO, *Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro*, *ibidem*, págs. 173 e segs.; e, já frente ao Código Civil de 1867, JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, II, Coimbra, 1928, págs. 21 e segs.

¹⁷ *O objecto idóneo dos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade – as interpretações normativas sindicáveis pelo Tribunal Constitucional*, in *Jurisprudência Constitucional*, nº 3, Julho-Setembro de 2004, págs. 4 e segs.

No caso em apreço, talvez eu hesitasse entre um ou outro termo da alternativa. Na dúvida, propenderia a que o Tribunal Constitucional tivesse recebido e apreciado o recurso, até porque, doutro modo, denegar-se-ia justiça – a justiça, outro dos princípios estruturantes do Estado de Direito democrático (artigos 2º, 9º, 202º, 266º, nº 2)¹⁸.

V

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL

27. Determinada pessoa propusera em 1982 uma ação de investigação de paternidade, a qual não procedera por caducidade, por ter sido excedido o prazo de dois anos então constante do Código Civil. Mas como, entretanto, o Tribunal Constitucional houvesse declarado, pelo Acórdão n.º 23/2006, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma do artigo 1817º, n.º 1 daquele Código, voltou a propô-la recentemente.

A Autora ganhou na 1ª instância; não no Tribunal de Relação, em face da salvaguarda dos casos julgados pelo artigo 282º, nº 3, da Constituição e da exceção perentória do artigo 494º, nº 1, alínea i) do Código de Processo Civil. E desta decisão interpôs recurso para o Tribunal Constitucional, considerando que tal ressalva dos casos julgados não podia sobrepor-se ao direito fundamental à identidade pessoal. Mas este Tribunal negou provimento ao recurso, pelo Acórdão nº 108/2012, de 6 de março^{19/20}.

28. O fundamento do aresto foi o seguinte (nº 6):

“O Estado de direito é, também, um Estado de segurança. Por isso, dificilmente se conceberia o ordenamento de um Estado como este que não garantisse a estabilidade das decisões dos seus tribunais. Ao contrário da função legislativa, que, pela sua própria natureza, tem como característica essencial a autorrevisibilidade

¹⁸ Seja como for, o que um caso como este mostra é a conveniência de, em futura revisão constitucional, introduzir a possibilidade de recurso de decisões dos tribunais para o Tribunal Constitucional, quando arguidas de violação, pelo menos, de direitos, liberdades e garantias e depois de esgotados os recursos ordinários que caibam. Foi o aditamento que sugerimos, em 1996, para o artigo 280º (cfr. *Ideias para uma revisão constitucional em 1996*, Lisboa, 1996, pág. 29). Nem esta proposta é nova; já mais de uma vez foi preconizada uma “ação constitucional de defesa” ou um “recurso de amparo”.

¹⁹ *Diário da República*, 2ª série, de 11 de abril de 2012.

²⁰ Outros acórdãos importantes sobre investigação de paternidade: os acórdãos nº 631/2005, de 15 de novembro, e 23/2006, de 10 de janeiro, *ibidem*, de 18 de janeiro e 8 de fevereiro de 2006, respetivamente.

dos seus atos (nos limites da Constituição), a função jurisdicional, que o artigo 202.º da CRP define como sendo aquela que se destina a “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”, a “reprimir a violação da legalidade democrática” e a “dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”, não pode deixar de ter como principal característica a tendencial estabilidade das suas decisões, esteio da paz jurídica. Por esse motivo, o artigo 282.º ressaltou, como derrogação à regra da eficácia *ex tunc* das declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, a intangibilidade do caso julgado, opondo assim ao valor negativo da inconstitucionalidade o valor positivo da questão já decidida pelo tribunal.

“Ao estabelecer esta opção, fazendo nela prevalecer a força vinculativa do caso julgado, o legislador constituinte revelou a forma como procedeu à ponderação de dois bens ou valores: entre a garantia da normatividade da Constituição, e a consequente forte censura dos atos inconstitucionais, e a garantia da estabilidade das decisões judiciais, especialmente exigida pelo Estado de direito, a *Constituição optou em princípio pela segunda*, salvos os casos, impostos pelo princípio do *favor rei*, previstos na segunda parte do n.º 3 do artigo 282.º.

“A uma ponderação de bens feita pelo próprio legislador constituinte, e em cujo resultado se inscreve a prevalência nítida de um dos bens ou valores em conflito, não pode o intérprete contrapor a sua própria ponderação.”

29. O Tribunal também considerou o argumento levantado pela recorrente, segundo o qual o facto de a declaração de inconstitucionalidade originária do prazo de dois anos para a propositura de ações de investigação de paternidade ter incidido sobre Direito ordinário anterior à entrada em vigor da Constituição seria razão acrescida para que a censura da inconstitucionalidade prevalecesse sobre o caso julgado. E também neste ponto rejeitou a argumentação:

“Não há dúvida de que pode ser qualificada como *superveniente* a inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal no seu Acórdão n.º 23/2006. A redação constante do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, que então se julgou, com força *erga omnes*, ser contrária à Constituição, constava da versão primitiva do Código, datada de 1966. Nessa altura era outra a ordem constitucional portuguesa; os princípios próprios do novo ordenamento, iniciado em 1976 (e, desde logo, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias), à luz do quais foi declarada, em 2006, a inconstitucionalidade do prazo de caducidade para a interposição das ações de investigação da paternidade, não eram, pois, vigentes no momento em que aquele prazo fora decidido pelo legislador ordinário. Mas a verdade é que o facto em nada altera os termos em que deve ser julgada a norma *sub judicio*, e isto por duas razões fundamentais.

“(…) a ponderação, que é feita, na Constituição, entre censura de inconstitucionalidade e intangibilidade de caso julgado vale (...) – e com ressalva da exceção expressamente prevista na parte final do nº 3 do artigo 282.º – para a inconstitucionalidade em geral, sem aceção dos parâmetros constitucionais que, em cada caso, tenham sido violados. Como a Constituição não procedeu aqui a nenhuma “graduação de inconstitucionalidades”, fixando a gravidade dos efeitos das declarações com força obrigatória geral em função da “gravidade” dos princípios ou valores que, em cada caso, tenham sido violados, também não pode o intérprete proceder a essa graduação. Assim sendo, nenhuma razão há para que se considere que a inconstitucionalidade superveniente merece tratamento mais gravoso do que aquele que por princípio é reservado à inconstitucionalidade originária.”

30. Por mim, não experimento tantas certezas quanto as que o Tribunal evidenciou acerca da total supremacia da salvaguarda dos casos julgados sobre o direito à identidade pessoal.

Este direito está consignado como um dos direitos insuscetíveis de suspensão, em nenhum caso, por declaração de estado de sítio ou de estado de emergência (artigo 19º, nº 6). E tenho entendido que os direitos assim mencionados se situam, por referência a um critério valorativo subjacente à ideia de Direito da Constituição, no primeiro nível de uma ordem (embora não necessariamente hierárquica) de direitos fundamentais²¹, a que há-de corresponder um regime reforçado²².

Uma das manifestações de tal regime reforçado vem a ser a impossibilidade de o Tribunal Constitucional restringir os efeitos da inconstitucionalidade de normas legais violadores desses direitos (artigo 282º, nº 4)²³. Ora, se a segurança jurídica não pode justificar aí restrição de efeitos, também o mesmo não poderá valer para a ressalva dos casos julgados?

Deixaria apenas a pergunta, sem esquecer que o direito à identidade pessoal ligada ao reconhecimento da paternidade ou da maternidade pode colidir com outros direitos ou interesses constitucionalmente atendíveis como a estabilidade e a paz familiar.

²¹ *Manual de Direito Constitucional*, IV, 5ª ed., Coimbra, 2012, pág. 238.

²² *Ibidem*, págs. 461 e 462.

²³ *Ibidem*, VI, 4ª ed., Coimbra, 2013, págs. 357-358.

VI**SOLIDARIEDADE ENTRE GERAÇÕES E TRATAMENTO DA TERCEIRA IDADE**

31. São múltiplos os campos em que, nos tempos atuais, avultam deveres de solidariedade, tantas vezes desconsiderados, entre gerações ou dentro da mesma geração. Assim, a conciliação entre o acesso ao património cultural e a sua preservação; as rápidas inovações tecnológicas que ameaçam milhares de empregos; a comunicação social de massas e a cibernética globalizadas afetando as identidades culturais nacionais e locais; as sucessivas e instáveis reformas fiscais desincentivando o investimento; reformas de ensino, como as ligadas ao chamado “Processo de Bolonha” comprometendo a formação daqueles que irão exercer funções forenses. Assim, especialmente, a difícil efetivação de direitos económicos, sociais e culturais e (matéria a versar mais adiante) os danos sem cessar que, um pouco por toda a parte, vem sofrendo o meio ambiente.

O Estado social tem conseguido assinaláveis progressos, nos últimos anos, nos Estados Unidos (com a reforma do sistema de saúde) e no Brasil (apesar de todas as deficiências que subsistem). Pelo contrário, na Europa, mormente na Europa periférica, apesar de ancorado na consciência jurídica geral, atravessa uma grave crise com causas bem conhecidas, demográficas, económicas, financeiras, ideológicas, administrativas, institucionais. Daí os recorrentes debates acerca da sua sustentabilidade²⁴. Daí, por outro lado, para quem o toma na veste do Estado social de Direito indissociável da democracia representativa, a consciência da necessidade de racionalização dos seus instrumentos e dos seus custos e de os articular com a iniciativa das instituições sociais e comunitárias.

32. Uma das questões mais candentes que se está suscitando em Portugal e noutros países vem a ser a das pensões de aposentação, por haver poderes públicos e correntes de opinião que pretendem diminuí-las ou tributá-las especificamente, em nome da necessidade de propiciar pensões no futuro aos que agora se encontram ativos.

²⁴ Cfr., entre nós, recentemente, NAZARÉ COSTA CABRAL, *O princípio da sustentabilidade e a sua relevância nas finanças públicas*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, obra coletiva, II, Coimbra, 2010, págs. 613 e segs.; *Da sustentabilidade no Estado fiscal*, obra coletiva (coordenada por José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva), Coimbra, 2011; ANTÓNIO LEITÃO AMARO, *O princípio constitucional de sustentabilidade*, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, obra coletiva, I, Coimbra, 2012, págs. 405 e segs.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Sustentabilidade – um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2012-I, págs. 1 e segs.; MARCO CALDEIRA, *Sobre a consagração da chamada “regra de ouro” no ordenamento jurídico português*, in *Direito e Política*, abril-junho de 2013, págs. 44 e segs.

A Constituição, como se sabe, incumbe o Estado de, sem prejuízo das instituições de solidariedade social, organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social e de proteger os cidadãos na velhice (art. 63º, nºs 2, 3 e 5) e declara o direito das pessoas idosas à segurança económica (art. 72º, nº 1)²⁵ – direito esse que, segundo o acórdão nº 576/96 do Tribunal Constitucional, de 16 de abril²⁶, tem por núcleo essencial o pagamento de pensões.

Mas, no acórdão nº 187/2013, de 5 de abril²⁷, este Tribunal não declarou inconstitucional o art. 78º da lei orçamental para 2013 (a Lei nº 66-B/2012, de 31 de dezembro) que (conquanto com antecedentes em leis orçamentais anteriores), criou uma “contribuição extraordinária de solidariedade” imposta aos pensionistas sobre a totalidade do valor mensal a partir de 1.350 euros, segundo escalões sucessivos (nº 1) e com taxas acumuladas no caso de pensões superiores a 3.750 euros (nº 2).

33. Para a tese que fez vencimento, essa contribuição não seria um imposto (por ser uma receita consignada e sem carácter de completa unilateralidade). Seria, sim, uma contribuição para a segurança social, enquadrável no *tertium genus* das “demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas”²⁸ do art. 165º, nº 1, alínea *i*) da Constituição. Não eram, portanto, para o caso mobilizáveis as regras do art. 104º, nº 1 relativas ao imposto sobre o rendimento pessoal (nº 74).

Os pensionistas afetados pela medida não se encontravam na mesma situação de quaisquer outros cidadãos, justamente porque beneficiários de pensões de reforma ou de aposentação e de complementos de reforma, e era a sua distintiva situação estatutária que determinava a incidência daquela contribuição, como medida conjuntural, com a finalidade específica de assegurar a sua participação no financiamento do sistema de segurança social, num contexto extraordinário de exigências de financiamento que, de outra forma, sobrecarregariam o Orçamento do Estado ou se transfeririam para as gerações futuras (nº 75).

²⁵ A Constituição portuguesa e outras, como a italiana, de 1947, impondo à República “remover os obstáculos de ordem económica e social que, limitando, de facto, a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os cidadãos na organização política e social do país” (art. 3º) e assegurando aos trabalhadores “o direito, em caso de velhice, a meios de previdência social adequados às suas exigências de vida” (art. 38º). Ou a Constituição espanhola, de 1978, adstringindo os poderes públicos a garantir, mediante pensões adequadas e periodicamente atualizadas, a suficiência económica dos cidadãos na terceira idade (art. 50º).

V. também as Constituições brasileira (art. 203º-F), colombiana (art. 46º), a caboverdiana (art. 76º) ou a angolana (art. 82º).

²⁶ *Diário da República*, 2ª série, de 19 de junho de 1996.

²⁷ *Ibidem*, de 22 de abril de 2013.

²⁸ O acórdão fala em “serviços públicos”, o que não é bem o mesmo.

Não podia deixar de reconhecer-se que as pessoas na situação de reforma ou aposentação, tendo chegado ao termo da sua vida ativa e obtido o direito ao pagamento de uma pensão calculada de acordo com as quotizações que deduziram para o sistema de segurança social, tinham expectativas legítimas na continuidade do quadro legislativo e na manutenção da posição jurídica de que eram titulares, não lhes sendo sequer exigível que tivessem feito planos de vida alternativos em relação a um possível desenvolvimento da atuação dos poderes públicos suscetível de se repercutir na sua esfera jurídica.

Todavia, em face do condicionalismo existente, não só as expectativas de estabilidade na ordem jurídica surgiam mais atenuadas como eram sobretudo atendíveis relevantes razões de interesse público que justificam, em ponderação, uma excepcional e transitória descontinuidade do comportamento estadual (nº 79); e estava respeitado o princípio da proporcionalidade (nº 80).

Tão pouco se verificaria violação de direitos patrimoniais, pois o cálculo do montante da pensão não teria de corresponder à aplicação de um princípio de correspondência que pudesse resultar da capitalização individual das contribuições; mas radicava, antes, num critério de repartição assente num princípio de solidariedade, princípio este que apontaria para a responsabilidade coletiva das pessoas entre si na realização das finalidades do sistema e se concretizaria, num dos seus vectores, pela transferência de recursos entre cidadãos (nº 81). Mesmo quanto aos complementos de reforma, que funcionam segundo um regime de capitalização, eles estariam associados ao sistema de segurança social na sua integralidade, e estando em causa a incidência de uma contribuição similar às quotizações dos trabalhadores no ativo, não se via em que termos é que esses rendimentos deviam encontrar-se cobertos pelo âmbito de proteção do direito de propriedade, quando ainda se estaria no domínio da parafiscalidade (nº 82).

Por último, a redução das pensões, mesmo quando influenciadas pela aplicação de taxas contributivas percentuais muito elevadas – como sucedia em relação às pensões abrangidas pelo n.º 2 do artigo 78º –, não correspondia a uma ablação do direito à pensão.

Para aferição do que fosse ou não imposto confiscatório, apelava-se a uma ideia de equidade ou “tributação equitativa”: “saber se um imposto teria efeitos confiscatórios não dependeria apenas dos montantes das respetivas taxas. Importaria, isso sim, aferir desses efeitos confiscatórios em relação a determinado contribuinte em concreto. O fator decisivo não era aquilo que o imposto retirava ao contribuinte, mas o que lhe deixava ficar”²⁹.

²⁹ Citando LUIS VASCONCELOS ABREU, *Algumas notas sobre o problema da confiscatoriedade tributária em sede de imposto sobre o rendimento pessoal*, in *Fisco*, n.º 31, maio de 1991, págs. 26 e segs.

34. Votaram vencidos os Juízes Pedro Machete, J. Cunha Barbosa, Catarina Sarmiento e Castro, Maria José Rangel de Mesquita e Fernando Vaz Ventura. Em comum, os cinco juízes contestaram a natureza atribuída à “contribuição” e invocaram violação dos princípios de igualdade e de tutela da confiança.

Segundo o Juiz Pedro Machete, a “contribuição extraordinária de solidariedade” quebraria a conexão entre a contribuição e o benefício. Com efeito, ainda que num sistema assente na repartição pudesse não existir uma rigorosa ou proporcional correlação entre o montante da contribuição e a perceção de uma futura pensão, a contribuição seria sempre a contraprestação, o pressuposto causal e a medida do benefício.

Ela não tomaria em consideração, a qualquer título, as necessidades do agregado familiar – sendo certo que, por força da alínea f) do n.º 2 do artigo 67.º da Constituição, incumbe ao Estado, para proteção da família, “regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares”. Ora, conforme o Acórdão n.º 57/95, “o princípio da igualdade é desrespeitado quando pessoas em condições iguais pagam impostos desiguais”.

Também, a subtração de benefícios devidos no âmbito de sistema complementar da segurança social para financiar os sistemas previdenciais de carácter geral e obrigatório contrariaria não apenas pontualmente a confiança daqueles que agora eram também beneficiários de regimes complementares, como, sobretudo, criaria objetivamente insegurança quanto ao próprio sistema de segurança social e às bases em que assentaria a sua indispensável reforma.

Para o Juiz Cunha Barbosa, *da imprevisibilidade e irracionalidade* da alteração introduzida, conjugadas com a *gravidade* da penalização em que a mesma se traduzia, decorreria a *não prevalência* do interesse público sobre os interesses particulares em presença.

Por seu turno, para a Juíza Catarina Sarmiento e Castro, mesmo que se admitisse que a referida contribuição era um *tertium genus*, não inteiramente enquadrável na categoria de imposto, sempre havia jurisprudência do Tribunal Constitucional que sustentava a aplicação dos princípios constitucionais recortados para os impostos aos tributos intermédios (acórdãos n.ºs 183/96 e 1203/96), salvo no respeitante ao princípio da reserva de lei formal.

A “contribuição extraordinária de solidariedade”, recaindo apenas sobre uma só categoria de contribuintes, delimitada em função da sua condição de inatividade laboral, configurava-se como um imposto de classe, uma medida seletiva, que não encontrava fundamento racional bastante, sendo, conseqüentemente, violadora do princípio da universalidade e da igualdade tributária, além de desrespeitar a capacidade contributiva.

A adoção de tal mecanismo corretivo, onerando indistintamente todos os que recebiam prestações sociais vitalícias – mesmo aqueles que tiveram uma efetiva car-

reira contributiva, havendo procedido a descontos suficientemente elevados ao longo da vida, assim tendo por base uma adequada sustentação contributiva constituída na vida ativa por si e pelas entidades empregadoras – violaria o princípio da proibição do excesso.

Tão pouco ela se justificaria por um dever de solidariedade intergeracional: um tal objetivo jamais poderia ser prosseguido por uma medida meramente conjuntural e avulsa. Concebida, enquanto receita extraordinária, ela não era uma medida estrutural, pensada para a solvabilidade do sistema, não podendo, por isso, ser encarada como uma medida com o propósito de reduzir encargos lançados sobre as gerações futuras.

A posição deste segmento da população, relativamente à dos trabalhadores do ativo, deveria ser digna de especial ponderação, quanto à proteção da confiança (para tal muito contribuindo o direito à segurança económica das pessoas idosas, previsto no art. 72.º, n.º 1, da Constituição), já que se tratava de um grupo de pessoas muito mais sensível ao impacto das medidas de contração das prestações; um segmento da população que, na sua maioria, se encontraria em especial situação de vulnerabilidade e dependência e que, por naturais razões atinentes à sua idade (e, muitas vezes, à saúde) se mostraria incapaz de reorientar a sua vida em caso de alteração inesperada das circunstâncias.

Na sua declaração de voto, a Juíza Maria José Rangel de Mesquita salientou o nexo fixo entre o sistema de segurança social e o direito à proteção na velhice. À obrigação do Estado de organizar esse sistema acrescia a particular relevância constitucional conferida pelo art. 72.º aos idosos (que, na eventualidade de velhice, adquiriam o direito prestacional à pensão, nos termos fixados por lei), e ao seu direito à segurança económica – relevância hoje igualmente expressa no art. 25.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia na parte em que prevê o direito das pessoas idosas a uma existência condigna e independente.

Uma contribuição extraordinária abrangendo, de modo universal, o conjunto das pessoas que já adquiriram a qualidade de beneficiários de um direito social a uma prestação a título de pensão de aposentação ou reforma ou equiparada, independentemente dos regimes a que estivessem sujeitos e da natureza, pública ou privada, das verbas devidas e da consideração da duração das carreiras contributivas, não caía na zona de previsibilidade de comportamento dos poderes públicos.

Por último, o Juiz Fernando Vaz Ventura sublinhou a violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, por a “contribuição extraordinária de solidariedade” operar sacrifício acrescido sobre pensionistas e reformados, também onerados, como os demais contribuintes, com o aumento generalizado de impostos. E não se via como essa condição, em si mesma, justificasse uma obrigação especial na satisfação dos encargos públicos e participação suplementar na correção de de-

sequilíbrios orçamentais, tanto mais quando incidente sobre quem se encontrava numa fase de vida que não permitia procurar outras fontes de rendimento.

Não colheria a justificação de que se tratava de sacrifício equivalente às reduções salariais por parte de quem se encontraria a beneficiar de verbas públicas e destinado a compensar o maior esforço orçamental com o sistema de segurança social na atual situação económica e financeira, desde logo porque a contribuição estendia o seu âmbito de incidência a contribuintes cujas pensões não representavam qualquer encargo para o orçamento da segurança social, como acontecia com rendimentos proporcionados por planos de pensões criados por regimes previdenciais de iniciativa empresarial ou coletiva, geridos por entidades de direito privado ou cooperativo e até por entidades de direito público (caso da Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores).

Não se diferenciava, como esperado, entre quem auferia pensão consolidada na sequência de mais de 30 ou 40 anos de contribuições e com ponderação da integralidade da carreira contributiva e outros beneficiários, cujas pensões não encontravam apropriado lastro contributivo.

35. Não custa acreditar que, por detrás da decisão de criar a “contribuição extraordinária de sustentabilidade”, estiveram direta e imediatamente preocupações de índole financeira e apresentadas como conjunturais. Não deixaram, no entanto, também de estar presentes considerações sobre a solvabilidade do sistema de segurança social e olhares para o médio e o longo prazo.

Apesar disso, afiguram-se-me bem convincentes os argumentos aduzidos pelos juízes que votaram vencidos, desde logo quanto à natureza de imposto dessa espécie tributária, muito mais do que o discurso justificativo do acórdão. Até as razões do interesse público vindas dos órgãos do poder político e que o acórdão pareceu acolher o confirmavam.

E impressiona observar que são aqui sujeitos passivos os aposentados, com o peso da idade e, tantas vezes, de doença, a terem de suportar, sem deixarem de ter de pagar o IRS – donde, violação do princípio da unicidade do imposto sobre o rendimento pessoal do art. 104º, nº 1 – e quaisquer outros impostos, como o IVA. A segurança social está concebida para ajudar, entre outros, os idosos e, afinal, estes ainda têm de continuar a ajudá-la.

A afronta ao princípio da proteção da confiança³⁰ reside nisto: as pessoas que trabalharam toda a vida têm as legítimas expectativas de receber agora as pensões tal como foram definidas na altura própria e para as quais efetuaram os descontos legalmente estabelecidos nos seus salários. De resto, essas pessoas, enquanto ativas,

³⁰ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, cit., págs. 320 e segs., e Autores citados.

também pagaram impostos através dos quais contribuíram para o sistema e, desde logo, para as pensões das gerações que as precederam³¹. E, em muitos casos, são pessoas que somente agora ou há muitos poucos anos acederam a um patamar de libertação da extrema necessidade económica, ambiental e cultural em que antes, elas e os seus ascendentes, viveram.

A solidariedade entre gerações implica a consideração de uma cadeia de gerações³², presentes, passadas e futuras, implica um verdadeiro contrato (como se disse no início desta comunicação), um contrato entre elas, avalizado pelo Estado e pelas instituições da sociedade civil. Fora desta solidariedade não faz sentido configurar qualquer tipo de responsabilidade.

Enfim, como refere John Rawls³³, a vida de um povo é concebida como um esquema de cooperação alastrado pelo tempo histórico. Tem de ser governada pela mesma conceção de justiça que regula a cooperação dos contemporâneos. Nenhuma geração tem pretensões mais fortes que qualquer outra. Tentando aferir a equitativa taxa de poupança, as pessoas, na posição original, indagam o que é razoável que os membros das seguintes gerações aguardem, entre si, a cada nível de incremento. Tentam organizar uma justa tabela de poupança, equilibrando quanto cada estágio estaria querendo poupar em favor dos seus descendentes imediatos, diante do que se sentiriam intitulados a pretender dos seus predecessores imediatos.

VII

A SUSTENTABILIDADE DO AMBIENTE

36. Não tem mais de cinquenta ou sessenta anos a consciência enraizada da necessidade e da possibilidade de intervenções do Estado e da sociedade para defender e preservar o meio ambiente com vista ao equilíbrio entre a natureza e os seres humanos; e, portanto, também a ideia de um Direito ambiental tem uma relativa novidade. Por certo, a ligação do homem à natureza tinha estado presente em todas as épocas numa forma ou doutra; e, sobretudo desde o século XVI, na poesia, na música, na

³¹ Situação bem diferente é a das pensões de reforma, não contributivas, vindas das Leis n.ºs 26/84, de 31 de julho (art. 8.º) e 4/85, de 9 de abril (arts. 24.º e segs.), contrárias ao princípio da igualdade e ao princípio republicano de temporariedade dos cargos políticos (como escrevi no *Manual...*, IV, 1.ª ed., 1988, págs. 60-61). A Lei n.º 52-A/2005, de 10 de outubro, extinguiu-as, mas – em nome da proteção da confiança – não afetou as daqueles que já as estivessem recebendo. Só que, em tempo de crise, é de lamentar que nenhum dos beneficiários (algumas centenas) a elas não tenha até hoje renunciado por um elementar imperativo de solidariedade nacional.

³² Assim, PETER HÄBERLE, *L'État Constitutionnel*, trad., Aix-Paris, 2004, pág. 143.

³³ *A Theory of Justice*, 1971, trad. *Uma teoria da justiça*, Brasília, 1981, pág. 224.

literatura de viagens, nas utopias, no mito do bom selvagem. No entanto, com reduzida projeção, porque, entretanto, se viria a assistir a fenómenos, sem paralelo em qualquer outra época, de avanço científico, de crescimento económico, de descoberta e exploração de novas terras e de recursos tidos por inesgotáveis.

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

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

37. Ao mesmo tempo vai-se sabendo que o Estado social tem de ser também um Estado *ambiental*³⁴ ou que um Estado ambiental não pode deixar de ser um Estado social, pela interconexão fortíssima entre o acesso aos bens ambientais e o acesso aos bens materiais e culturais. Na Alemanha, alude-se a um “direito a um mínimo ecológico de existência”, análogo ao “mínimo social de existência”, com base na dignidade da pessoa humana (que proíbe tomar o homem como objeto do mundo técnico-industrial).

Mais ainda: os homens e as mulheres de hoje não têm o direito de gastar todos esses recursos; donde, uma limitação inerente ao objeto do direito que se vai exhibir nas condições do seu exercício. E, justamente, para um Autor, PASCALE KROMAREK, o que assinala o direito ao ambiente é que o gozo dos bens ambientais tem os seus limites no próprio ambiente³⁵.

Em Portugal, VASCO PEREIRA DA SILVA fala nas obrigações perante as gerações futuras e lembra que o futuro do Homem não pode deixar de estar indissociavelmente ligado ao futuro da Terra³⁶ e GOMES CANOTILHO afirma que a dimensão ecológica

³⁴ V. as expressões *Estado de Direito do ambiente*, ou *Estado de Justiça do ambiente* ou *Estado democrático do ambiente* em GOMES CANOTILHO, *Jurisdicização da ecologia ou ecologização do Direito*, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº 4, dezembro de 1995, págs. 73 e segs.

³⁵ *Le droit à l'environnement – État de la question*, in *Conferência Internacional – A garantia do direito ao ambiente*, obra coletiva, Lisboa, 1988, pág. 74.

³⁶ *Verde cor do Direito – Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra, 2002, pág. 31.

da República justifica a expressa assunção de responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras em termos de auto-sustentabilidade ambiental³⁷; MARIA DA GLÓRIA GARCIA apela a que se pense a axiologia do fazer e a responsabilidade pelo futuro e a que se tome a “questão ecológica” como “questão de destino”³⁸; ANTÓNIO LEITÃO AMARO considera o princípio da sustentabilidade tributário de uma ideia de moderação³⁹.

Tal como, no Brasil, JUAREZ FREITAS liga a sustentabilidade ao “direito ao futuro”⁴⁰.

38. Entre os anos 40 e 50 e a primeira metade da década de 70 do século passado, as referências constitucionais eram escassas e esparsas [por exemplo, o art. 9º da Constituição italiana ou os arts. 48º-A e 51º, alínea g) da Constituição indiana], não apareciam integradas numa visão sistémica e não permitiam extrair das normas todas as suas virtualidades (mesmo se já eram múltiplas as medidas legislativas e administrativas tomadas para acorrer a problemas específicos e se havia uma ou outra decisão judicial relevante).

Uma segunda fase abrir-se-ia com a Constituição portuguesa de 1976, ao consagrar um explícito *direito a um ambiente* de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender (art. 66º) e ao complementá-lo com um largo espectro de incumbências do Estado e da sociedade e, assim, a inseri-lo no âmbito da Constituição material como um dos elementos da sua ideia de Direito. Muitas outras Constituições adotariam posturas semelhantes [por exemplo, art. 45º da Constituição espanhola, art. 21º da Constituição holandesa, art. 50º da Constituição iraniana, secção 16, art. 21º da Constituição filipina, arts. 10º, alínea d) e 49º da Constituição de São Tomé e Príncipe, art. 11º da Constituição namibiana, arts. 79º, 80º e 88º da Constituição colombiana, art. 144º, nº 2, alínea e) da Constituição romena, art. 38º da Constituição russa, arts. 45º, alínea f), e 90º da Constituição moçambicana, Carta Francesa do Meio Ambiente de 2008, etc.].

Uma terceira fase dir-se-ia surgir com a Constituição brasileira de 1988, ao impor ao poder público e à coletividade o dever de preservar o meio ambiente para *as*

³⁷ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2004, pág. 227. V. também *Sustentabilidade – um romance de cultura e de ciência, para reforçar a sustentabilidade democrática*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2012, I, págs. 1 e segs.

³⁸ *O lugar do Direito na protecção do ambiente*, Coimbra, 2007, p'gs. 140-141.

³⁹ *O princípio constitucional da sustentabilidade*, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, obra coletiva, II, Coimbra, 2012, págs. 405 e segs.: o princípio da sustentabilidade é tributário de uma ideia de moderação (págs. 416-417).

⁴⁰ *Sustentabilidade – Direito ao futuro*, Belo Horizonte, 2011. Cfr. também *Direito Ambiental – O meio ambiente e os desafios da contemporaneidade* (coord. de Talden Farias e Francisco Seraphico da Nóbrega Coutinho), Belo Horizonte, 2010.

presentes e futuras gerações (art. 225º). E ela seria seguida pela Constituição sul-africana (art. 24º), pela Constituição portuguesa após 1997 [art. 66º, nº 2, alínea *d*)], pela Constituição polaca de 1997 (art. 74º), pela Constituição alemã após 2002 (art. 20º-A), pela Constituição venezuelana (art. 127º), pela Constituição timorense (art. 61º, nº 1), pela Carta Francesa do Meio Ambiente de 2008, pela Constituição angolana (art. 39º, nº 2).

Referências a desenvolvimento sustentável e a renovação de recursos naturais encontram-se também não só na Constituição portuguesa⁴¹ e na Carta francesa mas também na Constituição cabo-verdiana [art. 73º, nº 2, alínea *a*)], na polaca (art. 5º) e na húngara (art. O, nº 2).

De realçar ainda a presença de divisões sistemáticas autónomas nos textos constitucionais brasileiros e colombiano (aqui, sob a rubrica de *direitos coletivos e do ambiente*); ou a exigência de estudos de impacte ambiental e a obrigação de aqueles que explorem recursos minerais recuperarem o ambiente, na Constituição brasileira⁴².

39. Não cabe aqui entrar no tratamento jurídico-internacional do meio ambiente. A par do que acontecia a nível interno, a Declaração Universal (no art. 22º) e o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (art. 12º) só incidentalmente se referiram à proteção do ambiente. Seria desde a Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento no Domínio Social, de 1969 [arts. 13º, alínea *c*), e 25º], passando pelas Declarações de Estocolmo, de 1972, e do Rio de Janeiro, de 1992, e pela Carta Mundial da Natureza, de 2002, que ela se tornaria também um objeto inafastável de declarações e convenções internacionais, umas vezes de âmbito universal, outras vezes de âmbito regional, como a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (art. 24º), o protocolo adicional de 1988 à Convenção Interamericana dos Direitos do Homem (art. 11º), a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 37º)⁴³.

⁴¹ Desde 1982, no art. 93º, nº 1, alínea *d*), sobre política agrícola.

⁴² Cfr., por exemplo, VLADIMIR PASSOS DE FREITAS, *A Constituição federal e a efetividade das normas ambientais*, 2ª ed., São Paulo, 2002; TIM HAYWEED, *Constitutional Environmental Rights*, Oxónia, 2005; *Direito do Meio Ambiente*, obra coletiva (coord. de Graciele Corrijo Vilela e Marina Revers), Belo Horizonte, 2009; FABRICE BIN, *La Charte Constitutionnelle de l'Environnement devant les juges constitutionnels et administratifs français*, in *Revista de Direito do Ambiente e do Ordenamento do Território*, 2011, págs. 121 e segs.; FERNANDO SIMÓN YARZA, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Madrid, 2012.

⁴³ Cfr., designadamente, ALEXANDRE KISS, *Direito Internacional do Ambiente*, in *Curso de Direito do Ambiente*, Oeiras, págs. 147 e segs.; JOSÉ MANUEL PUREZA, *Um estatuto jurídico internacional para o ambiente: património ou preocupação comum da Humanidade?*, in *Estado e Direito*, 1994, págs. 83 e segs.; PAULO CANELAS DE CASTRO, *Mutações e constâncias do Direito internacional do ambiente*, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº 2, Dezembro de 1994, págs. 145 e segs.; VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, 5ª ed., São Paulo, 2011, págs. 977 e segs.

Importa, por isso, sublinhar que não é possível pensar e resolver os problemas do ambiente sem uma constante, vivida e sincera cooperação internacional. Mas falta ainda um longo caminho a percorrer, submetendo os grandes interesses económicos e os egoísmos nacionais ao bem comum universal – porque, retomando palavras do Papa Paulo VI na encíclica *Populum Progressio*, o desenvolvimento integral do homem implica, exige, o desenvolvimento solidário da humanidade.

40. No que tange a Portugal, um antecedente bem curioso – quiçá, sem paralelo noutros países – encontra-se no art. 223º, V, 2ª parte, da Constituição de 1822 ao cometer às câmaras municipais “promover a plantação de árvores nos baldios e nas terras dos concelhos”. Um largo hiato decorreria até à Constituição de 1976. A grande novidade desta Lei Fundamental não está, porventura, tanto na proclamação de um direito ao ambiente e à qualidade de vida quanto na atribuição ao cidadão ameaçado ou lesado nesse direito da faculdade de pedir a cessação das causas de violação e a respetiva indemnização (art. 66º, nº 3, inicial): eis a base da subjetivação da tutela⁴⁴.

Para além disso, prescrevia-se um correlativo dever; fazia-se apelo a “iniciativas populares”; e apontavam-se várias incumbências do Estado, umas preventivas (frente à poluição e à erosão), outras propulsivas (relativas às paisagens e aos sítios, ao aproveitamento racional dos recursos naturais e à estabilidade ecológica). Os arts. 65º, nº 2, alínea *a*) (sobre política de habitação), 91º (sobre plano) e 103º (sobre ordenamento e reconversão agrária) completavam este quadro.

A revisão constitucional de 1982 elevaria a proteção do ambiente e dos recursos naturais a tarefa fundamental do Estado [art. 9º, alínea *e*)]; conferiria a *todos*, e não apenas aos cidadãos ameaçados ou lesados o direito de defesa contra a degradação do ambiente (art. 66º, nº 3); apontaria para uma política nacional de energia [art. 81º, alínea *n*), hoje alínea *m*)]; salientaria a necessidade de assegurar o uso e a gestão racional dos solos e dos restantes recursos naturais, bem como a capacidade de regeneração dos solos [art. 96º, hoje 93º, nº 1, alínea *d*)]; e incluiria as bases da proteção da natureza na reserva relativa de competência parlamentar [art. 168º, hoje 165º, nº 1, alínea *g*)].

A revisão de 1989 agregaria a realização do “correto ordenamento do território” às tarefas fundamentais do Estado; transferiria a norma sobre tutela para a cláusula

⁴⁴ A bibliografia já é imensa. Cfr., entre outros, *Direito do Ambiente*, obra coletiva (coord. de Diogo Freitas do Amaral e Marta Tavares de Almeida), Oeiras, 1994; GOMES CANOTILHO, *Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controle judicial preventivo*, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, I, 1994, págs. 55-56; JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, 3ª ed., págs. 532 e segs; CARLA AMADO GOMES, *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, I, Coimbra, 2007; *Temas de Direito do Ambiente*, obra coletiva (Cadernos *O Direito*), Coimbra, 2012.

geral do art. 52º (a que já nos referimos); e explicitaria o poder das regiões autónomas de desenvolvimento das bases gerais do regime jurídico do ambiente [art. 229º, hoje 227º, nº 1, alínea *c*)].

Finalmente, a revisão de 1997 traria a noção de “direitos ambientais” [art. 9º, alínea *d*] e a de “desenvolvimento sustentável” (art. 66º, corpo); substituiria “apelo e apoio a iniciativas populares” por “envolvimento e participação dos cidadãos”; introduziria o princípio da solidariedade entre gerações [art. 66º, nº 2, alínea *d*]; acrescentaria incumbências concernentes à qualidade ambiental das povoações e da vida urbana e à educação ambiental [art. 66º, nº 2, alíneas *e*) e *g*)] e – não menos importante – à política fiscal [art. 66º, nº 2, alínea *h*)]; preveria também a participação das populações no planeamento urbanístico (art. 65º, nº 5); contemplaria uma política nacional de água art. 81º, alínea *n*)] e uma política de desenvolvimento florestal (art. 93º, nº 2); e declararia a matéria da proteção do ambiente e dos recursos naturais matéria de interesse específico das regiões autónomas [art. 228º, alíneas *c*) e *d*)].

41. Verifica-se que o ambiente recebe um tratamento de duplo alcance. Ele adquire um relevo concomitantemente objetivo e subjetivo – o de elemento institucional e organizatório e o de feixe de direitos fundamentais e de situações subjetivas conexas ou próximas.

O ambiente surge a nível de tarefas fundamentais, de incumbências e de formas de organização do Estado [art. 9º, alínea *e*), desde logo] e a nível de direitos e deveres fundamentais (arts. 66º, 52º e 59º, principalmente).

Mais do que noutras áreas, a multifuncionalidade ou multidimensionalidade torna-se aqui irrecusável. E quer uns aspetos quer outros têm de ser integrados, numa necessária conjugação sistemática, com os demais princípios e com as demais situações subjetivas. Por isso, pode aludir-se à presença no ordenamento português de uma verdadeira “constituição do ambiente” global e coerente, e não de simples pontualizações constitucionais, fragmentárias e assistemáticas⁴⁵.

42. Sob o primeiro prisma, realcem-se:

- a) A assunção da preservação do equilíbrio ecológico entre os objetivos dos planos de desenvolvimento económico e social (art. 90º) e a interdependência da política ambiental e das demais políticas de âmbito setorial [art. 66º, nº 2, alíneas *f*), *g*) e *h*)];
- b) A conexão incidível com a preservação dos recursos naturais [arts. 9º, alínea *e*), 66º, nº 2, alínea *d*), 81º, alíneas *l*) e *m*), e 93º, nº 1, alínea *d*)], e com o ordenamento do território [arts. 9º, alínea *e*), 65º, nº 2, alínea *a*), 66º, nº 2, alínea *b*), e 93º, nº 2];

⁴⁵ GOMES CANOTILHO, *Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3802, págs. 8 e 9.

- c) A relação estreita ainda com a valorização do património cultural [arts. 9º, alínea e), 66º, nº 2, alíneas c) e e), e 78º];
- d) A ligação, também por essa via, à identidade nacional, até porque a classificação e a proteção de paisagens e sítios se destinam, por seu turno, a garantir a preservação de valores culturais de interesse histórico e artístico [art. 66º, nº 2, alínea c), *in fine*];
- e) A complementaridade, a interdependência e a colaboração do Estado, das regiões autónomas e da autarquias locais [arts. 65º, nº 4, 66º, nº 2, alínea e), 227º, nº 1, alínea c), e 257º da Constituição, bem como arts. 73º, nº 3, 235º, nº 1, e 248º];
- f) Consequentemente, a possibilidade de intervenções do Estado em matérias de ambiente, urbanismo e ordenamento do território compreendidas (ou compreendidas também) em atribuições municipais, apesar de a tutela administrativa sobre as autarquias locais ser de mera legalidade (art. 243º, após 1982) – pois o Estado age aí no exercício de poderes próprios ou primários [arts. 9º, alínea e), 65º, 66º, 90º e 93º]⁴⁶;
- g) Traduzindo bem essa colaboração, a proteção da natureza e do equilíbrio ecológico como matéria de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República [art. 165º, nº 1, alínea g)];
- h) O não exclusivo das entidades públicas na concretização das incumbências e na efetivação dos direitos, por se postular o envolvimento e a participação de cidadãos (art. 66º, nº 2, corpo) – patentes, no essencial (mas não só), em associações de moradores (arts. 263º e segs., 248º e 267º, nº 1) e em associações de defesa do ambiente⁴⁷ – o que bem se compreende à luz de uma “democracia participativa” [arts. 2º, 2. parte, 9º, alínea c), e 267º, nº , 1ª parte].

43. Do ângulo das situações subjetivas ressaltam:

- a) Não só a previsão de um direito autónomo (ou de um conjunto de direitos autónomos) mas também a implicação no âmbito de outros direitos – nos arts. 59º, nº 1, alínea c), e 59º, nº 2, alínea c) (direitos dos trabalhadores), no art. 64º, nº 2, alínea b) (proteção da saúde), no art. 65º, nº 1, *in fine* (habitação), no art. 72º, nº 1 (direitos dos idosos), e nos arts. 73º e 74º (educação);
- b) A complexidade, com diversa estrutura, dessas situações jurídicas ativas;
- c) A prescrição de um dever de defesa do ambiente, vinculado à ideia de solidariedade entre gerações [art. 66º, nº 1, 2ª parte, e nº 2, alínea d), *in fine*];
- d) Em nome do princípio do desenvolvimento sustentável, o não retrocesso ambiental⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. acórdãos nºs 432/93 e 254/99 do Tribunal Constitucional, de 13 de julho e de 4 de maio, in *Diário da República*, 2ª série, de 18 de agosto de 1993, e de 15 de junho de 1999, respetivamente.

⁴⁷ Estas, com a denominação de organizações não governamentais do ambiente (Lei nº 35/98, de 18 de julho).

⁴⁸ Não sem paralelo (mas ainda mais justificável) com a ideia de não retrocesso social: sobre este e a discussão à sua volta, cfr. *Manual...*, IV, 5ª ed., Coimbra, 2012, págs. 485 e segs. e Autores citados.

É duvidoso que possa falar-se num único, genérico e indiscriminado direito ao ambiente e, por certo, não existe um direito ao ordenamento do território. Porém, toda a matéria, direta ou indiretamente, vem a projetar-se no domínio dos direitos fundamentais não tanto pelo seu lugar no texto constitucional quanto pela dinâmica que coenvolve e pelo sentido das normas que a regem⁴⁹.

Registem-se então:

- a) Em primeira linha, o ambiente e o ordenamento do território contendem menos com direitos subjetivos do que com interesses difusos⁵⁰. Não há em rigor, insista-se, um direito a que não se verifiquem poluição ou erosão [art. 66º, nº 2, alínea a)], a usufruir reservas e parques naturais e de recreio, paisagens e sítios [art. 66º, nº 2, alíneas b) e c)], ou zonas históricas [art. 66º, nº 2, alínea e)]; e, muito menos, um direito a uma correta localização de atividades [art. 66º, nº 2, alínea b), ainda];
- b) Todavia, quando radicam em certas e determinadas pessoas ou quando confluem com certos direitos, tais interesses revertem ou podem reverter em verdadeiros direitos fundamentais;
- c) Embora contemplado *ex professo* no título III da parte I da Constituição, o “direito ao ambiente” não suscita só, nem talvez primordialmente, direitos económicos, sociais e culturais. Conduz outrossim a direitos, liberdades e garantias ou a direitos de natureza análoga;
- d) Alguns dos direitos relativos ao ambiente têm por sujeitos passivos não só o Estado e entidades públicas mas também entidades privadas. Nem por isso deixam de ser considerados direitos fundamentais, pela força da unidade da Constituição e dos deveres de proteção que contempla⁵¹;
- e) Quanto ao dever de defender o ambiente, trata-se de um dever fundamental, e não de mero efeito externo da previsão de um direito; e dele pode a lei – considerando ainda o art. 52º, nº 3 – extrair consequências jurídicas adequadas quer no âmbito da responsabilidade civil, quer no do ilícito de mera ordenação social, quer no do ilícito criminal;

⁴⁹ Sobre a estrutura do direito ao ambiente, cfr., por exemplo, ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1986, trad. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993, pág. 429; ALEXANDRE KISS, *Le droit à la conservation de l'environnement*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 1990, págs. 445 e segs.; FRANCISCO LOPEZ MENUDO, *El derecho a la protección del medio ambiente*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, setembro-outubro de 1991, págs. 161 e segs.; GOMES CANOTILHO, *Privatismo, associativismo e publicismo na Justiça administrativa*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3857, págs. 232 e segs.; LUÍS COLAÇO ANTUNES, *O Direito do Ambiente como Direito da Complexidade*, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº 10, dezembro de 1998, págs. 39 e segs.; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verdes...*, cit., loc. cit., págs. 127 e segs.

⁵⁰ Sobre interesses difusos, v. JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, 5ª ed., págs. 83 e segs., e Autores citados.

⁵¹ Cfr. *Manual...*, VI, 4ª ed., Coimbra, 2013, págs. 369 e 370.

VIII DIREITOS DAS GERAÇÕES FUTURAS?

44. Um último ponto.

Há ainda quem não se confine aos deveres e vá ao ponto de proclamar *direitos fundamentais* das gerações futuras.

Posição francamente favorável, embora conformando os direitos das gerações futuras não como pretensões subjetivas acionáveis, nem como realidades inscritas na dimensão jurídica objetiva dos direitos fundamentais, é a de JORGE PEREIRA DA SILVA⁵².

Subjetivamente, escreve, os direitos fundamentais fluem de forma contínua entre gerações, sem ruturas nem descontinuidades, mas numa perspetiva objetiva eles coexistem no tempo em termos tais que os direitos das gerações futuras interagem hoje mesmo com os direitos da geração presente, cerceando-os no seu alcance material ou nas suas possibilidades de exercício, e vinculando as entidades públicas à sua salvaguarda. Trata-se assim, acima de tudo, de uma dimensão jusfundamental que compromete os seus titulares presentes para com os seus titulares supervenientes e que – como certamente já se vem pressentindo – depende da efetiva assunção pelo Estado das suas responsabilidades (éticas e) jurídicas para com o futuro. Os titulares presentes dos direitos fundamentais têm que agir, até certo ponto, como administradores fiduciários daqueles que lhes hão-de suceder.

A ideia de direitos fundamentais das gerações futuras, continua, não é apenas artifício retórico sem qualquer tradução jurídica, antes possuindo a consistência dogmática que deriva do facto de aqueles poderem já hoje produzir (pré)efeitos jurídicos delimitadores dos direitos atualmente titulados pela geração presente. Desde logo – adaptando uma ideia recorrente no que toca ao relacionamento entre direitos de sujeitos contemporâneos – os direitos das gerações presentes terminam aí onde o seu exercício irrestrito (ou abusivo) ponha em causa a subsistência dos direitos das gerações futuras, considerando sobretudo a dependência destes em face dos pressupostos naturais da vida humana na terra. Os direitos fundamentais presentes incorporam como limites (imanescentes), se não mesmo restrições, a responsabilidade dos seus atuais titulares para com todos aqueles que lhes hão-de suceder nessa posição. Para que essa eficácia delimitadora se produza em termos efetivos – assim se fechando o círculo –, os direitos das gerações futuras carecem apenas do cumprimento por parte do Estado, com um alcance temporalmente alargado, dos seus deveres de proteção de direitos fundamentais. Por outras palavras, entre a dimensão intergeracional dos direitos fundamentais – que permite falar com

⁵² *Ensaio...*, cit., loc. cit., págs. 459 e segs.

propriedade jurídica de direitos das gerações futuras – e a teoria dos deveres estaduais de proteção existe uma ligação umbilical, uma vez que é esta que fornece o caminho dogmático que permite dar tradução prática àquela dimensão e àqueles direitos⁵³.

Também, em linha mais enfática, JUAREZ FREITAS retira do princípio da sustentabilidade o respeito consciente e pleno dos direitos daqueles que ainda não nasceram e a ligação de todos os seres acima das coisas, e define Estado sustentável como guardião da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais das gerações atuais e futuras⁵⁴.

Pelo contrário, segundo MASSIMO LUCIANI, para além da ambiguidade e da polissemia da expressão, a questão dos direitos das gerações futuras é, antes de mais, a questão dos interesses do género humano. A razão essencial para não se comprometerem os bens de que poderiam gozar as gerações futuras não está no pretenso direito de um sujeito em potência, mas no interesse de sujeito em ato à própria sobrevivência como (parte do) género humano.

A tese dos direitos das gerações futuras não explica o que aconteceria na hipótese de conflito entre direitos destas e daquelas gerações futuras: teriam sempre razão as mais longínquas? E se são direitos e se forem violados, como encarar um problema de responsabilidade jurídica entre gerações⁵⁵?

Ou, para ANTONIO SPADARO, a tentativa de elaboração de uma teoria de direitos de gerações futuras apresenta um grau de abstração a roçar a presunção (isto é, paternalismo ético), visto que pretende disciplinar situações jurídicas antes e sem o consentimento dos diretos interessados que, bem pelo contrário, poderiam ter direitos (e deveres) segundo outras e diversas conceções das dos atuais vivos⁵⁶. Coisa bem diferente é uma promessa, um empenhamento individual e coletivo ou a assunção de responsabilidades atuais e difusas para com as gerações futuras⁵⁷.

Eis um debate que deve prosseguir.

⁵³ *Ibidem*, págs. 459 e segs., *maxime* 486 e segs.

⁵⁴ *Op. cit.*, págs. 34 e 286.

⁵⁵ *Generazioni future, distribuzione temporale delle spese pubbliche e vincoli costituzionali*, in *Diritto e Società*, 2008, págs. 145 e segs.

⁵⁶ *L'amore del lontano: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, *ibidem*, pág. 176.

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 210.