

O DIREITO

Ano 154.º (2022), III

Director

JORGE MIRANDA

O DIREITO

Ano 154.º (2022), III

Diretor: JORGE MIRANDA

Fundadores

António Alves da Fonseca

José Luciano de Castro

Antigos Diretores

José Luciano de Castro

António Baptista de Sousa (Visconde de Carnaxide)

Fernando Martins de Carvalho

Marcello Caetano

Inocêncio Galvão Telles

Diretor

Jorge Miranda

Diretores-Adjuntos

António Menezes Cordeiro

Luís Bigotte Chorrão

Maria João Galvão Teles

Consulta e Estatuto Editorial

<https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/o-direito/243/248/1/12>

Publicação: trimestral

Coordenação e revisão: Veloso da Cunha

Propriedade: Instituto de Direito Privado – IDP e Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa

NIPC 513319425/506512495

Sede e Redação: Faculdade de Direito de Lisboa – Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

Editora: Edições Almedina, SA

Rua Fernandes Tomás n.ºs 76, 78, 80

Telef.: 239 851 904 – Fax: 239 851 901

3000-167 Coimbra – Portugal

editora@almedina.net

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

ÍNDICE

DOCTRINA

HUGO LUZ DOS SANTOS / LEONG CHENG HANG

O direito a saber quem sou sem prazo no Direito da filiação. 419

SIMÃO MENDES DE SOUSA

O «Admirável Mundo Novo» do Direito Administrativo da emergência na saúde 455

EDSON DA GRAÇA FRANCISCO MACUÁCUA

A ineficácia da tutela dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional em Moçambique 499

ARNALDO ABÍLIO MONDLANE

Breve estudo sobre a procriação medicamente assistida no ordenamento jurídico português – Uma primeira aproximação ao tema 521

JOSÉ AVILEZ OGANDO

A dupla valoração normativa dos atos tributários e o caso paradigmático do erro imputável aos serviços. 541

DIOGO PEREIRA COELHO

O High Frequency Trading serve de amplificador do Risco Sistémico durante eventos catastróficos globais, tais como a Pandemia de COVID-19? 559

DOCUMENTOS

JORGE MIRANDA

Discurso em 10 de junho de 2022 no Dia de Portugal em Braga 607

POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS

Critérios de publicação 617

DOCTRINA

O direito a saber quem sou sem prazo no Direito da filiação

HUGO LUZ DOS SANTOS*

LEONG CHENG HANG**

SUMÁRIO: §§ 1. *Introdução: O Direito da Família e o direito a saber quem sou sem prazo no Código Civil de Macau.* §§ 2. *Por que razão o direito a saber quem sou sem prazo (artigo 1677.º e 1722.º do Código Civil de Macau) é tão especial...na Região Administrativa Especial de Macau?:* §§ 2.1. *Sobre a sanção de ineficácia patrimonial (artigo 1656.º do Código Civil de Macau) e sobre a cindibilidade da unidade do estado;* §§ 2.2. *O direito a saber quem sou sem prazo como emanção da dignidade da pessoa humana (artigo 30.º § 1, da Lei Básica de Macau) que corporiza a liberdade geral de acção (artigo 28.º § 1, da Lei Básica de Macau) e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 67.º, n.º 1 do Código Civil de Macau);* §§ 2.2.1. *O direito a saber quem sou sem prazo (como emanção do direito ao conhecimento das origens genéticas) tem um conteúdo complexo;* §§ 2.2.2. *O «direito à eliminação da mentira» (Rafael Vale e Reis) como prolongamento natural do direito a saber quem sou sem prazo;* §§ 2.2.2.1. *Realização coerciva de exames hematológicos de ADN tendentes à concretização do direito a saber quem sou sem prazo?* §§ 3. *A importância, no plano infra-constitucional, do instituto jurídico da boa fé e do abuso do direito no Direito da filiação de Macau:* §§ 3.1. *Os significados sociais com relevo jurídico emergente da inércia do investigador/autor no âmbito do direito a saber quem sou sem prazo: o hemisfério sociológico e o hemisfério jurídico:* §§ 3.1.1. *O hemisfério sociológico;* §§ 3.1.2. *O hemisfério jurídico;* §§ 3.2. *A relação de mútua implicação entre o decurso do tempo e o nascimento e florescimento de um simétrico sentimento de confiança no espírito do investigado*

* Doutor em Direito (2019-2021)/Professor Universitário na City University of Macau/Perito (Research Fellow) do Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA, Oxford, United Kingdom – membro permanente dos Working Groups da UNCITRAL)/Agraciado com a Fellowship of the Royal Society of Arts of the United Kingdom for “outstanding contributions to rule of law, justice and policy worldwide” (London, United Kingdom)/Senior Cross-Border Dispute Resolution Advisor at Alexander Byrne and Sydhu & Partners (London/San Jose, Costa Rica).

** Doutora em Direito e Senior Instructor da Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

que o direito a saber quem sou sem prazo não será exercido pelo investigador: §§ 3.2.1. A boa fé (e o abuso do direito) enquanto baluartes do princípio da confiança no âmbito do direito a saber quem sou sem prazo: entre a supressio e a surrectio. §§ 4. Conclusões.

RESUMO: Reflecte-se sobre o *direito a saber quem sou sem prazo*, a verdade biológica, o direito ao conhecimento das origens genéticas e sobre o direito à historicidade pessoal à luz dos artigos 1656.º, 1672.º e 1722.º, do Código Civil de Macau. Mormente sobre a sua natureza modelar e avançada.

Essas disposições legais consagram, de certo modo, a proibição do abuso do direito (artigo 326.º, do Código Civil de Macau), na modalidade da *Surrectio* e *Supressio*. Categorias doutrinárias rigorosamente trabalhadas pela doutrina no sentido da punição da inércia do titular do direito. No caso concreto, o de investigar a paternidade ou a maternidade movida por interesses vincadamente patrimoniais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito a Saber Quem sou Sem Prazo; Verdade Biológica; Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas; Direito à Historicidade Pessoal; Código Civil de Macau de 1999; Boa Fé; Abuso do Direito; Sanção de Ineficácia Patrimonial.

§§ 1. **Introdução: O Direito da Família e o *direito a saber quem sou sem prazo* no Código Civil de Macau de 1999***

§ 1. O Direito da Família encerra, em si mesmo tomado, uma panóplia de questões que se expandem (e se imbricam) com outras de capital importância¹.

* Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

¹ Para termos uma ideia do quão frondoso é o Direito da Família, basta aludir às direcções dogmáticas a que o mesmo protende e com as quais se entrecruza. Ver: MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e Sucessões*, revistas em 2014, Macau, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2014, ponto 1.5.1 e 1.5.2. (que discorre sobre o direito constituir família e sobre a interessante questão do direito de livre procriação constitucionalmente tutelados pelo artigo 38.º, da Lei Básica de Macau). Desenvolvidamente: MANUEL TRIGO, “Sobre as fontes do regime da filiação resultante de procriação assistida e de concepção após a morte”, in: *Estudos de Direito da Família e Menores*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 2018, pp. 243 e ss; AUGUSTO TEIXEIRA GARCIA, “Responsabilidade dos bens do casal por dívidas comerciais dos cônjuges”, in: *Estudos de Direito da Família e Menores*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 2018, pp. 141 e ss (escreve sobre as dívidas comerciais dos cônjuges); JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, “As dívidas e os prémios de jogo no direito patrimonial da família de Macau”, in: *Estudos de Direito da Família e Menores*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 2018, pp. 153 e ss (debruça-se sobre a interpenetração entre o direito do jogo e o direito da família, tendo como mola

Uma delas prende-se com a fundante (e fecundante) temática da «imprescritibilidade» do *direito a saber quem sou sem prazo* (artigo 1677.º e artigo 1722.º, do Código Civil de Macau), como expressão do «direito à eliminação da mentira»² e do direito ao livre – e, igualmente, sem prazo – desenvolvimento da personalidade³.

§ 2. A «imprescritibilidade»⁴ das acções de investigação da maternidade e da paternidade (artigo 1677.º e artigo 1722.º, do Código Civil de Macau) prevista no ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau e a sanção de ineficácia patrimonial que visa fulminar temporãs – e, não raro, eivadas de oportunismo pecuniário – acções tendentes ao estabelecimento da filiação e ao apuramento da verdade biológica sinalizam uma específica (e particularmente feliz) intenção legislativa de sobrepor os laços familiares (o estatuto pessoal do investigado) ao desolador «*show me the money*» (o estatuto patrimonial do investigado). É sobre esta nobre intenção legislativa que discorrerá este texto.

real as dívidas de jogo); VERA LÚCIA RAPOSO, “Filhos de um Deus menor: as relações entre pais e filhos no contexto médico e genético”, in: *Estudos de Direito da Família e Menores*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 2018, pp. 355 e ss (disserta sobre as relações familiares no contexto médico e genético); TERESA LANCERY ROBALO, “Fenómeno dos casamentos falsos na RAEM”, in: *Estudos de Direito da Família e Menores*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 2018, pp. 561 e ss (alude à interessante temática dos casamentos falsos em Macau); PAULA NUNES CORREIA, “Estatuto jurídico do (filho) menor: uma visão jus-privatística”, in: *Estudos de Direito da Família e Menores*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 2018, pp. 329 e ss (escreve sobre o estatuto jurídico do filho menor); CÂNDIDA PIRES, “Subsídios para o estudo do Instituto do poder paternal ou responsabilidade parental: natureza, conteúdo, titularidade e exercício”, in: *Estudos de Direito da Família e Menores*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 2018, pp. 289 e ss (vinca a importância da responsabilidade parental no domínio do Direito da Família).

² RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Médico, n.º 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, *passim*, que seguiremos de muito perto.

³ PAULO MOTA PINTO, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Gestlegal, 2018, pp. 369-458 (discorre sobre o Anteprojecto – da sua autoria – respeitante aos Direitos de Personalidade na Região Administrativa Especial de Macau, em sede do qual propugnou um direito geral de personalidade – artigo 67.º – e uma pletora de direitos especiais de personalidade – artigo 70.º a artigo 82.º – do Código Civil de Macau).

⁴ Bem sabemos que, neste âmbito, não se trata de uma questão de prescrição, mas de uma questão de caducidade das acções de investigação da maternidade ou paternidade. Dada a impropriedade linguística da expressão “incaducidade” opta-se, como a esmagadora maioria da doutrina, pela utilização da expressão “imprescritibilidade”. Servindo as aspas para sinalizar a particularidade que acabamos de mencionar.

§§ 2. Por que razão o direito a saber quem sou sem prazo (artigo 1677.º e 1722.º do Código Civil de Macau) é tão especial...na Região Administrativa Especial de Macau?

§ 1. O Código Civil de Macau de 1999 condensa, em matéria de Direito da Filiação, soluções legislativas amplamente inovadoras. Pode mesmo dizer-se que, nessa matéria, o Código Civil de Macau contém três disposições legais modelares e avançadas. A saber: duas disposições legais que preceituam que acção de investigação da maternidade ou da paternidade pode ser proposta a todo o tempo (artigo 1677.º e 1722.º). Tais disposições legais consagram, ao nível do *estatuto pessoal* do investigador, um *verdadeiro direito a saber quem sou sem prazo*.

§ 2. Conexo ao *direito a saber quem sou sem prazo*, surge uma outra disposição legal modelar e avançada. O artigo 1656.º, n.º 1 do Código Civil de Macau. Esta norma visa contornar os efeitos – abusos e oportunismos pecuniários – advenientes da extensão da imortalidade⁵ do *direito a saber quem sou sem prazo*.

§ 3. O *direito a saber quem sou sem prazo dá* (o direito à imortalidade do direito a saber quem sou *sem prazo*), mas também *tira* (o direito a quinhão na partilha da herança do *de cuius* após o decurso de 15 anos e verificadas determinadas circunstâncias tipicamente relevantes). Por isso, trata-se de disposições legais (cautelosamente) generosas. E, também por isso, tão especiais.

§ 4. Essa *cautelosa generosidade* do *direito a saber quem sou sem prazo* emerge no panorama do direito ao conhecimento das origens genéticas sempre que: i) a acção de investigação da maternidade (artigo 1677.º, n.º 1, do Código Civil de Macau) ou a acção de investigação da paternidade (artigo 1722.º do Código Civil de Macau) sejam intentadas decorridos mais de 15 anos após o conhecimento dos factos dos quais se poderia concluir a relação de filiação (artigo 1656.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil de Macau); e ii) as circunstâncias tornem patente que o propósito principal que moveu a declaração ou proposição da acção foi o da obtenção de benefícios patrimoniais (artigo 1656.º, n.º 1, alínea b), do Código Civil de Macau). Adiante cruzaremos esta seminal dispo-

⁵ VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à imortalidade*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 1-1260 (disserta, com grande desenvolvimento, sobre o direito à imortalidade).

sição legal com o (não menos seminal) instituto jurídico da boa fé. Para lá se remete o leitor interessado.

§§ 2.1. ***Sobre a sanção de ineficácia patrimonial (artigo 1656.º do Código Civil de Macau) e sobre a cindibilidade da unidade do estado***

§ 1. Esta disposição legal (artigo 1656.º, n.º 1, alínea a) e b) do Código Civil de Macau) preceitua, na sua hipótese normativa, duas situações típicas em sede das quais o estabelecimento do vínculo biológico produz apenas efeitos pessoais, com expressa derrogação dos efeitos patrimoniais inerentes a (qualquer) estatuto sucessório.

§ 2. Esta disposição legal condensa uma inegável bipartição ou *cindibilidade* do (outrora sacrossanto) *princípio da unidade do estado*. Na medida em que, como acima se expendeu, admite, ao nível do estatuto pessoal, a *imortalidade do direito a saber quem sou sem prazo* das acções de investigação da maternidade (artigo 1677.º, n.º 1, do Código Civil de Macau) e das acções de investigação da paternidade (artigo 1722.º do Código Civil de Macau) e impede, ao nível do estatuto patrimonial, a produção de efeitos sucessório-patrimoniais sempre que a essa vontade temporã em estabelecer o vínculo biológico subjaza um resquício de oportunismo (e, porque não dizê-lo, de chã venalidade pecuniária) (artigo 1656.º, n.º 1, alíneas a) e b) do Código Civil de Macau).

§ 3. Condensa essa norma (artigo 1656.º, n.º 1, alíneas a) e b) do Código Civil de Macau) uma sanção de ineficácia patrimonial do estabelecimento da filiação destinada a sustar/perimir (possíveis) ímpetos pecuniaristas subjacentes a uma vontade – inexplicavelmente – tardia em apurar, quer a identidade pessoal, quer o conhecimento das origens genéticas «quando a acção é intentada mais de 15 anos após o conhecimento dos factos dos quais se poderia concluir a relação de filiação e quando as circunstâncias tornem patente que o propósito principal que moveu o autor foi a obtenção de benefícios patrimoniais»⁶.

⁶ CRISTINA A. M. DIAS, “Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 45, janeiro/março 2014, Braga, Cejur, 2014, p. 52.

§§ 2.2. O direito a saber quem sou sem prazo como emanção da dignidade da pessoa humana (artigo 30.º § 1, da Lei Básica de Macau) que corporiza a liberdade geral de acção (artigo 28.º § 1, da Lei Básica de Macau) e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 67.º, n.º 1 do Código Civil de Macau)

§ 1. O direito a saber quem sou sem prazo é uma clara emanção do princípio da dignidade da pessoa⁷ humana⁸ (artigo 30.º § 1, da Lei Básica de Macau) e uma corporização da liberdade geral de acção⁹ (artigo 28.º § 1, da Lei Básica de Macau). Mas não só¹⁰.

§ 2. O regime jurídico plasmado nos artigos 1656.º e 1677.º, e no artigo 1722.º, do Código Civil de Macau de 1999 condensa um «direito ao desen-

⁷ DIOGO COSTA GONÇALVES, “Notas breves sobre a origem dos direitos de personalidade”, in: *Revista de Direito Civil* (RDC), Ano II (2017), Número 3, Coimbra, Almedina, 2017, p. 655 (sublinha acertadamente que “todo o Direito serve, sempre e só, a pessoa”).

⁸ A ligação umbilical entre os direitos fundamentais sociais e alguns princípios estruturantes do Estado de Direito tem sido aventada por vários sectores autorizados da doutrina constitucionalista. Aduz-se nesse conspecto que “*todos os direitos fundamentais são direitos de liberdade. Podemos, afirmar, por conseguinte, que os direitos sociais ocupam uma “posição intermédia” entre a liberdade e a igualdade (...) Deverão existir sempre preocupações de justiça social e que os direitos sociais desempenham um papel proeminente na garantia de uma liberdade digna e de uma dignidade livre*”. Itálicos nossos. Ver: CATARINA SANTOS BOTELHO, “40 anos de Direitos Sociais: uma reflexão sobre o papel dos Direitos Fundamentais Sociais no Século XXI”, in: *Julgar*, n.º 29, maio-agosto 2016, Coimbra, Almedina, 2016, p. 197 e ss. Em sentido aproximado: JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*, Coimbra, Almedina, vol. I (2015) e vol. II Coimbra, Almedina, 2016, *passim*; JACQUES FIERENS, “La dignité humaine comme concept juridique”, in: *Journal des tribunaux*, 121, 2002, pp. 578 e ss e *passim*; THILO RAMM, “Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge”, in: *Soziale Grundrechte – 5. Rechtspolitischer Kongress der SPD vom 29. Februar bis 2. März 1980 in Saarbrücken*, Heidelberg/Karlsruhe, C. F. Müller, 1981, pp. 28-32 e *passim*. Ver: JORGE MIRANDA, “Os valores permanentes da Constituição portuguesa”, in: *Julgar*, n.º 29, maio-agosto 2016, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 45 e ss e *passim*.

⁹ MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “A tutela da pessoa e a sua personalidade como fundamento e objecto da disciplina civilística: Questões actuais”, in: *XX Estudos Comemorativos dos 20 Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 294-295 (nota que “a tutela da personalidade tem por base, no direito português, uma cláusula geral, estabelecida no artigo 70.º do Código Civil. Acolhe-se, nesta norma, um *direito geral de personalidade*, que protege a personalidade no seu todo, nas suas diversas manifestações (...) que individualizam cada ser humano”). Itálicos nossos.

¹⁰ FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, “Tutela da personalidade e responsabilidade civil”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (RLJ), Ano 147.º, N.º 4006, setembro-outubro de 2017, Coimbra, GestLegal, 2017, p. 15 (“razão pela qual a temática complexa da personalidade humana não pode deixar de polarizar-se em volta daquelas exigências axiológicas que se dirigem à *conservação do poder jurisdicção dos particulares*”). Itálicos nossos.

volvimento da personalidade»^{11/12/13}, abarcando uma dimensão reconduzível à cláusula de tutela¹⁴ geral da personalidade¹⁵ (artigo 67.º, do Código Civil de Macau)^{16/17}.

§ 3. O universo dessas disposições legais são a expressão viva de que o direito de investigar a maternidade¹⁸ (artigo 1677.º, n.º 1, do Código Civil de Macau), ou o direito de investigar a paternidade (artigo 1722.º, do Código Civil de Macau), é indispensável para determinar as origens genéticas e para

¹¹ RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Centro de Direito Médico, n.º 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 130 e ss e passim, excelente texto que seguimos de muito perto.

¹² GUILHERME DE OLIVEIRA, “Direitos fundamentais à Constituição da Família e ao Desenvolvimento da Personalidade”, in: *Revista Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família, Ano 9, n.ºs 17 e 18 (duplo), 2012, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 7-8.

¹³ JORGE DUARTE PINHEIRO, “A tutela da personalidade da criança na relação com os pais”, in: *Scientia Iuridica* (SI), Revista Portuguesa de Direito da Família, Tomo LXIV, N.º 338, maio/agosto de 2015, Braga/Rio de Janeiro, Universidade do Minho, 2015, p. 250 (a isso não será alheio ao facto de que “com a Revolução Francesa, a afirmação do valor intrínseco do indivíduo implicava a tutela de todos os direitos que lhe eram reconhecidos, ainda que a respectiva violação fosse imputável a um familiar”).

¹⁴ Convergente: PAULO MOTA PINTO, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, cit., passim.

¹⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Paulo Mota Pinto, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*BVerfGE, Beschluss v. 26.4.1994, FamRZ 1994*, pp. 881 e ss) (“refira-se que esta marcante decisão judicial versou concretamente sobre os prazos de impugnação da paternidade do marido da mãe, tendo aquele Tribunal afirmado que não era constitucionalmente possível, à luz da expressa consagração constitucional do *direito geral de personalidade*, que o prazo para o filho impugnar a paternidade conjugal terminasse dois anos após a maioridade daquele, nos casos em que ele não conhecesse as circunstâncias das quais pudesse retirar que o marido da mãe não era o pai, assim recusando, sem excepção, a possibilidade de uma clarificação mais tardia das suas origens”). Textualmente: RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Centro de Direito Médico, n.º 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 130.

¹⁷ No mesmo sentido: Acórdãos do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*BVerfGE, Beschluss v. 18.1.1988, FamRZ 1988; BVerfGE, Beschluss v. 6.5.1997, FamRZ 1997*).

¹⁸ JOÃO ALBUQUERQUE, “A concepção sobre o casamento, a família e a procriação que a Legislação de Macau normativiza”, in: *Estudos de Direito da Família e Menores*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 2018, p. 33 (considera, do lado dos progenitores, que “a maternidade e paternidade são assim elevados a valores integrantes do património axiológico-normativo da ordem jurídica da RAEM”).

densificar o (imortal) *direito a saber quem sou sem prazo*^{19/20/21/22}. E que decorre tanto do direito de constituir família²³ (artigo 38.º § 1, da Lei Básica de Macau) como da (louvável) protecção do «bem da família»^{24/25} e dos elementos que a integram²⁶.

§ 4. Deve, pois, deslocar-se a atenção do (velho) argumento da «caça às fortunas»²⁷ para a luz cinérea da valorização da verdade²⁸ e da transparência

¹⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal n.º 23/2006, de 10 de janeiro, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Paulo Mota Pinto, disponível em www.dgsi.pt.

²⁰ CRISTINA A. M. DIAS, “Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 45, janeiro/março 2014, Braga, Cejur, 2014, p. 51.

²¹ GUILHERME DE OLIVEIRA “Caducidade das acções de investigação”, in: *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano I, n.º 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 8.

²² GUILHERME DE OLIVEIRA “Caducidade das acções de investigação”, in: *AAVV, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 50–51.

²³ JOÃO ALBUQUERQUE, “A concepção sobre o casamento, a família e a procriação que a Legislação de Macau normativiza”, *cit.*, pp. 3 e ss.

²⁴ JOÃO ZENHA MARTINS, “O Código Civil e as Transformações do Direito de Família”, in: *O Direito*, Ano 150.º (2018), I, Coimbra, Almedina, 2018, p. 49 (sublinha que a protecção estatal desloca-se da família, entendida como um todo, para cada um dos indivíduos que a integra, apesar de a lei conferir à família, em alguns casos, uma protecção especial dos seus interesses, nomeadamente com as expressões “bem da família” ou “interesses da família”).

²⁵ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 550 e ss (alude a uma “situação de imunidade de facto no seio da família”).

²⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A família e a lei na primeira década do século XXI”, in: *A Família e o Direito. Nos 30 anos da Exortação Familiaris Consortio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 48 (lembrava que “numa ponderação entre os valores individuais de cada um e os valores supra-individuais do grupo (da família), o legislador optou, nas opções mais paradigmáticas, claramente pelos primeiros”)

²⁷ JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, “A inconstitucionalidade da limitação temporal ao exercício do direito à investigação da paternidade”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 147.º, março–abril de 2018, N.º 4009, Coimbra, Gestlegal, 2018, p. 230 e ss e *passim* (criticamente duramente, quer o argumento da “caça à fortuna”, quer o argumento da segurança jurídica que subjaz à criação de prazos de caducidade de investigação da maternidade e da paternidade).

²⁸ Sabemos que a verdade do Direito e a verdade da História raramente se fundem. O caso do descobrimento (*rectius*: apuramento) da verdade biológica constitui, certamente, uma das excepções. Com um *golpe* da ciência (através da realização dos exames hematológicos de ADN) consegue unir-se dois mundos (quase) diametralmente opostos entre si. Esse exame hematológico assume uma dupla vertente. Por um lado, avoca uma *função negativa* (o investigador não é filho de alguém que figura na sua certidão de nascimento, nos casos em que isso aconteça). Por outro lado, retém uma *função positiva* (o investigador é filho de alguém cujo material biológico foi colhido e processado através dos exames hematológicos). A questão da verdade do Direito e da verdade histórica foi magistralmente tratada

corporizada na «possibilidade de acesso a informação e dados pessoais e seu controlo, com a promoção do valor da pessoa humana e da sua «auto-definição»²⁹.

§ 5. Direito à «auto-definição» que inclui no seu bojo, quer o conhecimento das suas origens genéticas e culturais³⁰, quer o direito a conhecer a identidade dos pais biológicos (artigo 30.º da Lei Básica de Macau e artigo 82.º, do Código Civil de Macau)³¹, enquanto corolários de uma subespécie do direito geral de personalidade^{32/33/34} (artigo 67.º, n.º 1, do Código Civil de Macau).

§§ 2.2.1. O direito a saber quem sou sem prazo (*como emanação do direito ao conhecimento das origens genéticas*) tem um conteúdo complexo

§ 1. O direito a saber quem sou sem prazo, como prolongamento do direito à verdade biológica e à historicidade pessoal (artigo 1656.º, 1677.º, ambos do

por: MICHELE TARUFFO, *La Prueba de los Hechos*, Madrid: Trotta Editorial, 4ª edición, 2011, pp. 1-544 (pp. 336-341) (que se esforça por delimitar o campo de actuação funcional do juiz e do historiador, que não se fundem); CLARA CALHEIROS, “Justiça, Verdade e História”, in: *Scientia Iuridica* (SI), Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LXII, n.º 332, maio-agosto de 2013, Braga/Rio de Janeiro, 2013, p. 255 e p. 263 (que sublinha a juridicidade do Direito e dos factos que são “sempre irremissivelmente jurídicos” e não omite – e bem – a menção de que o juízo decisório se tornou “mais biológico”); ANTÓNIO HESPAÑHA, “Terão os juízes voltado ao centro do Direito?”, in: *Scientia Iuridica* (SI), Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LXII, n.º 332, maio-agosto de 2013, Braga/Rio de Janeiro, 2013, p. 250 (alude ao perigo de as fontes imprecisas e abertas do direito (acrescento nosso: a legislação em tema de filiação) poder contribuir para a insegurança jurídica, na medida em que “confere aos responsáveis pela concretização do direito – os juízes, os juristas – um poder social muito maior”).

²⁹ RAFAEL VALE E REIS, “Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português”, in: *Revista do Ministério Público (RMP)*, n.º 116, Ano 29, outubro-dezembro 2008, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 197 e ss e *passim*.

³⁰ CRISTINA A. M. DIAS, “Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09”, *cit.*, p. 51.

³¹ CARLOS GOMES DA SILVA, “Utilização dos testes de DNA em acções de investigação da paternidade”, in: *Estudos de Direito da Família e Menores*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 2018, p. 219 (defende, com razão, que o direito à identidade pessoal faz parte, em última análise, do âmbito do respeito pela dignidade da pessoa humana).

³² WILHELM KLEINEKE, *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*, Göttingen, 1976, pp. 12-24.

³³ PAULO MOTA PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in: Portugal-Brasil ano 2000, *Studia Iuridica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 164.

³⁴ JOÃO ALBUQUERQUE, “A concepção sobre o casamento, a família e a procriação que a Legislação de Macau normativiza”, *cit.*, pp. 3 e ss e *passim*.

Código Civil de Macau), «constitui um valor ético-jurídico a que as leis e as próprias constituições não fazem, por via de regra, nenhuma directa alusão, mas que nem por isso deixa de constituir uma das traves-mestras»³⁵ do ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) e que fundamenta o direito de cada residente (artigo 41.º da Lei Básica de Macau) de saber quem foram os seus reais progenitores e de onde (*rectius*: quem) descendem biológica e geneticamente falando^{36/37}.

§ 2. Essa é uma das razões pelas quais se considera que o direito fundamental a *saber quem sou sem prazo* (artigo 28.º e artigo 30.º da Lei Básica de Macau) tem (fundamentalmente) um conteúdo complexo³⁸.

§ 3. Na medida em que explica a razão pela qual se permite o reconhecimento a todo o residente de Macau (artigo 41.º da Lei Básica de Macau), e a *tudo o tempo*, o direito de investigar (judicialmente) a maternidade (artigo 1677.º, n.º 1, do Código Civil de Macau) e a paternidade (artigo 1722.º, do Código Civil de Macau)^{39/40}. Garantindo-se, desse jeito, a coincidência entre os vínculos jurídicos e biológicos⁴¹.

§ 4. Faculdade jurídica que constitui a extensão máxima⁴² da tutela jurisdicional efectiva conferida ao *direito a saber quem sou sem prazo* e para cujo

³⁵ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, “A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, ano 127, n.ºs 3843, 3844, 3846, 3848 e 3849, e ano 128, n.ºs 3852 e 3853, n.º 3853, 1994, pp. 100-101.

³⁶ RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, cit., passim; RAFAEL VALE E REIS, “Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português”, cit., passim.

³⁷ D. SCHWAB, *Familienrechts*, 13. Auflage, München, C. H. Beck, 2005, pp. 240-241, Rn. 495 e ss e passim.

³⁸ RAFAEL VALE E REIS, “Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português”, cit., p. 197.

³⁹ RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, cit., p. 215, que vimos seguindo de muito perto (aduz que a “tutela adequada do direito ao conhecimento das origens genéticas, na sua dimensão de direito ao estabelecimento dos vínculos de maternidade e paternidade, exige a abolição absoluta dos prazos de caducidade para o filho investigador desses vínculos”).

⁴⁰ CRISTINA A. M. DIAS, “Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09”, cit., p. 53.

⁴¹ RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, cit., passim; RAFAEL VALE E REIS, “Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português”, cit., passim.

⁴² RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, cit., passim; RAFAEL VALE E

reconhecimento contribui, reflexa e instrumentalmente, um outro direito fundamental: o direito de constituir família^{43/44/45}.

§§ 2.2.2. O «direito à eliminação da mentira» (Rafael Vale e Reis) como prolongamento natural do direito a saber quem sou sem prazo

§ 1. Vimo-lo já. As razões político-legislativas (que repousam em uma labiríntica liberdade de conformação legislativa⁴⁶) não podem pulverizar o *direito a saber quem sou*⁴⁷ sem prazo (artigo 1677.º, n.º 1, e artigo 1722.º, da Lei Básica de Macau) que radica primacialmente na eminente dignidade da pessoa humana^{48/49/50} (artigo 30.º, § 1 da Lei Básica de Macau) e na sua necessidade ingente

REIS, “Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português”, *cit.*, *passim*.

⁴³ RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, *cit.*, *passim*, que seguimos de muito perto; RAFAEL VALE E REIS, “Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português”, *cit.*, *passim*, que seguimos de muito perto.

⁴⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Manual de Direito da Família*, com a colaboração de RUI MOURA RAMOS, Coimbra, Almedina, 2020, *passim* (ênfata a importância precípua do direito a constituir família).

⁴⁵ JORGE MIRANDA, “Sobre a relevância constitucional da família”, in: *Scientia Iuridica* (SI), Revista Portuguesa de Direito da Família, Tomo LXIV, N.º 338, maio/agosto de 2015, Braga/Rio de Janeiro, Universidade do Minho, 2015, p. 272 (configura, na esteira do artigo 36.º, n.º 1, da CRP, o direito de constituir família como um direito fundamental inserido no leque de direitos, liberdades e garantias).

⁴⁶ Invocada, entre muitos outros arestos, pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 394/2019, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro JOÃO PEDRO CAUPERS, disponível em www.dgsi.pt. para afirmar a constitucionalidade dos prazos de caducidade das acções de investigação da paternidade e da maternidade.

⁴⁷ Impõe-se uma pequena precisão. O *direito a saber quem sou* foi, tanto quanto sabemos, originariamente cunhado pelo Professor Guilherme de Oliveira. Ver: GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento da Filiação*, Coimbra, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2017, *passim*. O *direito a saber quem sou sem prazo* resulta de adscrição nossa.

⁴⁸ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “Dignidade e Constitucionalização da Pessoa Humana”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Volume II, Direito Constitucional e Justiça Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 290 e ss, que seguimos de muito perto; PETER HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzvorbehalt*, 3. Auflage, Karlsruhe, C.F. Müller, 1983, pp. 345 e ss.

⁴⁹ RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, *cit.*, *passim*. Que seguimos de muito perto.

⁵⁰ JOSÉ MELO DE ALEXANDRINO, “Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana”, in: *Discurso dos Direitos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 45 e ss.

de «auto-definição»⁵¹. Que abarca no seu bojo o conhecimento das suas origens genéticas⁵² e culturais⁵³. Bem como o direito a conhecer a identidade dos pais biológicos^{54/55/56}. Ambos corolários de uma sub-espécie do direito geral de personalidade^{57/58/59} (artigo 67.º, da Lei Básica de Macau).

§ 2. O direito ao conhecimento das origens genéticas⁶⁰ e o *direito a saber quem sou sem prazo*, como prolongamento natural do direito à verdade biológica⁶¹ e do direito à identidade pessoal⁶², constituem um dos pilares identitários

⁵¹ RAFAEL VALE E REIS, “Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português”, *cit.*, *passim*, que seguimos de muito perto.

⁵² RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, *cit.*, *passim*. Que seguimos de muito perto.

⁵³ CRISTINA M. A. DIAS, “Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09”, *cit.*, p. 51.

⁵⁴ RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, *cit.*, *passim*, que seguimos de muito perto.

⁵⁵ Acórdão do Supremo Tribunal Holandês (Acórdão *Valkenhorst*), de 15 de abril de 1994.

⁵⁶ Sobre este quintessencial aresto: RICHARD BLAUWHOFF, “Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one’s origins. Has “to know or not to know” ever been the legal question”, in: *Utrecht Law Review*, Volume 4, Issue 2 (June), 2008, pp. 99–116.

⁵⁷ RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, *cit.*, *passim*. Que seguimos de muito perto.

⁵⁸ WILHELM KLEINEKE, *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*, Göttingen, 1976, pp. 12–24.

⁵⁹ PAULO MOTA PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in: *Portugal-Brasil ano 2000*, Stvdia Iuridica, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 164.

⁶⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09 de março de 2017, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Lopes do Rego, disponível em www.dgsi.pt (segue o *stare decisis* contido no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 401/2011 e considera que a norma do artigo 1817.º, n.º 1, prevendo “um prazo de dez anos para a propositura da acção, contado da maioridade ou emancipação do investigador, não se afigura desproporcional, não violando os direitos constitucionais ao conhecimento da paternidade biológica e ao estabelecimento do vínculo jurídico, abrangidos pelos direitos fundamentais à identidade pessoal, previsto no artigo 26.º, n.º 1, e o direito a constituir família, previsto no artigo 36.º, n.º 1, ambos da Constituição.”).

⁶¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06 de novembro de 2018, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Pedro Lima Gonçalves, disponível em www.dgsi.pt (ênfatisa que “a consolidação da verdade biológica como princípio estruturante do regime legal, o reforço do direito à historicidade pessoal e a perspetivação do direito a conhecer o ascendente como dimensão essencial do direito a constituir família (n.º 1 do artigo 36.º da CRP) conduzem à conclusão de que a sujeição da ação de investigação da paternidade ao prazo de caducidade a que alude o n.º 1 do artigo 1817.º do CC (na atual redação) é inconstitucional por consubstanciar uma restrição excessiva àqueles direitos e ao direito geral de personalidade dos investigadores”).

⁶² Em sentido divergente: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de junho de 2016, rela-

que compõem a ossatura do ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau em matéria de Direito da Filiação.

§ 3. O *direito a saber quem sou sem prazo* ancora-se em um não menos fundante – e estruturante – «direito à eliminação da mentira» que pode assumir a forma de consagração de mecanismos legais (*maxime*: processuais) que permitam ao residente da RAEM (artigo 41.º da Lei Básica de Macau) esclarecer, a todo o tempo (artigo 1677.º, n.º 1 e artigo 1722.º do Código Civil de Macau), o seu vínculo biológico^{63/64} «relativamente à progenitora juridicamente reconhecida como tal, e/ou a tutela da possibilidade de impugnação pela filha dos vínculos jurídicos de filiação estabelecidos se eles não corresponderem à verdade biológica»^{65/66}.

§§ 2.2.2.1. Será possível (e constitucionalmente sustentável) a realização coerciva de exames hematológicos de ADN tendentes à concretização do *direito a saber quem sou sem prazo*?

§ 1. Atenta a importância precípua do *direito do direito a saber quem sou sem prazo*, a realização coerciva dos exames hematológicos de ADN^{67/68/69/70/71},

tado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Abrantes Gerales, disponível em www.dgsi.pt. (considera que “a tutela constitucional do direito à identidade pessoal é compatível com o estabelecimento de prazo para a propositura da acção de investigação da paternidade, não sendo inconstitucional a norma do artigo 1817.º, n.º 1, do CC, que fixou para o efeito o prazo-regra de 10 anos a contar da maioridade do investigante”).

⁶³ Convergente: RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, *cit.*, *passim*. Que seguimos de muito perto.

⁶⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 465/2018, relatado pela Exma. Senhor Conselheira Joana Fernandes Costa, disponível em www.dgsi.pt. (isso explica que não exista um – seguramente bizantino – direito ao não reconhecimento judicial da paternidade contra a vontade do pretenso progenitor que se extrai das disposições legais conjugadas constantes do artigo 1865.º, n.º 5 e do artigo 1869.º do Código Civil).

⁶⁵ Convergente: RAFAEL VALE E REIS, “Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português”, *cit.*, pp. 198 e ss, que seguimos de muito perto ao longo deste texto.

⁶⁶ Sobre a verdade biológica: Acórdão do *Bundesverfassungsgerichts* (Tribunal Constitucional Federal Alemão), de 31/1/1989, *BVerfGE* (“*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*”), 79, *passim*.

⁶⁷ Acórdão do Tribunal de Segunda Instância de Macau, de 16 de fevereiro de 2012, Proc.º n.º 278/2011, relatado pelo Exmo. Senhor Juiz Gil Oliveira, disponível em www.court.gov.mo. (“embora os resultados seroestatísticos tenham uma aceitação crescente nas acções de filiação e constituam um meio de prova muito importante, eles não devem dispensar um conhecimento global do caso e de outros elementos probatórios concorrentes que ajudem a formar a convicção do tribunal”).

⁶⁸ A jurisprudência do Tribunal de Segunda Instância de Macau não segue este entendimento. Expressa o entendimento contrário. A recusa do réu-investigado em submeter-se a exames hematólogicos não só não cauciona a sua realização coerciva como, e sobretudo, não tem quaisquer implicações ao nível do direito probatório material. Mormente, ao nível da inversão do ónus da prova. Reza assim: “Numa acção de impugnação e investigação de paternidade, se não foi alegada matéria de facto suficiente para permitir ao Tribunal concluir não ser o marido da mãe pai biológico do filho, nem se logrou a prova de uma pessoa, com quem a mãe teve eventualmente relações sexuais, ser pai biológico desse mesmo filho, a acção não deixa de ser julgada improcedente *in totum*. – As partes e os terceiros têm o dever de colaborar com o Tribunal na descoberta da verdade, nomeadamente facultar objectos que constituem meios de prova (documentos ou monumentos), prestar depoimento de parte ou testemunhal, esclarecer o relatório pericial, submeter-se à inspecção judicial e ao exame pericial, e praticar os demais actos que o tribunal determine. – Contudo, a mera recusa da parte em submeter-se ao exame de ADN não acarreta, só por si, a inversão do ónus da prova prevista nos termos dos artigos 442.º, n.º 2 Processo 378/2014 Página 2 do CPC e 337.º, n.º 2 do CC. – Preceitua o n.º 2 do artigo 337.º do CC, para o qual remete o n.º 2 do artigo 442.º do CPC, que “há também inversão do ónus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo manda especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações”. – *In casu*, não obstante o 2.º Réu se ter recusado a submeter ao exame de ADN, mas o que acontece é que a realização do tal exame não é o único meio destinado a fazer prova da filiação, pois a parte onerada não estava impedida de socorrer-se de outros meios de prova, nomeadamente testemunhal, para demonstrar que o 2.º Réu era pai biológico do Autor, por que nasceu das relações de sexo entre aquele e a mãe nos primeiros 120 dias dos 300 que precederam o nascimento”. Assim: Acórdão do Tribunal de Segunda Instância de Macau, de 12 de fevereiro de 2015, Proc.º n.º 378/2015, relatado pelo Exmo. Senhor Juiz Tong Hio Fong, disponível em www.court.gov.mo

⁶⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de janeiro de 2011, relatado pelo (então) Exmo. Senhor Desembargador Teles Pereira, disponível em www.dgsi.pt. (“A causa de pedir nas acções de investigação da paternidade é sempre a mesma, nunca é a chamada “posse de estado”, já que ninguém adquire a qualidade jurídica de filho de alguém por ser tratado como tal”).

⁷⁰ CARLOS LOPES DO REGO, “O Ónus da Prova nas Acções de Investigação da Paternidade: Prova Directa e Indirecta do Vínculo de Filiação”, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Volume I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 781 (“a causa de pedir corresponde nestas acções, sempre, “[ao] facto naturalístico da procriação biológica do filho pelo réu a quem a paternidade é imputada, perspectivado como facto natural dotado de relevância jurídica”).

⁷¹ Convergente: FRANCISCO PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. II, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 216.

em caso de falta de consentimento do réu-investigado/^{72/73/74/75}, não é de excluir liminarmente⁷⁶.

§ 2. A dignidade da pessoa humana do investigador/autor (artigo 30 § 1, da Lei Básica de Macau), que ancora o *direito a saber quem sou sem prazo* (artigo 1677.º, n.º 1 e artigo 1722.º do Código Civil de Macau), deverá prevalecer sobre a liberdade pessoal (na modalidade de incolumidade da integridade física) do investigado/réu (artigo 28.º § 2, da Lei Básica de Macau).

§ 3. Se assim não for entendido pelo tribunal⁷⁷ ao abrigo do princípio *iura novit curia*, dever-se-á⁷⁸, subsidiariamente, realizar, no plano do direito probató-

⁷² Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal n.º 155/2007, relatado pelo Exmo. Senhor Con-selheiro Gil Galvão, disponível em www.dgsi.pt.

⁷³ PAULA COSTA E SILVA, “A realização coerciva de Testes de ADN em acções de Estabelecimento da Filiação”, in: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 587-593, principalmente, pp. 597-599.

⁷⁴ Há quem proceda à valoração da recusa aos exames de ADN, para lá do plano processual, no plano substantivo. Sendo o recusante parte processual, essa recusa terá efeitos no quadro do direito probatório material – mormente em sede da inversão do ónus da prova nos termos do artigo 344 n.º 2 do Código Civil de 1966 (equivalente ao 337.º, n.º 2, do Código Civil de Macau de 1999). Ver: CARLOS LOPES DO REGO, “O ónus da prova nas acções de investigação da paternidade: prova directa e indirecta do vínculo de filiação”, *cit.*, p. 787.

⁷⁵ CARLOS GOMES DA SILVA, “Utilização dos testes de DNA em acções de investigação da paternidade”, in: *Estudos de Direito da Família e Menores*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 2018, p. 238 (defende que “a coacção da parte para que esta se submeta aos testes de ADN é considerada ilícita por violar o seu direito à integridade física e à liberdade, devendo antes a recusa ser valorada em termos de prova, ou, quando esta implicar a impossibilidade do autor fazer prova da filiação biológica, dar lugar, para além da multa, à inversão do ónus da prova”).

⁷⁶ Fala-se, a este propósito, numa *Legitimação pelo procedimento* (*Legitimation durch Verfahren*) desenvolvida por NIKLAS LUHMANN, em obras de referência como: *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1969, pp. 28 e ss e passim. Noutro plano, o autor alemão fala na importância da auto-referência e da *autopoiesis* dos sub-sistemas sociais. De entre os quais se inclui o Direito. Ver: NIKLAS LUHMANN, “Autopoiesis, Handlung und kommunikative Verständigung”, in: *Zeitschrift für Soziologie*, Volume 11, n.º 4, 1982, pp. 366-379; NIKLAS LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Stanford (CA), Stanford University Press, 1995, pp. 781-796; NIKLAS LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Urban-Taschenbücher, Bd. 195) (German Edition), Stuttgart, W. Kohlhammer GmbH, 1974, pp. 1-99.

⁷⁷ Sobre o acesso ao direito e aos tribunais. Em língua chinesa: LEONG CHENG HANG/ HUGO LUZ DOS SANTOS, 梁靜姮, 雨果: 第七章 葡萄牙衛生基本法, 《部分國家衛生基本法研究》, 法律出版社, Pequim, Law Press China, 2017年版, 第115頁至第127頁. Em língua inglesa: HUGO LUZ DOS SANTOS, “A Prospective Court-Connected Mandatory Mediation Regime in Macau: A Brief Note”, in: *Ius Gentium*, Vol. 85, PETER CHI HIN CHAN/C. H. VAN RHEE (Eds.), *Civil Case Management in the Twenty-First Century: Court Structures Still Matter*, New York City/Berlin/Beijing,

rio material, a inversão do ónus da prova⁷⁹ (artigo 337.º, n.º 2, do Código Civil de Macau) e proceder à condenação em litigância de má fé do investigado-réu

Singapore, Springer, 2021, *passim*. Em língua espanhola: HUGO LUZ DOS SANTOS, “Plan para una posible mediación pre-procesal judicial obligatoria con una fácil opción de exclusión voluntaria en Macao”, in: *Revista de Mediación*, N.º 14, 2, Universidad de Nebrija e Universidad Carlos III de Madrid, 2022, *passim*. Em língua portuguesa: HUGO LUZ DOS SANTOS, “O acesso ao direito e aos tribunais em processo civil”, in: *Cadernos de Direito Privado*, n.º 75, julho-setembro de 2021, Braga, Cejur, 2021, pp. 13-30, que seguimos de muito perto.

⁷⁸ Sobre o dever-ser: RÚBEN RAMIÃO, “Algumas notas sobre a Teoria do Direito no pensamento de Hans Kelsen”, in: *O Direito*, Ano 151.º (2019), II, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 288 e ss e *passim*, que seguimos de muito perto. Não é segredo que HANS KELSEN se inspirou na filosofia kantiana emergente da (não menos) inspiradora corrente neo-kantiana de Marburgo. Isso é particularmente visível no acolhimento da dicotomia ser/dever-ser entendidas como formas puras de conhecimento. O conhecimento natural (que obra e se interliga com o *sein*) e o conhecimento normativo ou conhecimento das normas (que radica e se interliga com o *dever-ser*) de jaez eminentemente kantiano revelar-se-iam de capital importância na (e para a) edificação da tese transcendentalista regressiva de HANS KELSEN. Para KANT, a doutrina do Direito (*Rechtslehre*) interliga-se (genética e funcionalmente) com a filosofia prática ou moral (largamente exposta na sua seminal obra *Metafísica dos Costumes*). O contributo da corrente neo-kantiana de Marburgo traduziu-se essencialmente em deslocar a filosofia prática ou moral de KANT para o campo conceptual do Direito. Já de si vasto e seminal. Na tese de HANS KELSEN, o dever-ser, que expressa a autonomia do Direito, opera à determinação de normas jurídicas esculpidas pela ciência do Direito – a ciência jurídica. Esta operação encontra-se nos antípodas – pelo menos não se encontram no mesmo estalão argumentativo – da determinação sociológica do Direito que encontra respaldo – e étimo fundante – no *ser*. Sobre estas questões, oscilando entre a crítica e o panegírico à obra do Filósofo do Direito austríaco: JOSEPH RAZ, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, in: *Normativity and Norms/Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, (Reprinted), Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 122 e ss; JOSEPH RAZ, “The Purity of the Pure Theory”, in: *Normativity and Norms/Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, (Reprinted), Oxford, Oxford University Press, 2007, *passim* (afirma que uma parte do sucesso da *Teoria Pura do Direito* se deve à forma obscura como a mesma foi escrita – o que motivou simultaneamente um tropel de críticas e uma irrestrita admiração por parte do mundo académico. Num outro registo, mais sereno, JOSEPH RAZ afirma, partindo da sua conhecida adesão ao *moral value of law* – de inspiração Kantiana – que a *Basic norm* de HANS KELSEN – e a sua *Teoria Pura do Direito* – podem ajudar a jurisprudência dos Estados Unidos da América a resolver os denominados *hard cases*). VER: JOSÉ LAMEGO, “O Método Transcendental na Filosofia do Direito: A Polémica entre Kelsen e Sander”, in: *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana, Volume I, De Kant ao Neo-Kantismo*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014, pp. 135-137 (alude à a polaridade dialéctica entre a captação de dados empíricos provenientes do *maná* da experiência sensível e empírica e os actos de aplicação do Direito como expressões – eloquentes – de uma vontade – a do julgador/aplicador – essencialmente subjectiva). VER: RÚBEN RAMIÃO, “Algumas notas sobre a Teoria do Direito no pensamento de Hans Kelsen”, *cit.*, *passim*, que seguimos de muito perto.

⁷⁹ Sobre o ónus da prova no âmbito das acções de investigação da paternidade recaiu um aresto uniformizador de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, que reza assim: “nas acções de investigação de paternidade, intentadas nos termos da al. b) do n.º 3 do artigo 1817.º, *ex vi* do artigo 1873.º

por omissão do dever de cooperação⁸⁰ (artigo 8.º, n.º 1 e 4 e artigo 385.º, n.º 2, alínea c), do Código de Processo Civil de Macau).

do CC, compete ao Réu/investigado, o ónus de provar que o prazo de três anos referido no aludido normativo, já se mostrava expirado à data em que o investigador intentou a acção”. Ver: Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 4/2021, de 15 de novembro, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Bernardo Domingos, disponível em www.dgsi.pt.

⁸⁰ O atraso da resposta judicial não pode ser separado da problemática da falta de cultura de cooperação processual entre os actores sociais (*rectius*: partes processuais). O aprofundamento dos espaços de consenso e de cooperação (influência directa do processo civil alemão e francês) é de primacial importância no processo civil moderno. Ver a excelente monografia de: FREDIE DIDIER JR., *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 23-41 e ss (considera que o princípio da cooperação deverá ser configurado como uma cláusula geral dotada de eficácia directa). O princípio da cooperação processual é a guarda avançada (e o propulsor) da dinâmica e da abertura às necessidades que a cada momento se faz sentir na lide processual: ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, *El papel del Juez en el Proceso Civil, Frente a ideología, prudentia iuris*, Navarra, Civitas/Thomson Reuters, 2012, pp. 18 e ss; NORBERTO BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10ª edição, Editora, UnB, 1999, pp. 155 e ss; REINHARD GREGER, “Cooperação como princípio processual”, in: *Revista de Processo*, ano 37, 2012, pp. 124 e ss; ROLF STÜRNER, “Quelques remarques sur l’image actuelle de la procédure allemande et sa relation avec la procédure française et les tendances internationales”, in: *1806-1976-2006, De la commémoration d’un code à l’autre: 200 ans de procédure civile en France*, Paris, Litec, 2006, pp. 330 e ss; GIOVANNI VERDE, *Profili Del Processo Civile, I. Parte Generale*, sexta edi., Napoli, Jovene Editore, 2002, pp. 1 e ss. Menos entusiasticamente: LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, “A cooperação processual entre um novo modelo e a sombra do inquisitório”, in: *O Direito*, Ano 151.º, I, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 9-53; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*, 4ª edição, Coimbra, GestLegal, 2017, pp. 191 ss (distingue entre cooperação em sentido material e cooperação em sentido formal); MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lisboa, Lex, 1996, pp. 63 e ss; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Omissão do Dever de Cooperação do Tribunal: que consequências”, in: www.academia.edu (acesso: 08.02.2019). (considera que o directriz da cooperação se desdobra em quatro vertentes: o dever de esclarecimento, o dever de auxílio, o dever de consulta e o dever de prevenção); PAULA COSTA E SILVA, *Acto e Processo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 591-592 (sublinha que o conteúdo do princípio da cooperação resulta, preferencialmente, da justaposição dos deveres positivados no Código de Processo Civil). ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa in Agendo*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 138 e ss (estabelece um laço de pertinência entre a boa fé civil e a boa fé processual); Contra: JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, “Cooperação: Novidade ou Biombo do Aumento dos Poderes do Juiz?”, in: *O Direito*, Ano 151.º, I, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 9-53; p. 60 (“afirma que “o princípio da cooperação não é uma cláusula geral ou passível de aplicação imediata”); FRANCO CIPRIANI, “I Problemi del Processo di Cognizione tra Passato e Presente”, in: *Rivista di Diritto Civile*, ano 49, n.º 1, 2003, pp. 39 e ss (vinca a natureza antiliberal e autoritária do CPC Italiano de 1940, com o simétrico aumento – por vezes, injustificado – dos poderes do juiz). O dever de cooperação tem mais encanto na prática. Na law in action. Ver: ROSCOE POUND, “Law in Books and Law in Action”, in: *American Law Review*, 1910-1944, pp. 12-86; ROSCOE POUND, “What May We Expect from Comparative Law?”, in: *American Bar Association Journal*, 1936, *passim*. Por aqui se pode entrever a importância capital do dever de cooperação inserido no dever de colaboração das partes processuais cuja violação

§§ 3. A importância, no plano infra-constitucional, do instituto jurídico da boa fé e do abuso do direito no Direito da filiação de Macau

§ 1. O direito a saber quem sou sem prazo e o estabelecimento do vínculo biológico respeitante à filiação⁸¹ assumem, como vimos, o papel de pedras angulares do (modelar e avançado) direito da filiação da RAEM. Que se encontra nos antípodas do Direito da Filiação de Portugal e dos prazos de caducidade para a propositura da acção de investigação da maternidade e da paternidade^{82/83/84} preceituados no artigo 1817.º, n.º 1 do Civil de Portugal^{185/86}.

importa a inversão do ónus da prova. Ver: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de abril de 2018, relatado pela Exma. Senhora Conselheira Rosa Tching, disponível em www.dgsi.pt. Ver ainda: HUGO LUZ DOS SANTOS, *Direito Civil e Direito Processual Civil Contemporâneo*, Volumes I, II e III, Braga, NovaCausa Edições Jurídicas, 2021, pp. 1-860; HUGO LUZ DOS SANTOS, “O acesso ao direito e aos tribunais em processo civil”, in: *Cadernos de Direito Privado*, n.º 75, julho-setembro de 2021, Braga, Cejur, 2021, pp. 13-30, que seguimos de muito perto.

⁸¹ Acórdão do Tribunal de Segunda Instância de Macau, de 04 de abril de 2019, Proc.º n.º 747/2016, relatado pelo Exmo. Senhor Juiz Lai Kin Hong, disponível em www.court.gov.mo (“matéria relativa à filiação procedente de um facto biológico (natural”).

⁸² Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Silva e Mondim Correia v, Portugal, de 03 de outubro de 2017, disponível em <https://www.echr.coe.int/> (considerou que não é desconforme com o direito à vida privada e familiar dos investigadores/autores e dos putativos progenitores o estabelecimento de prazos de caducidade para efeitos de propositura da acção de investigação da maternidade ou investigação da paternidade levado a cabo pelo Código Civil de Portugal – o artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil – justificado pelo interesse público emergente da definição atempada dos laços biológicos e das relações familiares). Semelhante *ratio decidendi* foi realizada pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 394/2019, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro João Pedro Caupers, disponível em www.dgsi.pt. Tivemos oportunidade de expressar a nossa discordância relativamente a este último aresto. Não duplicaremos os argumentos ali expendidos. Para lá se remete o leitor interessado. Ver: HUGO LUZ DOS SANTOS, *Direito Civil e Direito Processual Civil Contemporâneo: Entre a Dogmática e a Prática*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 191 e ss.

⁸³ A constitucionalidade do prazo de caducidade para a propositura da acção de investigação da maternidade ou investigação da paternidade tem motivado acesa (e frequentemente contraditória) jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. No sentido da inconstitucionalidade dos prazos de caducidade das acções de investigação da paternidade: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de maio de 2019, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Paulo Sá, disponível em www.dgsi.pt. (“O prazo de caducidade de 10 anos, previsto no n.º 1 do artigo 1817.º, n.º 1, do CC, para a investigação de paternidade e aplicável, por via do art. 1873.º do mesmo diploma legal, à investigação de paternidade deve considerar-se, pois, inconstitucional”).

⁸⁴ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Encontros e desencontros entre a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a jurisprudência nacional”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 148.º, janeiro-fevereiro de 2019, n.º 4014, Coimbra, Almedina, 2019, p. 149 (a dissemelhança e descompasso entre a jurisprudência dos tribunais superiores portugueses e o Tribunal Europeu dos

§ 2. O Código Civil de Macau de 1999 seguiu – e muito bem – um caminho diametralmente oposto ao trilhado pelo Código Civil de Portugal de 1966. Fê-lo através da ênfase, no plano infra-constitucional, da importância capital do instituto jurídico da boa fé (e um dos seus) matizes essenciais: o abuso do direito (artigo 326.º, do Código Civil de Macau).

§ 3. Isso explica que em casos-limite (em que pareça mais chocante (*ergo*: com violação dos cânones elementares da boa fé^{87/88}) o exercício do direito de

Direitos Humanos é evidente. E encontra-se bem patente nas duas notas de rodapé que antecedem. O que não deixa de ser estranho. Na medida em que “*primo conspectu*, seríamos levados a admitir que não são aqui concebíveis discrepâncias significativas entre as duas jurisdições. Isto porque não há oposições normativas, a nível das estatuições constantes dos enunciados dos preceitos. Seria, aliás, anômalo que as houvesse, pois, os valores de defesa da pessoa e da sua dignidade, que informam a Convenção, são integralmente partilhados pela nossa ordem jurídico-constitucional democrática. Constituem património comum, que as duas ordens jurídicas tratam e defendem com igual rigor”).

⁸⁵ No sentido da constitucionalidade dos prazos de caducidade das acções de investigação da maternidade ou da paternidade, indica-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de setembro de 2019, relatado pela Exma. Senhora Conselheira Rosa Tching, disponível em www.dgsi.pt: “a consideração do direito à verdade biológica e ao estabelecimento do respetivo vínculo jurídico, como direitos fundamentais, não impede que o legislador possa harmonizar ou até mesmo restringir o exercício de tais direitos em função de outros interesses ou valores igualmente tutelados, na medida em que não estamos perante direitos absolutos. III. A fixação legal de prazos de caducidade para a propositura da ação de impugnação da paternidade presumida e da ação de investigação da paternidade, não ofende o núcleo essencial dos direitos fundamentais à integridade e identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família, garantidos nos termos dos artigos 16.º, n.º 1, 18.º, n.º 2, 25.º, n.º 1, 26.º, n.º 1 e 3, e 36.º, n.º 1, da Constituição da República, desde que tais prazos se mostrem proporcionados ou razoáveis.”

⁸⁶ RAFAEL VALE E REIS, “Filho Depois dos 20...! Notas ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/2004, de 7 de julho”, in: *Revista Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família*, ano 2, n.º 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 127-134 (defende que “a consagração dos prazos de caducidade do direito de investigar a maternidade e a paternidade (ainda que se trate de um prazo *dies a quo* subjectivo) não se destina a salvaguardar valores constitucionais dignos de tutela”).

⁸⁷ Acórdão do Tribunal de Segunda Instância de Macau, de 21 de janeiro de 2016, Proc.º n.º 923/2015, relatado pelo Exmo. Senhor Juiz Ho Wai Neng, disponível em www.court.gov.mo (“A boa-fé distingue-se em dois conceitos: um em sentido psicológico e outro em sentido ético. – A boa fé em sentido objectivo ou ético significa que o sujeito jurídico, no exercício dum direito subjectivo, deve actuar com honestidade como pessoa de bem, não devendo ter um comportamento que, face à sociedade, seja visto inequivocamente desonesto”).

⁸⁸ É um princípio geral de Direito: “a regra da conduta da boa fé responde a esta realidade, apertando a malha daqueles deveres que disciplinam a relação, tal como ela deve desenvolver-se entre *sujeitos leais, razoáveis e honestos*. Eles conduzirão com frequência à necessidade de prevenir atempadamente o outro sujeito da relação com respeito a alguma alteração futura da conduta, sob pena de responsabilidade. Tais deveres, inspirados na regra da boa fé, não provêm de nenhum compromisso negocial

investigar a maternidade ou a paternidade^{89/90} por parte do investigador/autor) se deva aplicar o instituto jurídico da boa fé, e, no compasso teleológico deste, a válvula de segurança⁹¹ do abuso do direito⁹² ou outro remédio expressamente previsto, como fez – e magistralmente – o Código Civil de Macau no artigo 1656.º (a ineficácia^{93/94} patrimonial⁹⁵)

e não podem ser entendidos como obrigações em sentido técnico.”. Itálicos nossos. Ver: MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 578.

⁸⁹ Direito de investigar a maternidade ou a paternidade que tem sido reconhecido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos como uma dimensão inalienável da vida privada e da vida familiar. Entre muitos outros: Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *Phinikaridou v. Chipre*, de 20 de dezembro de 2007; Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *Backund v. Finlândia*, de 6 de julho de 2010; Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *Laakso v. Finlândia*, de 15 de dezembro de 2013, todos disponíveis em <https://www.echr.coe.int/>.

⁹⁰ GUILHERME DE OLIVEIRA “Caducidade das acções de investigação”, *cit.*, pp. 13 e ss.

⁹¹ Convergente: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de fevereiro de 2015 (Processo n.º 174/12.8TBLGS.E1.S1), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Setembro de 2016 (Processo n.º 1952/13.6TBPVZ.P1.S1), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de novembro de 2017 (Processo n.º 212/12.4TVLSB.L1.S1) e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de abril de 2018 (Processo n.º 2037/13.0TBPVZ.P1.S1), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁹² GUILHERME DE OLIVEIRA, “Caducidade das acções de investigação ou caducidade do dever de perfilar, a pretexto do acórdão n.º 401/2011 do Tribunal Constitucional”, in: *Revista Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família, Ano 9, n.ºs 17 e 18 (duplo), 2012, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 111.

⁹³ Noutro contexto temático: Acórdão do Tribunal de Última Instância de Macau, de 31 de julho de 2012, Proc.º n.º 39/2012, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Viriato Lima, disponível em www.court.gov.mo (“A ineficácia (...) assegura uma tutela eficaz. Nesta medida, (...) aproxima-se da que se verificaria no regime da inexistência jurídica”).

⁹⁴ Solução legal amplamente elogiada, inclusivamente, pela jurisprudência dos tribunais superiores portugueses. Por todos, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de janeiro de 2011, relatado pelo (então) Exmo. Senhor Desembargador Teles Pereira, disponível em www.dgsi.pt. Que reza assim: “Esta problemática não se colocará, com a intensidade que aqui é susceptível de apresentar, em sistemas que, mesmo pressupondo a existência de legítima, contenham disposições de ineficácia patrimonial relativamente a um estabelecimento tardio do vínculo de filiação. É o que sucede, como vimos, com o Código Civil de Macau (respectivo artigo 1656.º). Neste, através de um ponto de equilíbrio que reputamos de particularmente feliz, assegura-se a todo o tempo o exercício do direito ao conhecimento das origens, subtraindo-se a este, depois de transcorridos muitos anos, o indesejável efeito sobre as relações patrimoniais. Esse efeito é também grandemente evitado nas situações em que existam prazos gerais que obstaculizem à investigação de paternidade, como é tradicional na nossa ordem jurídica”.

⁹⁵ Noutro contexto temático: Acórdão do Tribunal de Última Instância de Macau, de 27 de junho de 2008, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Chu Kin, disponível em www.court.gov.mo (“é possível a invocação do abuso do direito para afastar as disposições legais sobre a forma desde que, no caso concreto, as circunstâncias apontem para uma clamorosa ofensa do princípio da boa fé e do sentimento geralmente perflhado pela comunidade”).

§ 4. Esta norma (o artigo 1656.º, do Código Civil de Macau)⁹⁶ é uma projecção explícita, uma concretização do abuso do direito^{97/98/99/100} no âmbito

⁹⁶ CRISTINA M. A. DIAS, “Evolução recente do Direito da Família em Portugal – II”, in: *Estudos de Direito da Família e Menores*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 2018, p. 775, nota 28 (mostra simpatia pela “solução do Código Civil de Macau que considerou que a acção de investigação pode ser proposta a todo o tempo (artigos 1677.º e 1722.º). Todavia, o artigo 1656.º, n.º 1, do Código Civil de Macau, para evitar os inconvenientes de tal solução, prevê duas hipóteses em que o estabelecimento do vínculo produz apenas efeitos pessoais, excluindo-se os efeitos patrimoniais. Determina, assim, a norma a ineficácia patrimonial do estabelecimento da filiação quando a acção é intentada mais de 15 anos após o conhecimento dos factos dos quais se poderia concluir a relação de filiação e quando as circunstâncias tornem patente que o propósito principal que moveu o autor foi o de obtenção de benefícios patrimoniais”).

⁹⁷ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Caducidade das acções de investigação”, *át.*, p. 13.

⁹⁸ A Lei n.º 14/2009, de 1 de abril veio preceituar um novo prazo (alargado, em alguns casos) de caducidade das acções de investigação da maternidade e da paternidade. Afastando-se, assim, de muitos regimes jurídicos que consideram imprescritível o direito de investigação da paternidade consagrados no direito comparado. Vários exemplos de diplomas legislativos de direito comparado podem ser dados. O Código Civil Italiano, o Código Civil Brasileiro, o Código Civil Espanhol e o Código Civil Alemão constituem, entre muitos outros, exemplos paradigmáticos da solução da “imprescritibilidade” das acções de investigação da maternidade e de investigação da paternidade. O Código Civil Italiano (artigo 270.º) preceitua que a acção para obter a declaração judicial da paternidade ou da maternidade é “imprescritível” para o filho/investigante. Afinam pelo mesmo diapasão, o ordenamento jurídico brasileiro (artigo 1606.º do Código Civil do Brasil) e espanhol (artigo 133.º do Código Civil do Brasil). Ordenamentos jurídicos que consideram que a acção de investigação pode ser intentada pelo filho/investigante a todo o tempo. Os §§ 1592.º, 3 e 1600.º D do BGB, e o § 182.º, n.º 1, da *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, não preveem também qualquer prazo para o investigador/autor propor uma acção de investigação da paternidade. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem admitido, não raro, que as acções de estabelecimento do vínculo biológico podem estar sujeitas a prazos de caducidade. Contanto que não se tornem impeditivos do uso do meio de investigação em causa ou representem/configurem um ónus processual desproporcionado para os investigadores/ autores. Ver: Acórdão *Mizzi c. Itália*, de 12 de abril de 2006, disponível em <https://www.echr.coe.int/>. No mesmo sentido: Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 604/2015; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 247/2012; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 401/2011, todos disponíveis em www.dgsi.pt). Na doutrina alemã: PALANDT/DIEDERICHSEN, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 59ª edição, Munique, C. H. Beck, 2000, anotação 4 ao § 1600.º D. Na doutrina portuguesa: CRISTINA M. A. DIAS, “O prazo de dois anos para a acção intentada pelo Ministério Público de investigação da paternidade do artigo 1866.º, n.º 2, do CC – Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 604/2015, Proc. 613/15”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, N.º 52 outubro/dezembro 2015, Braga, Cejur, 2016, p. 58, que seguimos de muito perto. Ver ainda: CRISTINA M. A. DIAS, “Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09”, *át.*, p. 52, que seguimos de muito perto. A evolução legislativa no Direito da Família de Portugal, passando pelas Ordenações Filipinas; pelo Código de Seabra; pelo Decreto-Lei n.º 2 de 1910; pelo Código Civil de 1966 (antes e depois da Reforma de 1977); pela Constituição da República Portuguesa, e, mais recentemente, pela Lei n.º

do estabelecimento da paternidade¹⁰¹: «pretende afirmar que o direito de investigar é concedido para constituir o vínculo familiar em todas as suas dimensões, sem omitir as consequências patrimoniais que dele decorrem, mas que é ilegítimo desprezar os efeitos pessoais ao ponto de se considerar a paternidade ou a maternidade como uma vantagem patrimonial, um mero negócio que só se faz quando parece oportuno»¹⁰².

§ 5. Esta norma (artigo 1656.º, n.º 1, alíneas a) e b) do Código Civil de Macau) resulta de uma polaridade dialéctica entre a «imprescritibilidade» da acção de investigação da maternidade (artigo 1677.º, n.º 1, do Código Civil de Macau) e da acção de investigação da paternidade (artigo 1722.º, do Código Civil de Macau) e o exercício abusivo do *direito*¹⁰³ *a saber quem sou sem prazo sedimentado* nessas disposições legais.

14/2009 de 1 de Abril, e mesmo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, polariza-se no sentido da limitação (às vezes menos, outras vezes mais) do direito de acção realizada através da existência do prazo de caducidade para o exercício do direito de acção (ou de propor uma acção) ou dos requisitos/pressupostos de admissibilidade da acção de investigação da maternidade ou da paternidade, respectivamente. Assim: GRAÇA AMARAL, “O Direito (fundamental?) ao (re)conhecimento da paternidade: o tempo na acção de investigação da paternidade”, in: *Revista do Centro de Estudos Judiciários (RCEJ)*, 2016-I, Coimbra, Almedina, 2016, p. 140; ANA RITA FONSECA MADEIRA, “A acção de investigação da paternidade: caducidade versus imprescritibilidade”, in: *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 14, julho/dezembro 2010, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, *passim*.

⁹⁹ Acórdão do Tribunal de Segunda Instância de Macau, de 29 de maio de 2014, Proc.º 98/2014, relatado pelo Exmo. Senhor Juiz Cândido de Pinho, disponível em www.court.gov.mo. (“O abuso do direito é de conhecimento oficioso, em especial quando se estiver perante uma clamorosa injustiça e violação do *honeste agere*”). Itálicos nossos.

¹⁰⁰ SÓNIA MOREIRA, “Direito à identidade (genética) versus direito à reserva da intimidade da vida privada no direito português, in: *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2018-I, Coimbra, Almedina, 2018, p. 208 (mostra, igualmente, simpatia pela “solução do Código Civil de Macau. Pensamos que a ideia é exactamente a mesma que decorre das regras gerais do abuso do direito: se a imprescritibilidade desta acção tem como fundamento permitir ao filho conhecer-se a si mesmo, ao estabelecer um vínculo que o liga à sua origem, à sua historicidade pessoal, como pode permitir-se a todo o tempo uma acção que não visa o exercício do direito para o qual foi criada?”).

¹⁰¹ CRISTINA M. A. DIAS, “Evolução recente do Direito da Família em Portugal – II”, in: *Estudos de Direito da Família e Menores*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 2018, pp. 733 e ss (faz uma resenha histórica da evolução do Direito da Família de Portugal em tema de prazos de caducidade para a investigação da maternidade ou da paternidade).

¹⁰² GUILHERME DE OLIVEIRA, “Caducidade das acções de investigação”, *cit.*, p. 13, que seguimos de muito perto.

¹⁰³ Acórdão do Tribunal de Segunda Instância de Macau, de 29 de maio de 2014, Proc.º 98/2014, relatado pelo Exmo. Senhor Juiz Cândido de Pinho, disponível em www.court.mo. (“Seja por questões de ordem ética, decência e respeito pela parte contrária, seja por razões de índole de grave injustiça e de atropelo aos mais sãos princípios da confiança, (...) a tutela da confiança e a “prima-

§ 6. É no instituto jurídico do abuso do direito (artigo 326.º, do Código Civil de Macau) que assenta a sanção de ineficácia patrimonial do estabelecimento do vínculo da filiação materna ou paterna¹⁰⁴ (artigo 1656.º, n.º 1, alíneas a) e b) do Código Civil de Macau). Em contraponto, é a posição de charneira do *direito a saber quem sou sem prazo* (artigo 1677.º, n.º 1 e artigo 1722.º do Código Civil de Macau) que propugna a cindibilidade do estatuto pessoal do estatuto patrimonial do investigador-autor nas acções de investigação da maternidade e de investigação da paternidade.

§§ 3.1. *Os significados sociais com relevo jurídico emergente da inércia do investigador-autor no âmbito do direito a saber quem sou sem prazo: O hemisfério sociológico e o hemisfério jurídico*

§ 1. A questão que aqui se coloca é a de saber qual é a medida de significado funcional da inércia da titular do direito a saber quem sou sem prazo, e, em última análise, qual o significado jurídico que o sistema jurídico¹⁰⁵ atribui a um tal comportamento omissivo por parte do investigador.

zia da materialidade” não deixam outra solução que não seja a configuração do abuso. Procedente a figura do abuso do direito, o tribunal pode determinar a improcedência da pretensão do autor”). Ainda que tirado em outro âmbito temático.

¹⁰⁴ CRISTINA M. A. DIAS, “Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09”, *át.*, p. 56.

¹⁰⁵ A integridade funcional do sistema jurídico é duplamente defendida pelo Estado-Juiz através da manutenção da probidade funcional e da prolação de decisões materialmente justas. Não se desconhece, porém, alguma doutrina, nomeadamente espanhola, que acena a bandeira da parcialidade sempre que vislumbra afloramentos legais do empenhamento do juiz na justa composição do litígio. Em vista desse perigo de quebra de imparcialidade do juiz empenhado activamente na justa composição do litígio, essa doutrina aduz (com indistigáveis laivos de autoritarismo judiciário e, porque não dizê-lo, de cheiro anglicizado de *privatismo judiciário*) que seria muito melhor subtrair poderes de auto-iniciativa probatória ao juiz (reservando-lhe, somente, o nobre múnus de julgar e decidir os pleitos que lhe são submetidos para apreciação e decisão) e atribuí-los, em regime de quase exclusividade, ao seu representante judiciário por excelência: o advogado. Deste modo, afastar-se-ia o desolador fenómeno do *activismo judiciário* e colocar-se-ia o juiz no lugar natural: o de terceiro imparcial. Em sentido aproximado, na doutrina espanhola: JUAN MONTERO AROCA, “El Proceso Civil Llamado como Instrumento de Justicia Autoritaria”, in: *Proceso Civil e Ideología*, Valência, 2006, pp. 148-156. Em sentido contrário, no início deste milénio assistiu-se ao advento de uma perspectiva, diríamos funcionalista e multicultural do processo civil, que advoga a assunção de uma função de orientação social por parte do processo civil do futuro. Na doutrina italiana: MICHELE TARUFFO, “Dimensioni Transculturali della Giustizia Civile”, in: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2000, pp. 1038-1051. Esta questão interliga-se, de forma genética e funcional, com o activismo judiciário. Sobre isto: GRAÇA CANTO MONIZ, “Compreender o activismo judicial do Tribunal de Justiça da União Europeia. A

§ 2. Do comportamento omissivo e da inércia do investigador/autor titular do direito a saber quem sou sem prazo derivam um feixe de significados sociais com relevo jurídico que encontram afluência na solução normativa constante do artigo 1656.º, do Código Civil de Macau. E, num âmbito sistemático, na cláusula geral de abuso do direito (artigo 326.º, do Código Civil de Macau).

§§ 3.1.1. O hemisfério sociológico

§ 1. Esses significados sociais com relevo jurídico, poder-se-ão desdobrar em dois hemisférios: o hemisfério sociológico e o hemisfério jurídico. Este último enquanto projecção jurídica daquele.

§ 2. No hemisfério sociológico, a inércia do investigador/autor em exercer o seu (imortal) direito a saber quem sou sem prazo significa um adiamento no encontro consigo próprio. Um desfazimento entre o ser-em-si e a assumpção plena da sua identidade ontológica que, animando o seu ser, carece do reconhecimento normativo da comunidade sócio-jurídica.

§§ 3.1.2. O hemisfério jurídico

§ 1. Uma tal impostação das coisas significa que, já no hemisfério jurídico, a assumpção plena da identidade ontológica da investigante só poderá ser alcançada se, a essa identidade ontológica, se juntar uma identidade biológica.

“Explicação” de Ronald Dworkin”, in: *Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano XVII, N.º 32 (2017), Coimbra, Almedina, 2017, pp. 127-128 (nota que o activismo judicial consiste, no essencial, na ultrapassagem dos limites da interpretação que inerem à “função judicial através de um exercício de interpretação discricionária”). Na filosofia do Direito dos Estados Unidos da América: RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, Harvard University Press, 1986, p. 278 (atacando ferozmente o activismo judiciário, na medida em que constitui um desolador afluência do – não menos inquietante – movimento do pragmatismo jurídico, pondo, pois, em perigo o bordão axiológico da *law as integrity*). Por essa razão, a doutrina brasileira vem (e com razão) afirmando que “a principal decorrência do activismo é a quebra da segurança jurídica, finalidade essencial do Estado de Direito. (...) Com efeito, torna imprevisível, para os órgãos públicos e a dos próprios cidadãos, a conduta conforme a lei”. Ver: MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “O activismo na justiça constitucional”, in: *O Direito*, Ano 151.º, II (2019), Coimbra, Almedina, 2019, p. 283; LUIZ ROBERTO BARROSO, “Judicialização, activismo judicial e legitimidade democrática”, in: *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucionales*, n.º 13, Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 17 e ss. Em sentido aproximado, explicando a origem e teleologia da expressão activismo judicial: GONÇALO PEIXOTO, “Activismo judicial nas decisões do Tribunal Constitucional?”, in: *O Direito*, Ano 149.º, II (2017), Coimbra, Almedina, 2017, pp. 406 e ss.

§ 2. Essa identidade biológica só poderá ser realizada através do estabelecimento da verdade biológica. Que, por sua vez, não dispensa (antes peticiona) o (prévio) estabelecimento da filiação. De molde a densificar-se o direito à historicidade pessoal da investigante, enquanto realidade instrumental de um mecanismo processualmente estabelecido para alcançar um tal fim: a acção de investigação da maternidade ou da paternidade.

§§ 3.2. *A relação de mútua implicação entre o decurso do tempo e o nascimento e florescimento de um simétrico sentimento de confiança no espírito do investigado que o direito a saber quem sou não será exercido pelo investigante*

§ 1. Sendo exacto o que acima afirmámos (e entendemos que sim) denota-se uma relação de mútua implicação entre o decurso do tempo, a inércia do investigante e um simétrico sentimento de confiança, que, natural e necessariamente, emerge, por um lado, na esfera jurídica da investigada/ré; e, por outro lado, no sistema jurídico na sua globalidade, de que um tal direito à historicidade pessoal, enquanto decorrência imanente do *direito a saber quem sou sem prazo*, atento o lapso temporal decorrido, jamais será exercido.

§ 2. De tal facto se infere que, quanto maior for a dilação temporal entre o conhecimento integral dos pressupostos que integram o direito ao conhecimento das origens genéticas por parte da investigante/autora e o exercício do direito de acção de investigação da maternidade ou paternidade, maior será o grau de confiança inculcado na esfera jurídica do investigado/réu. Natural e necessariamente maior será a tutela jurídica conferida a essa confiança pelo sistema jurídico. É aqui que *entra* a cláusula geral de abuso do direito (artigo 326.º, do Código Civil de Macau).

§ 3. Na medida em que, quanto mais tempo decorrer entre aquele conhecimento integral e o exercício do direito de acção, menor será, somente para efeitos patrimoniais, a tutela conferida pelo sistema jurídico à posição jurídica da investigante/autora.

§ 4. Isso explica que, em casos de exercício abusivo do direito ao conhecimento das origens genéticas, se mantenha intocado o «imprescritível» direito à historicidade pessoal (artigo 1677.º, n.º 1 e artigo 1722.º, ambos do Código Civil de Macau) e decaiam os efeitos sucessórios de natureza patrimonial que (não raro) estarão subjacentes à (temporã) vontade de estabelecimento da filia-

ção (artigo 1656.º, n.º 1, alínea a) e b) do Código Civil de Macau). Trata-se de conferir uma importância capital ao princípio da confiança. Mesmo no âmbito do direito da filiação.

§ 5. É isso que explica o título deste texto: o investigador-autor terá sempre um lugar na mesa do investigado-réu, mas não (nos casos típicos previstos pelo artigo 1656.º, n.º 1, alíneas a) e b) do Código Civil de Macau) terá acesso ao cofre (*rectius*: herança) deste último.

§§ 3.2.1. *A boa fé (e o abuso do direito) enquanto baluartes do princípio da confiança nas relações jurídico-privadas: Entre a suppressio e a surrectio*

§ 1. Resulta claro do que vem de ser exposto que o princípio da confiança é um princípio ético-jurídico fundamentalíssimo¹⁰⁶ e que a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima¹⁰⁷ baseada na conduta de outrem¹⁰⁸.

§ 2. Há «*suppressio*» quando uma posição jurídica, não tendo sido exercida durante largo tempo, não mais possa sê-lo por, de outra forma, se atentar gravemente contra a boa-fé¹⁰⁹. Ocorreria, nestes casos, uma supressão de certas faculdades jurídicas, pela conjugação do tempo com a boa-fé¹¹⁰.

§ 3. A «*surrectio*», por seu turno, traduz-se no inverso desse fenómeno dogmático-normativo¹¹¹: uma pessoa veria, por força da boa-fé, emergir na sua

¹⁰⁶ CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, (1971, reimpressão 1983), pp. 290-367 (sobre o princípio da confiança no direito privado).

¹⁰⁷ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004, pp.411 e ss.

¹⁰⁸ JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 119, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pp. 232.

¹⁰⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Eficácia externa dos créditos e abuso de direito”, in: *O Direito*, Ano 141.º, I, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 83 e ss.

¹¹⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 4ª reimpressão da 1ª edição de 1990, Coimbra, Almedina, 2007, *passim*. Que seguimos de muito perto.

¹¹¹ O normativismo de HANS Kelsen concebe o ordenamento jurídico (holisticamente considerado) como um sistema hierárquico de normas em que a validade de uma norma pode ser aferida em função da sua conformidade com uma norma hierarquicamente superior: a *Grundnorm*. A aparelhagem positivista não abarca, segundo Kelsen, o reconhecimento (claro e inequívoco) de uma pauta moral objectiva ou de uma estrutura legislativa de jaez vincadamente natural. Que

esfera uma possibilidade que, de outro modo, não lhe assistiria¹¹². Seria como que o contrapólo da «*suppression*»¹¹³.

se afastaria, nessa conformidade, de um critério de validade (uma baliza normativa e um padrão referencial) da norma positiva. A pauta positivista sequer afere ou aquilata da justeza (ou falta dela) que subjaz ao magma vivificador das leis. E deveria. É preciso, segundo Kelsen, gizar um conceito funcionalmente operativo que permita o confronto analógico permanente, actualizado e circunstanciado entre a norma comum e a norma imperativa fundamental. De tal facto se infere que se a norma se mostrar conforme com os cânones essenciais ditados pela norma hierárquica superior (*Grundnorm*), está revestida de validade e de bondade intrínseca. HANS Kelsen atribui a esta norma superior máxima a sugestiva taxionomia jurídica de *Grundnorm* (a norma imperativa fundamental). Esse padrão referencial a que se *Grundnorm* tem sobre si uma momentosa tarefa: a de aferir, casuisticamente, a bondade intrínseca e, por isso, a validade de todo o sistema jurídico, que se desdobra num universo (hoje quase inabarcável) de normas jurídicas. Cuja validade é (deve ser) confrontada analogicamente com a norma imperativa fundamental. A construção da norma fundamental (*Grundnorm*) lança um desafio permanente, quer ao Estado-Legislador, quer ao Estado-Juiz. Na medida em que preceitua tanto a forma em relação à qual as normas jurídicas têm de ser feitas (desafio que o Estado-Legislador deve aceitar) e como elas devem ser aplicadas (repto que o Estado-Juiz não deverá deixar fenecer ou, sequer, desconsiderar). Para garantir a validade sistemática do ordenamento jurídico, Kelsen defende a criação de um sistema eficaz de sanções, que visa velar (e zelar) pela segurança jurídica desse ordenamento jurídico. Seguimos de muito perto: AMANDA SOARES/GABRIELA OLIVEIRA/MURYEL MORAES, “Súmula sobre Teoria pura do direito: a hierarquização das normas”, disponível em <http://www.arcos.org.br/artigos/teoria-pura-do-direito-a-hierarquizacao-das-normas/>. Seguimos, igualmente, na doutrina austríaca: HANS Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 5. Auflage, Köln, 1979; HANS Kelsen, “Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob”, in: *Annalen der Philosophie* 1 1919; HANS Kelsen, “Hauptprobleme der Staatslehre entwickelte aus der Lehre von den Rechtssätzen”, Tübingen, 1911. A influência de HANS Kelsen na construção científica do constitucionalismo contemporâneo é evidente. Sobre o contributo de HANS Kelsen para o modelo austríaco (concentrado) de controle de constitucionalidade: JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 196 e ss; JOSÉ LAMEGO, “Argumentação Transcendental em Kelsen”, in: *Estudos em Honra do Professor Doutor Oliveira Ascensão*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 347 e ss. Refere-se ao juiz constitucional como *legislador negativo*: MARIA BENEDITA URBANO, “Sentenças Intermédias: para além de Kelsen mas ainda aquém de uma nova teoria da separação de poderes”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ad Honorem, Studia Iuridica 103, Volume III: Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática, Organizadores: FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS E. M. MACHADO, JOÃO CARLOS LOUREIRO, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 691-692. Ver: AMANDA SOARES/Gabriela OLIVEIRA/MURYEL MORAES, “Súmula sobre Teoria pura do direito: a hierarquização das normas”, disponível em <http://www.arcos.org.br/artigos/teoria-pura-do-direito-a-hierarquizacao-das-normas/>, que seguimos de muito perto.

¹¹² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, cit., passim, que seguimos de muito perto.

¹¹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, cit., passim, que seguimos de muito perto.

§ 4. Qual a efectiva sustentação dogmática da *suppressio*?¹¹⁴ Ela destina-se a proteger o beneficiário (o investigado-réu) que não haverá exercício do *direito*^{115/116/117} *de saber quem sou sem prazo*.

§ 5. A *suppressio* é uma forma de tutela jurídica do beneficiário (investigado-réu), confiante na inacção do investigador/autor. Confiança que subjaz ao seguinte modelo: i) um não exercício prolongado do *direito a saber quem sou sem prazo* (15 anos: artigo 1656.º, n.º 1, alíneas a) e b) do Código Civil de Macau); ii) uma situação de confiança, daí emergente; iii) uma justificação para essa confiança infundida na esfera jurídica do investigado-réu; iv) um investimento na confiança, plasmado nas circunstâncias de facto; v) a imputação da confiança infundida pela não-actuação do não-exercente¹¹⁸: o investigador-autor.

§ 6. O abuso do direito (nas modalidades de *surrectio* e *suppressio*) consiste em um universo de situações típicas em que o Direito, por imperativo do sistema, entende deter/impedir uma actuação¹¹⁹ que, em princípio, se apresen-

¹¹⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, *cit.*, *passim*, que seguimos de muito perto.

¹¹⁵ JOSEF WIELING, “Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst”, in: *AcP*, 176, 1976, pp. 343 e ss (no âmbito temático do *venire contra factum proprium*).

¹¹⁶ RUDOLF VON JHERING, “Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn”, in: *JhJb*, 6, 1861, pp. 103-104 (sobre o exercício do direito para prejudicar outrem (proibição de chicana)).

¹¹⁷ KARL LARENZ/MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9. Auflage, München, C.H. Beck, 2004, § 16 § 226 (sobre a proibição de chicana contida, na sequência da reforma do BGB de 2001/2002).

¹¹⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Eficácia externa dos créditos e abuso de direito”, *cit.*, pp. 85 e ss, que seguimos, com adaptações, de muito perto.

¹¹⁹ O que sucede nos casos típicos em que se verifique uma desproporção abissal entre a vantagem de uma parte processual e a correspondente desvantagem ou sacrifício à outra parte processual. Mesmo (e principalmente) no caso do direito ao reconhecimento da paternidade biológica. Por essa razão se compreende “a desproporção entre a vantagem do titular e o sacrifício por este imposto a outrem só releva quando existe uma grande vantagem para uma pessoa à custa de outra e isso sem que se apresente uma especial justificação para tanto; deverá haver uma desconexão (uma desproporção) entre as situações sociais típicas prefiguradas pelas normas jurídicas que atribuem direitos e o resultado prático do exercício desses direitos. Ora, a vantagem que para o autor resulta da investigação da paternidade não é uma “grande vantagem”, mas apenas a vantagem decorrente da atuação de um direito basilar, aliás garantido pela Constituição da República Portuguesa, que lhe assiste: o direito ao reconhecimento da paternidade biológica. E tal vantagem está plenamente justificada por esse mesmo direito, sendo o resultado prático do seu exercício o efeito visado pela lei”. Textualmente: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de novembro de 2019, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro José Rainho, disponível em www.dgsi.pt.

taria como inteiramente legítima¹²⁰. No caso concreto: o exercício do *direito a saber quem sou sem prazo* (artigo artigo 1677.º, n.º 1 e artigo 1722.º do Código Civil de Macau).

§ 7. Está bem de ver o papel fundamental que a boa fé¹²¹ (*ergo*: abuso¹²² de direito^{123/124}) desempenha no âmbito do *direito a saber quem sou sem prazo*: «configura um juízo de validade»¹²⁵.

¹²⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Stvdia Iuridica 91, Ad Honorem-3, Volume II: Direito Privado, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Organizadores: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/JOSÉ DE FARIA COSTA, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 144 e ss. Que seguimos de muito perto.

¹²¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de setembro de 2018, relatado pela Exma. Senhora Conselheira Rosa Tching, disponível em www.dgsi.pt. (que preceitua que “o instituto do abuso de direito representa o *controlo institucional da ordem jurídica* no que tange ao *exercício dos direitos subjetivos privados* e surge como um modo de adaptar o direito à evolução da vida, servindo como válvula de escape a situações que os limites apertados da lei não contemplam, por forma considerada justa pela consciência social, em determinado momento histórico, ou obstando a que, observada a estrutura formal do poder conferido por lei, se excedam manifestamente os limites que devem ser observados, tendo em conta a boa fé e o *sentimento de justiça em si mesmo*”). Itálicos nossos. O cidadão (ou cidadã) que infringe as regras impostas pelo viver socialmente responsável, transpõe uma linha para lá da qual não há retorno: o abuso do direito. Apesar, de *prima facie*, o cidadão (ou cidadã) actuar, no essencial, mas à superfície formal, abrigado por um poder legalmente válido, colimando-se, destarte, a obter resultados jurídicos (por vezes, legais), há casos em que, clamorosamente, se violam (agridem) os limites (e os ditames) impostos ou injungidos pela pauta vinculante da boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico ou social do direito (artigo 334.º do Código Civil = artigo 326.º, do Código Civil de Macau). Como bem afirma, a este respeito, o Professor JOÃO BAPTISTA MACHADO, dentro do quadro comunitário das pessoas juridicamente responsáveis (ou socialmente imputáveis), a toda a conduta (conduta socialmente significativa, predicativa e comunicativa) é inerente uma responsabilidade social vinculante – no sentido de um responder sociamente vinculante pelas pretensões de verdade social, de rectitude moral ou de autenticidade anímica, que são inerentes – e subjacentes – à mensagem socialmente vinculante que essa conduta encerra. Desta pauta de deveres de socialidade responsável, que radicam e transportam, no seu bojo, um quadro de auto-vinculação socialmente (valiosa e vinculante) inerente à nossa conduta socialmente comunicativa, deriva, do mesmo passo, um quadro referencial de regras elementares (mas não menos vinculantes) de conduta. Outrossim postuladas – e propugnadas transpositivamente – pelo núcleo essencial (*ergo*: pelo pólo irradiador) das exigências basilares em que assenta uma ordem de convivência social e de interacção pacífica e duradoura. Pauta essencial de convivência comunitária que o próprio direito não pode deixar de tutelar adequada e convenientemente. Sob pena de se desfear aquele *quadro mínimo de socialidade* que perpassa – e estriba – o *agir socialmente responsável*. Compreende-se que assim seja: sem esse quadro mínimo de socialidade que determina o alcance normativo do *agir socialmente responsável*, e da sua convivência comunitária que a precede, seria mirífico. Por essa razão, o princípio da confiança assume foros de centralidade no Direito Civil. Sem esse quadro mínimo de socialidade, o sistema jurídico tem de reagir. É aqui que se *joga* a importância precípua do abuso do direito enquanto mecanismo

que emerge na arena jurídica como limite (uma verdadeira antepara sistémico-funcional) para condutas juridicamente desvaliosas, ainda que a coberto de revestimento legal e formal. Ver: JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 119, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pp. 232 e ss e passim, que seguimos de muito perto. De tal facto se infere que, quando usado com parcimónia e mestria, o instituto jurídico da boa fé, que conforta o abuso do direito, pode arvorar-se em um verdadeiro princípio regulativo do agir social e como um destacado *juízo de validade*. Do qual o Direito Civil e o Direito da Família não podem prescindir. Nesta moldura conceptual, a boa-fé é havida como uma “exigência nuclear do sistema jurídico”. Seguimos de muito perto, com adaptações: JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, “A boa fé como norma de validade” in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Studia Iuridica 91, Ad Honorem-3, Volume II: Direito Privado, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 675 e ss; HUGO LUZ DOS SANTOS, “O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas, O Direito à Historicidade Pessoal, e a Lei N.º 14/2009, de 1 de Abril, à luz do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de Maio de 2014: “Show me the money?””, in: *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 11, n.º 21-22 (2014), Coimbra, Instituto Iuridico, 2016, pp. 2-34; na doutrina alemã, GÜNTHER TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, Tomo III, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 109 e ss. Sobre a expansão da cláusula do abuso do direito rumo a outros domínios jurídicos: PEDRO RUI LOPES DOS SANTOS, “Das consequências do abuso do direito”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano I, N.º 0, (2016), Coimbra, Almedina, 2016, pp. 199-241; LOURENÇO LEIRIA DE MENDONÇA NORONHA DOS SANTOS, “A posição jurídica do prejudicado no abuso do direito”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano I, N.º 1, (2016), Coimbra, Almedina, 2016, pp. 206-248; PAULO MOTA PINTO, “Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum*) no Direito civil”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC)*, Volume Comemorativo, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 269-322; LOURENÇO LEIRIA DE MENDONÇA NORONHA DOS SANTOS, “A posição jurídica do prejudicado no abuso do direito”, (Conclusão), in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano I, N.º 2, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 377-418; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 411 e ss; JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 119, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p. 232; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Eficácia externa dos créditos e abuso de direito”, in: *O Direito*, Ano 141.º, I, Coimbra, Almedina, 2009, p. 83; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 4ª reimpressão da 1ª edição de 1990, 2007, p. 745 e ss; PAULO MARGALHO, “O abuso do direito no Direito tributário – Dois pesos e duas medidas? A caminhada pelo deserto doutrinário”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano I, N.º 3, (2016), Coimbra, Almedina, 2016, pp. 745-783. No mesmo sentido, ainda que no âmbito temático do *venire contra factum proprium*, na doutrina alemã, JOSEF WIELING, “Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst”, in: *AcP*, 176, 1976, pp. 343 e ss. O nosso raciocínio é facilmente compreensível à luz da proibição do exercício do direito para prejudicar outrem (proibição de chicana), RUDOLF VON JHERING, “Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn”, in: *JhJb* 6, 1861, pp. 103-104. Esta proibição de chicana foi amplamente discutida na reforma do BGB de 2001/2002, no § 226. Na doutrina alemã: KARL LARENZ/MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Auflage, München, C. H. Beck, 2004, § 16; LUÍS FILIPE SILVA, “Oponibilidade do abuso de direito à Administração Pública, sob a perspectiva comparativa entre os ordenamentos jurídicos português e brasileiro”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano I, N.º 2, (2016), Coimbra, Almedina, 2016, pp. 497-524; GEOVANA

MENDES BAÍA MOISÉS, “O abuso de direito como via de tutela de terceiros nos negócios celebrados por procuração tolerada no âmbito do Direito civil português”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano I, N.º 4, (2016), Coimbra, Almedina, 2017, pp. 1007-1031.

¹²² A experiência alemã não gizou uma ideia motriz de abuso do direito similar à francesa. Aparecem, com efeito, referências mais ou menos expressas a um *Rechtsmissbrauch* como tradução (desoladoramente) literal de *abus de droit* ou, até, como instituto jurídico *proprio sensu*, mas na dogmática suíça. No étimo fundante da situação actual encontramos, sem surpresa, a pandectística do século XIX. Esta não se ocupou no – e do – desenvolvimento da conhecida *aemulatio* romana, cingindo-se, nos casos mais gritantes, a apelar para o terreno dos comportamentos proibidos. Nas várias tentativas de delimitar, com precisão, o instituto jurídico, os pandectistas alemães ora recorreram à conhecida *exceptio doli*, ora remeteram para a proibição de chicana. A *exceptio doli* acabaria por ser postergada, pela sua abstracção, vastidão e dispersão. Lancemos, como é mister, por ora, o nosso olhar para a chicana. Em sentido amplo, a chicana cifrar-se-ia no exercício do direito com o intuito (predominante ou exclusivo) de prejudicar outrem; em sentido estrito, teríamos um exercício jurídico despojado de qualquer interesse próprio, para prejudicar – quase exclusivamente – terceiros. Sem haver uma opção forte, clara e decisiva entre as duas hipóteses normativas, a pandectística tardia via com bons olhos, como vigente e na base fundacional do Direito comum, a (valiosa) proibição de chicana. Instituto jurídico que estava tipificado no Direito territorial prussiano, muito anterior à unificação do direito civil conseguida pelo BGB. Não conseguiu, porém, nem a afinidade electiva de SAVIGNY, nem o apreço científico de JHERING. O BGB deparou-se com muitas dificuldades para tipificar a proibição de chicana, dada a complexidade científica – e social – dos antecedentes. Acabaria, com muita tibieza jurídica, por tipificar um § – o 226 –, pela reforma do BGB de 2001/2002 epigrafada “proibição de chicana”, assim concebido: “O exercício de um direito é inadmissível quando só possa ter o escopo de provocar danos a outrem”. A disposição legal sempre teve a restritividade esculpida nos seus marcadores genéticos, pelo que, nos 105 anos de vigência do BGB, teve uma aplicação prática quase insignificante. A proibição de china, pelo seu carácter assaz restritivo, só tem valimento – e cabimento – em casos ocorridos na academia, onde é frequente um exercício de um direito com escopo primacial de prejudicar terceiros. O abuso do direito – em face dos problemas de rendimento dogmático-prático da proibição de chicana – acabaria por se crescer, na Alemanha, a partir de grandes grupos de casos tipológicos: *exceptio doli*, *venire contra factum proprium*, *suppressio e surrectio*, inalegabilidades formais, *tu quoque* e outros. Sem surpresa, todas essas categoriais dogmáticas foram centradas na cláusula geral da boa fé. Ver: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Studia Iuridica* 91, *Ad Honorem*-3, Volume II: Direito Privado, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Organizadores: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/JOSÉ DE FARIA COSTA, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 144 e ss, que seguimos de muito perto, mesmo textualmente.

¹²³ O abuso do direito é um remédio verdadeiramente excepcional. Mesmo quando aplicado no âmbito do Direito da Filiação. Di-lo claramente um aresto do Alto Tribunal. Que reza assim: “E quanto aos demais factos atribuíveis ao autor – na realidade, trata-se apenas de um facto: o conhecimento desde o Verão de 2012 de quem era o verdadeiro progenitor – estão estes muito longe de dar respaldo a qualquer abuso do direito. É que, como resulta do artigo 334.º do CCivil, o abuso do direito só releva quando o titular se exceda *manifestamente* no seu exercício. Como decorre de toda uma (quase inabarcável) produção jurisprudencial e doutrinária, o abuso de direito só existe em casos verdadeiramente excepcionais, em casos de todo em todo gritantes, ofensivos do sentimento

Mais ainda. A boa fé no universo temático do *direito a saber quem sou sem prazo* é verdadeiramente «a juridificação da moral da interação»¹²⁶. Sendo essa (a boa fé) uma exigência nuclear (no sentido de: basilar e estruturante) do ordenamento jurídico¹²⁷ da Região Administrativa Especial de Macau.

§§ 4. Conclusões

§§ O Direito da Família encerra, em si mesmo tomado, uma pletora de questões que se expandem – e se imbricam – com outras de capital importância. Uma delas prende-se com a fundante (e fecundante) temática da «imprescritibilidade» do *direito a saber quem sou sem prazo* (artigo 1677.º e artigo 1722.º, do Código Civil de Macau), como expressão do «direito à eliminação da mentira» e do direito ao livre (e, igualmente, sem prazo) desenvolvimento da personalidade.

ético-jurídico dominante, clamorosamente opostos aos ditames da lealdade e da correção imperantes na ordem jurídica e nas relações sociais. *Por isso, não basta, para se falar em abuso do direito nos termos e para os efeitos do artigo 334.º do CCivil, que o titular do direito, ao exercer o direito, simplesmente se exceda*”. Itálicos nossos. Ver: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de novembro de 2019, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro José Rainho, disponível em www.dgsi.pt.

¹²⁴ O sindicabilidade do abuso do direito pelos tribunais só poderá ocorrer, contudo, em casos de manifesto abuso por parte de uma – ou ambas – as partes processuais. Trata-se do acolhimento da tese objectiva do abuso do direito. Convergente: “não é necessária a consciência de se excederem, com o seu exercício, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito, *basta que se excedam esses limites. A nota típica do abuso do direito reside, por conseguinte, na utilização do poder contido na estrutura do direito para a prossecução de um interesse que exorbita do fim próprio do direito ou do contexto em que ele deve ser exercido. Exige-se que o excesso cometido seja manifesto. Os Tribunais só podem, pois, fiscalizar a moralidade dos atos praticados no exercício de direitos ou a sua conformidade com as razões sociais ou económicas que os legitimam, se houver manifesto abuso*”. Itálicos nossos. Ver: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de maio de 2021, 1097/16.7T8FAR.E2.S1, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Oliveira Abreu, disponível www.dgsi.pt.

¹²⁵ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “A boa fé como norma de validade”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Studia Iuridica 91, Ad Honorem-3, Volume II: Direito Privado, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 675 e ss, que seguimos de muito perto.

¹²⁶ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “A boa fé como norma de validade”, *cit.*, pp. 675 e ss, que seguimos de muito perto; GÜNTHER TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989, pp. 145 e ss e passim.

¹²⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O princípio da boa fé e o dever de renegociação em contextos de “situação económica difícil”, in: *Revista de Direito das Sociedades* (RDS), Ano V (2013), Número 3, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 492 e ss. Que seguimos de muito perto.

§§ A «imprescritibilidade» das acções de investigação da maternidade e da paternidade (artigo 1677.º e artigo 1722.º, do Código Civil de Macau) prevista no ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau e a sanção de ineficácia patrimonial que visa fulminar temporãs (e, não raro, eivadas de oportunismo pecuniário) acções tendentes ao estabelecimento da filiação e ao apuramento da verdade biológica sinalizam uma específica (e particularmente feliz) intenção legislativa de sobrepor os laços familiares (o estatuto pessoal do investigado) ao desolador «*show me the money*» (o estatuto patrimonial do investigado). É sobre essa nobre intenção legislativa que discorre este texto.

§§ O Código Civil de Macau de 1999 condensa, em matéria de Direito da Filiação, soluções legislativas amplamente inovadoras. Pode mesmo dizer-se que, nessa matéria, o Código Civil de Macau contém três disposições legais modelares e avançadas.

§§ A saber: duas disposições legais que preceituam que acção de investigação da maternidade ou da paternidade pode ser proposta a todo o tempo (artigo 1677.º e 1722.º). Tais disposições legais consagram, ao nível do *estatuto pessoal* do investigante, um vero *direito a saber quem sou sem prazo*.

§§ Conexo ao *direito a saber quem sou sem prazo*, surge uma outra disposição legal modelar e avançada. O artigo 1656.º, n.º 1 do Código Civil de Macau. Esta norma visa contornar os possíveis (abusos e oportunismos pecuniários) advenientes da extensão da imortalidade do *direito a saber quem sou sem prazo*.

§§ O *direito a saber quem sou sem prazo dá* (o direito à imortalidade do direito a saber quem sou *sem prazo*), mas também *tira* (o direito a quinhão na partilha da herança do *de cuius* após o decurso de 15 anos e verificadas determinadas circunstâncias tipicamente relevantes). Por isso, trata-se de disposições legais (cautelosamente) generosas. E, também por isso, tão especiais.

§§ Essa *cautelosa generosidade do direito a saber quem sou sem prazo* emerge no panorama do direito ao conhecimento das origens genéticas sempre que: i) a acção de investigação da maternidade (artigo 1677.º, n.º 1, do Código Civil de Macau) ou a acção de investigação da paternidade (artigo 1722.º do Código Civil de Macau) sejam intentadas decorridos mais de 15 anos após o conhecimento dos factos dos quais se poderia concluir a relação de filiação (artigo 1656.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil de Macau); e ii) as circunstâncias tornem patente que o propósito principal que moveu a declaração ou proposição

da acção foi o da obtenção de benefícios patrimoniais (artigo 1656.º, n.º 1, alínea b), do Código Civil de Macau).

§§ Esta disposição legal (artigo 1656.º, n.º 1, alínea a) e b) do Código Civil de Macau) preceitua, na sua hipótese normativa, duas situações típicas em sede das quais o estabelecimento do vínculo biológico produz apenas efeitos pessoais, com expressa derrogação dos efeitos patrimoniais inerentes a (qualquer) estatuto sucessório.

§§ Esta norma condensa uma inegável bipartição ou *cindibilidade* do (outroa sacrossanto) *princípio da unidade do estado*.

§§ Na medida em que, como acima se expendeu, admite, ao nível do estatuto pessoal, a *imortalidade do direito a saber quem sou sem prazo* das acções de investigação da maternidade (artigo 1677.º, n.º 1, do Código Civil de Macau) e das acções de investigação da paternidade (artigo 1722.º do Código Civil de Macau) e impede, ao nível do estatuto patrimonial, a produção de efeitos sucessório-patrimoniais sempre que a essa vontade temporã em estabelecer o vínculo biológico subjaza um resquício de oportunismo (e, porque não dizê-lo, de chã venalidade pecuniária) (artigo 1656.º, n.º 1, alíneas a) e b) do Código Civil de Macau).

§§ Condensa essa norma (artigo 1656.º, n.º 1, alíneas a) e b) do Código Civil de Macau) uma sanção de ineficácia patrimonial do estabelecimento da filiação destinada a sustar/perimir (possíveis) ímpetos pecuniaristas subjacentes a uma vontade (inexplicavelmente) tardia em apurar, quer a identidade pessoal, quer o conhecimento das origens genéticas «quando a acção é intentada mais de 15 anos após o conhecimento dos factos dos quais se poderia concluir a relação de filiação e quando as circunstâncias tornem patente que o propósito principal que moveu o autor foi a obtenção de benefícios patrimoniais».

§§ O *direito a saber quem sou sem prazo* ancora-se em um não menos fundante (e estruturante) «direito à eliminação da mentira» (Rafael Vale e Reis) que pode assumir a forma de consagração de mecanismos legais (*maxime*: processuais) que permitam ao residente da RAEM (artigo 41.º da Lei Básica de Macau), esclarecer, a todo o tempo (artigo 1677.º, n.º 1 e artigo 1722.º do Código Civil de Macau), o seu vínculo biológico.

§§ Atenta a importância precípua do *direito do direito a saber quem sou sem prazo*, a realização coerciva dos exames hematológicos de ADN, em caso de falta de consentimento do réu-investigado, não é de excluir.

§§ A dignidade da pessoa humana do investigador/autor (artigo 30 § 1, da Lei Básica de Macau) que ancora o *direito a saber quem sou sem prazo* (artigo 1677.º, n.º 1 e artigo 1722.º do Código Civil de Macau) deverá prevalecer sobre a liberdade pessoal (na modalidade de incolumidade da integridade física) do investigado/réu (artigo 28.º § 2, da Lei Básica de Macau).

§§ Se assim não for entendido pelo tribunal ao abrigo do princípio *iura novit curia*, dever-se-á, subsidiariamente, realizar, no plano do direito probatório material, a inversão do ónus da prova (artigo 337.º, n.º 2, do Código Civil de Macau) e proceder à condenação em litigância de má fé do investigado-réu por omissão do dever de cooperação (artigo 8.º, n.º 1 e 4 e artigo 385.º, n.º 2, alínea c), do Código de Processo Civil de Macau).

§§ É no instituto jurídico do abuso do direito (artigo 326.º, do Código Civil de Macau) que assenta a sanção de ineficácia patrimonial do estabelecimento do vínculo da filiação materna ou paterna (artigo 1656.º, n.º 1, alíneas a) e b) do Código Civil de Macau).

§§ Em contraponto, é na posição de charneira do *direito a saber quem sou sem prazo* (artigo 1677.º, n.º 1 e artigo 1722.º do Código Civil de Macau) que repousa a cindibilidade do estatuto pessoal do estatuto patrimonial do investigador-autor nas acções de investigação da maternidade e de investigação da paternidade.

§§ Do comportamento omissivo e da inércia do investigador/autor titular do *direito a saber quem sou sem prazo* derivam um feixe de significados sociais com relevo jurídico que encontram afloramento na solução normativa constante do artigo 1656.º, do Código Civil de Macau. E, num âmbito sistemático, na cláusula geral de abuso do direito (artigo 326.º, do Código Civil de Macau).

§§ No hemisfério sociológico, a inércia do investigador/autor em exercer o seu (imortal) *direito a saber quem sou sem prazo* significa um adiamento no encontro consigo próprio. Um desfasamento entre o ser-em-si e a assumpção plena da sua identidade ontológica que, animando o seu ser, carece do reconhecimento normativo da comunidade sócio-jurídica.

§§ Uma tal impostação das coisas significa que, já no hemisfério jurídico, a assumpção plena da identidade ontológica da investigante só poderá ser alcançada se, a essa identidade ontológica, se juntar uma identidade biológica.

§§ Essa identidade biológica só poderá ser realizada através do estabelecimento da verdade biológica. Que, por sua vez, não dispensa (antes peticiona) o (prévio) estabelecimento da filiação.

§§ De molde a densificar-se o direito à historicidade pessoal da investigante, enquanto realidade instrumental de um mecanismo processualmente estabelecido para alcançar um tal fim: a acção de investigação da maternidade ou da paternidade.

§§ A *suppressio* é uma forma de tutela jurídica do beneficiário (investigado/réu), confiante na inacção do investigador/autor. Confiança que subjaz ao seguinte modelo: i) um não exercício prolongado do *direito a saber sou quem sem prazo* (15 anos: artigo 1656.º, n.º 1, alíneas a) e b) do Código Civil de Macau); ii) uma situação de confiança, daí emergente; iii) uma justificação para essa confiança infundida na esfera jurídica do investigado-réu; iv) um investimento na confiança, escorado nas circunstâncias de facto; v) a imputação da confiança infundida pela não-actuação do não-exercente: o investigador-autor.

§§ O abuso do direito (nas modalidades de *surrectio* e *suppressio*) consiste em um universo de situações típicas em que o Direito, por imperativo do sistema, entende deter/impedir uma actuação que, em princípio, se apresentaria como inteiramente legítima. No caso concreto: o exercício do *direito a saber quem sou sem prazo* (artigo artigo 1677.º, n.º 1 e artigo 1722.º do Código Civil de Macau).

O «Admirável Mundo Novo» do Direito Administrativo da emergência na saúde

SIMÃO MENDES DE SOUSA*

SUMÁRIO: I. Colocação do problema. II. Direito fundamental à proteção da saúde e as leis de bases da saúde nacionais: 1) O direito fundamental à proteção da saúde; 2) As leis de bases da saúde: a) A Lei n.º 48/90, de 24 de agosto; b) A Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro. III. A pandemia e o Direito Administrativo da emergência: 1) A emergência de saúde pública; 2) O Direito Administrativo da emergência; 3) O Direito Administrativo da emergência nacional; 4) O princípio da proporcionalidade; 5) Síntese conclusiva. IV. O recurso ao setor privado da saúde: 1) O ajuste direto emergencial; 2) A requisição civil; 3) O critério indemnizatório: a) O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado; b) O Código das Expropriações; c) Posição adotada. V. Conclusões.

I. Colocação do problema**

I. O «Admirável Mundo Novo» que aqui cuidamos é diverso daquele que estava na mente de Aldous Huxley quando escreveu em 1932 um romance distópico com o mesmo nome. Está, também longe de ser admirável, ou mesmo

* Advogado, Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

** O presente texto corresponde, no essencial, ao relatório final de avaliação do Seminário de Investigação de Direito Administrativo do Curso de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Aproveitamos para publicamente agradecer à Professora Doutora MARIA JOÃO ESTORNINHO, pelo conhecimento partilhado no decurso das sessões, como também por todas as questões lançadas e pistas de investigação sugeridas ao longo do Seminário. Foram usadas as regras do comunmente designado Novo Acordo Ortográfico. Existem, contudo, passagens que estão escritas de acordo com as anteriores regras ortográficas, que decorrem de citações e/ou enunciados normativos anteriores à entrada em vigor deste Novo Acordo Ortográfico. Por motivo de rigor científico mantivemos os textos enunciados *qua tale*.

de ser um mundo novo, desde logo porque há um paralelo, porventura menos grave num espaço de um século, mas também porque as soluções apresentadas, mercê da disseminação viral, foram agravando as nossas condições de vida.

Na verdade, nos últimos quase dois anos, a nossa vida assumiu contornos distópicos em que o Estado usa vários dos seus poderes de autoridade para situações excepcionais, comprimindo Direitos com vista à mitigação da disseminação de um vírus desconhecido. É certo que, a realidade acaba sempre por ultrapassar a ficção, mas ao revivermos aquela que passou a ser a nossa realidade durante largos meses, dificilmente encontraremos um paralelo que não seja um exercício de ficção.

II. O estudo que pretendemos realizar, avalia não só os «*stress tests*» a que o nosso Direito ordinário para situações emergenciais foi sujeito, com efeitos em todas as situações e relações jurídicas, como também avalia quais as soluções que conseguimos encontrar no nosso Direito constituído.

Na análise que nos propomos realizar não podemos olvidar que a OMS, em 30 de janeiro de 2020 comunica que: “*the outbreak now meets the criteria for a Public Health Emergency of International Concern and proposed the following advice to be issued as Temporary Recommendations*”. Acrescentando, ainda que: “*countries should place particular emphasis on reducing human infection, prevention of secondary transmission and international spread*”¹. Posteriormente, e a 11 de março, a OMS considera a COVID-19, uma pandemia internacional, que constitui calamidade pública. Relevando, para nós, a seguinte afirmação do Diretor-Geral: “*this is not just a public health crisis, it is a crisis that will touch every sector – so every sector and every individual must be involved in the fight*”, concluindo, dizendo: “*i remind all countries that we are calling on you to activate and scale up your emergency response mechanisms*”².

Entre nós, as primeiras medidas administrativas surgiram com o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março que vigora, ainda hoje, com dezenas de alterações. A 18 de março, a novidade do decretamento do primeiro estado de exceção constitucional na vigência da nossa Constituição, através do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020. Foram, até ao momento, quinze as renovações, sendo a última, a do Decreto do Presidente n.º 41-A/2021, de 14 de abril. Paralelamente, foram emitidas dezenas de Resoluções do Conselho de Ministros a decretar situação de alerta, contingência ou calamidade, nos termos

¹ Cfr. o comunicado da Organização Mundial de Saúde, disponível em: [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

² Cfr. a declaração completa, disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

do disposto no artigo 8.º, n.º 1 da Lei de Bases da Proteção Civil, estabelecendo medidas em conjugação com a Lei de Bases da Saúde e do Sistema de Vigilância em Saúde Pública.

Tendo presentes os factos, pretendemos analisar não só a composição do nosso Direito ordinário para situações de emergência, mas também a forma como este se entrecruza com o Direito Constitucional e que permite deslindar a legalidade da atuação da Administração sem a decretação de estados de exceção constitucional.

III. Assim, pretendemos iniciar o nosso estudo com uma análise sobre o Direito fundamental à proteção da saúde e as Leis de Bases (*infra* II), subdividindo o capítulo em dois pontos: o primeiro, relativo ao Direito fundamental à Proteção da Saúde, e o segundo, relativo às Leis de Bases da Saúde. Este último, dividir-se-á em dois, para analisar a Lei n.º 48/90, de 24 de agosto e a Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro.

Avançaremos, para a análise da Pandemia e o Direito Administrativo da Emergência (*infra* III), em que analisaremos a emergência de saúde pública; o que se deve entender pelo Direito Administrativo da Emergência; o Direito Administrativo da Emergência Nacional; o princípio da proporcionalidade; e, a final, uma síntese conclusiva.

O último capítulo do nosso estudo versará sobre a matéria do recurso ao setor privado da saúde (*infra* IV), subdividindo-se na análise da matéria do ajuste direto emergencial; da possibilidade de requisição civil; da avaliação de qual o critério indemnizatório, se pelo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, ou por recurso ao Código das Expropriações, tomando a final, posição sobre esta matéria.

Esperamos conseguir, no final deste empreendimento, ensaiar uma construção que permita deslindar por um lado a extensão do nosso ordenamento administrativo de emergência, da suficiência da sua ação e, sobretudo, da melhor forma de garantir que a Administração encontra respostas céleres e eficazes em futuras disrupções de saúde pública que, mercê da globalização, sempre surgirão.

II. O direito fundamental à proteção da saúde e as leis de bases da saúde nacionais

1) O direito fundamental à proteção da saúde

I. Ao iniciar a análise do direito fundamental à proteção da saúde importa, desde logo, notar a sua sede constitucional. Assim, e de forma meramente intro-

utória, atente-se o preceito constitucional, para que, a partir dele, se consiga densificar um conjunto de ideias relevantes que sirvam de base à construção que pretendemos realizar.

Na verdade, o artigo 64.º, n.º 1 CRP, vem estabelecer que: “*todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover*”. No n.º 2 do referido artigo, o legislador constitucional, deslinda a forma pela qual o direito à proteção da saúde se desenvolve, sendo a forma principal, a existência de um serviço nacional de saúde, balizado por critérios de universalidade que, atendendo a condições económicas e sociais dos cidadãos, seja tendencialmente gratuito³. Para que o Estado assegure o direito à proteção da saúde, incumbe-lhe prioritariamente garantir o acesso à medicina, independentemente de condições económicas⁴; assegurar a cobertura nacional do serviço⁵; socializar os custos dos cuidados médicos e medicamentosos⁶; disciplinar e fiscalizar as formas empresariais privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, com vista a assegurar a eficiência e qualidade em ambas⁷; por último, o serviço nacional de saúde é gerido de forma descentralizada⁸.

II. Importa salientar que o serviço nacional de saúde não é, pelo menos do ponto de vista constitucional, a única forma de efetivação do direito à proteção saúde⁹. Aliás, sendo este um direito social, parece certo que a efetivação deste, necessita de uma ação por parte do Estado. Facilmente se compreenderá que, mesmo quando as prestações de saúde não são realizadas pelo Estado – na sua faceta de pessoa coletiva pública –, a proteção do texto constitucional à saúde, vincula-o à prestação de cuidados¹⁰. Concluindo, o Direito que a Constituição protege, é independente da natureza pública da sua prestação. Desde logo, esta é uma conclusão que alicerça os seus fundamentos, na impossibilidade de, garantindo a cobertura nacional da proteção sanitária, esta se realizar apenas com recurso a meios públicos ou, contrariamente, por recurso a meios privados¹¹.

³ Cfr. a al. a) do n.º 2.

⁴ Cfr. a al. a) do n.º 3.

⁵ Cfr. a al. b) do n.º 3.

⁶ Cfr. a al. c) do n.º 3.

⁷ Cfr. a al. d) do n.º 3.

⁸ Cfr. o n.º 4 do artigo 64.º CRP.

⁹ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Edição Revista, 2007, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 829-830.

¹⁰ Cfr. LICÍNIO LOPES, *Direito Administrativo da Saúde*, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. III, Coord.: PAULO OTERO e PEDRO COSTA GONÇALVES, 2010, Coimbra, Almedina, pp. 233-234.

¹¹ Cfr. JOSÉ MARÍA FELIÚ, *La Colaboración Público-privada en el Ámbito de los Servicios Sociales*

Assim, a leitura que realizamos do texto constitucional, é aquela que assume a ideia segundo a qual a globalidade da satisfação das necessidades no setor da saúde e, quanto à proteção da saúde por parte do Estado, se afigura indiferente se é prestada por um ente público, ou mediante convenção, por um ente privado. Em face da sua neutralidade constitucional¹², abre-se caminho para uma sã convivência entre ambos e complementaridade entre os entes públicos e privados, acabando por se afigurar de meridiana evidência que na resposta a surtos pandémicos como aqueles que temos tido oportunidade de vivenciar, é da articulação entre ambos e convocação dos meios de ambos, que se consegue proporcionar uma resposta mais eficaz¹³.

Ora, decorrendo desta universalidade do Direito à saúde no texto constitucional¹⁴, a política de saúde assenta na centralidade da pessoa, *i.e.* do cidadão como destinatário, sendo em torno deste que gravita o direito à proteção da saúde. A filosofia do sistema constitucionalmente gizado, é amplamente personalista, *et pour cause*, ao invés de escolher modelos públicos ou privados, foca-se na pessoa humana como centralidade na proteção da saúde. Assim, não só os direitos que são consagrados nesta sede pertencem ao cidadão, *i.e.* ao utilizador dos serviços de prestação de cuidados de saúde, como também se assume a irrelevância para este, da natureza pública ou privada do socorro e da prestação dos cuidados médicos¹⁵. Ao cidadão, releva apenas, que as suas necessidades de cuidados de saúde, sejam satisfeitas em tempo útil e de forma tecnicamente correta, sendo indiferente a natureza pública ou privada da entidade que lhe presta o serviço¹⁶.

y Sanitarios Dirigidos a las Personas. Condicionantes Europeos y Constitucionales, in Revista Aragonesa de Administración Pública, N.º 52, 2018, Saragoça, p. 18.

¹² Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Introdução ao Direito da Saúde*, in Escritos de Direito Público, Volume II, 2019, Lisboa, Almedina, p. 374.

¹³ Como bem nota CLÁUDIA MONGE, apontando à universalidade dos direitos associados ao Direito à proteção da saúde, “os direitos reconhecidos ou consagrados devem ser tidos como direitos de todos, independentemente da natureza pública ou privada da prestação”. Cfr. CLÁUDIA MONGE, O Direito Fundamental à Proteção da Saúde, in E-Publica – Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 5, N.º 2, Abril de 2019, Lisboa, ICJP–CIDP, p. 95

¹⁴ Cfr. a al. a) do n.º 3 do artigo 64.º CRP.

¹⁵ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO/TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde - Lições*, 2014, Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 48.

¹⁶ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, em anotação ao artigo 64.º e recorrendo ao Ac. do TC n.º 731/95, de 14-12-1995, Proc. n.º 274/90 (ALVES CORREIA), referem que: “O artigo 64.º, conjugado com o artigo 61.º da Constituição e com o princípio constitucional da autonomia privada, “não perfilhou um modelo de monopólio do sector público de prestação de cuidados de saúde – tendencialmente coincidente com o serviço nacional de saúde –, antes admite a existência de um **sector privado de prestação de cuidados de saúde em relação de complementaridade e até da concorrência com o sector público**” (Acórdão n.º 731/95), com a consequente

III. Importa, igualmente, atentar na centralidade assumida pelo serviço nacional de saúde no sistema nacional de saúde. É ao serviço nacional de saúde que cabe o papel central da liderança técnica e científica, liderando o setor da saúde no nosso país. A criação deste serviço é, como bem se compreenderá, a principal obrigação constitucional do Estado¹⁷. Acresce que, esse serviço, deve ser universal, geral e tendencialmente gratuito, assumindo um pendor *Beveridgiano* que deve ser preservado. Da prevalência pública assumida, não se pode efetuar uma extrapolação para a exclusividade pública da prestação do serviço¹⁸.

liberdade de escolha entre o sistema público e sistemas privados de saúde”. Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2005, Coimbra, Coimbra Editora, p. 660.

¹⁷ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 827.

¹⁸ Como defendem MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, “*não parece que a Constituição imponha que o serviço nacional de saúde deva ser prosseguido necessariamente através de entidades de natureza pública, embora, o serviço assuma, em sentido material, essa natureza, o que não dispensa a intervenção do Estado, pelo menos, na tarefa da sua organização e fiscalização*”. Cfr. *Direito da Saúde...*, cit., p. 48. Na verdade, e segundo cremos, foi essa a aceção do TC, quando num caso em que avaliava a compatibilidade constitucional da imposição de taxas moderadoras, em momento anterior à revisão Constitucional de 1989, que impunha a gratuidade do serviço nacional de saúde, referiu que: “*no desempenho dessa incumbência, ou no cumprimento dessa obrigação, goza o legislador, em princípio, de uma mais ou menos ampla «liberdade constitutiva», seja quanto às concretas soluções normativas a adoptar (eventualmente, quanto à escolha, mesmo, do «modelo» organizatório-normativo a seguir), seja quanto ao próprio quando e ritmo da legislação, se é assim, não é menos verdade que, aí onde a Constituição der já indicações – mais ou menos claras e precisas – do sentido que aquelas soluções deverão assumir, não poderá o legislador, ao intervir, deixar de respeitadas e acatá-las, sob pena de inconstitucionalidade*”. Acresce, como bem nota o TC, que: “*do artigo 64.º, n.º 2, da Constituição não pode retirar-se um modelo único de organização do serviço nacional de saúde, cuja criação aí se prevê, certo é que a «liberdade» deferida ao legislador para a sua conformação sofre, desde logo, e entre outros, o limite da «gratuidade» desse serviço*” Cfr. Ac. do TC n.º 330/89 de 11-04-1989, Proc. n.º 4/87 (CARDOSO DA COSTA). E, na verdade, entendemos ambas as posições como corretas, porque os limites que vinculam o legislador ordinário sobre o *quid* que deva corresponder ao serviço nacional de saúde prendem-se, nos termos da al. a) do n.º 2 do artigo 64.º CRP, com a sua universalidade, generalidade e tendencial gratuidade. A estes podemos, eventualmente, acrescentar as als. do n.º 3 do artigo 64.º CRP, mas já não poderemos para isto extrapolar para a obrigatoriedade da publicidade do serviço nacional de saúde, como o faz o Tribunal num Acórdão anterior. Nesse Acórdão, pode ler-se que: “*o Serviço Nacional de Saúde há-de ser um serviço público unitário, embora de gestão descentralizada, ou seja, integrado não na administração directa do Estado, enquanto serviço directo do Estado, mas sim na administração mediata, dotado de identidade própria e de autonomia. Enfim: enquanto que em relação à generalidade dos direitos sociais a Constituição não impôs ao Estado a criação de estruturas determinadas, deixando livre, nesse aspecto, a escolha dos meios e formas de realização desses direitos, no caso do direito à saúde – tal como, aliás, no caso do direito à segurança social, em que a Constituição impõe a criação de um «sistema de segurança social unificado e descentralizado», nos termos do artigo 63.º, n.º 2 –, a Constituição não se bastou com a consagração genérica do direito à saúde, antes impôs a criação de um serviço próprio, de uma estrutura específica, que assim se torna em condição imprescindível e garantia necessária do direito à saúde*”. Em declaração de voto vencido, e contrariamente a um entendimento deste tipo, CARDOSO DA COSTA, refere que: “*entendendo essa Constituição «positiva» como um quadro normativo «aberto», em cujo largo espectro há-de caber a pluralidade de*

Na verdade, o serviço nacional de saúde tem uma natureza orgânica que se assume na dependência do Ministério da Saúde¹⁹ efetivada preferencialmente por entidades públicas prestadoras de cuidados de saúde, mas também, mercê da sua organização e convenção com entidades privadas, uma vertente organizativa do plano funcional da administração prestadora, assente nos denominados atos ou operações materiais²⁰, *i.e.* a ideia material de serviço nacional de saúde, que redunda na prestação de cuidados de saúde, em nome do serviço nacional de saúde por entidades privadas, como uma modalidade de «*exercício de função administrativa por entidade privada*»²¹.

Como bem se compreende, e decorrendo do dever de articulação do serviço nacional de saúde com entidades privadas, determinados cuidados médicos, podem ser externalizados nestas. Aliás, a expressão de articulação com privados, não sendo clara permite uma ampla densificação pelo legislador ordinário, mediante não só os ciclos políticos, como também, os momentos verificados da vida do Estado²². Assim, mercê da já assumida neutralidade constitucional, compete ao legislador ordinário densificar a forma de articulação com os privados. Neste campo, as escolhas políticas do legislador ordinário, já se afiguram decisivas para a forma como será efetivado o Direito²³.

opções político-legislativas correspondente à diversidade e ao pluralismo das concepções acerca do progresso social e dos seus caminhos acolhidas em cada momento na comunidade histórica concreta, e um quadro normativo cuja «efetivação» está necessariamente dependente da utilização de recursos (v. g., humanos e materiais) que são por natureza escassos». No mesmo sentido, mas com formulação diversa, ainda que também em declaração de voto vencido no mesmo Acórdão, MESSIAS BENTO, que propugna um entendimento mais liberal do texto constitucional, assentando que: “a Lei Fundamental, tal como a entendo, não se pode confundir com um mero programa de governo; há-de ser antes – e sempre – um quadro normativo, aberto à criatividade e à inventiva do poder democrático. Há-de permitir a este que – empenhado na criação de condições de justiça social, capazes de possibilitar a cada homem uma cada vez mais completa realização da sua personalidade – rasgue caminhos vários que cada um, atento às exigências do bem comum, possa livremente percorrer em busca do seu próprio modelo de bem-estar”. Cfr. Ac. do TC n.º 39/84 de 11-04-1984, Proc. n.º 6/83 (VITAL MOREIRA).

¹⁹ Cfr. LICÍNIO LOPES, *Direito Administrativo...*, cit., p. 232.

²⁰ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *As Relações Jurídicas Administrativas de Prestação de Cuidados de Saúde*, in *Escritos de Direito Público*, Volume II, 2019, Lisboa, Almedina., Pp. 381-382.

²¹ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *As Relações Jurídicas...*, cit., p. 391.

²² Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., pp. 829-830.

²³ É certo, ainda assim, que o foco deverá situar-se na melhor forma de satisfação do interesse público. Contudo, essa será amplamente influenciada pela ideologia política que subjaza ao decisor político a cada momento da vida e do governo do Estado. E isto é assim, porque qualquer ideologia acabará sempre por ceder diante da realidade da vida do Estado e dos cidadãos, seja ela mais liberalizante ou, de contrário, mais socializante. Cfr. JOSÉ MARÍA FELIÚ, *La Colaboración...*, cit., p. 14. Cremos, no mesmo sentido, JORGE MIRANDA, acrescentando que o que releva é a previsão e organização do funcionamento do serviço nacional de saúde, e não se o funcionamento deste é mais social ou mais

Em correlação com esta ideia, e assumindo que o Estado se encontra vinculado a garantir uma eficiente e global cobertura do território Nacional²⁴, deve-se aceitar que é faticamente impossível que a prestação se assuma como exclusivamente pública – e, bem-assim, exclusivamente privada – levando o Estado a garantir uma combinação entre o recurso a público ou a privado enquadrada à luz da necessidade de obtenção de níveis de sustentabilidade económico-financeira que permitam a continuidade do serviço, mas também a sua capacidade de resposta no médio e longo prazo²⁵.

IV. Defendemos, ainda a aplicabilidade imediata do direito à proteção da saúde, motivada pela determinação constitucional do conteúdo do Direito. Isto é, o reconhecimento do caráter essencial deste Direito permite exigir do Estado a sua aplicabilidade direta, porque se percebe a densificação do conteúdo do Direito, pela delimitação Constitucional do *quantum* das obrigações Estaduais²⁶. De igual modo, e como bem se compreende, a reserva do possível, não será motivação ou explicitação para afastar a aplicabilidade direta do Direito, uma vez que esta apenas opera de forma externa ao conteúdo constitucionalmente delimitado dos direitos sociais²⁷.

liberalizante na sua efetivação. Cfr. JORGE MIRANDA, *Os Novos Paradigmas do Estado Social*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano IX, 2012, Coimbra, Coimbra Editora, p. 195.

²⁴ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO/TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde...*, cit., p. 56

²⁵ Cfr. ADALBERTO CAMPOS FERNANDES, *A Combinação Público-Privado*, in 40 Anos de Abril na Saúde, Coord.: ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS e JORGE SIMÕES, 2014, Coimbra, Almedina, p. 229.

²⁶ No limite, e como bem nota JOÃO CARLOS LOUREIRO, “este direito à proteção da saúde pode ser lido também como um direito à proteção em sentido próprio, distinto do direito à saúde como direito a prestações (em sentido estrito). No primeiro caso, teríamos um direito como correlativo da obrigação do Estado de impedir condutas de outros aptas a prejudicarem a saúde do seu titular. No segundo, teríamos prestações traduzidas no acesso a cuidados de saúde”. Cfr. JOÃO CARLOS LOUREIRO, *Direito à (Proteção da) Saúde*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor MARCELLO CAETANO no Centenário do Seu Nascimento, Vol. I, 2006, Coimbra, Coimbra Editora, p. 675. Contrariamente, e a nosso ver erradamente, o TC já referiu que: “o que caracteriza essencialmente a esmagadora maioria dos direitos fundamentais integrados no capítulo II da parte I da Constituição é o facto de se tratar predominantemente de, ou direitos de liberdade de feição clássica (ou seja, de direitos à não intromissão do Estado na esfera de liberdade do cidadão), ou direitos de participação e intervenção política, lato sensu. É certo que nem todos os direitos fundamentais aí incluídos possuem essa natureza, nem os direitos tradicionais aí inseridos se reduzem apenas a essa vertente «negativa», ou de «participação», mas é indiscutível que é essa a feição dominante, e é essa que constitui a diferencia específica que identifica e distingue a categoria dos «direitos, liberdades e garantias». O direito à saúde é, ao invés, um direito social propriamente dito, e o que o caracteriza essencialmente é o facto de ser um direito «positivo», ou seja, um direito às adequadas actividades e prestações do Estado. É, não um direito à abstenção do Estado, mas sim um direito a acções do Estado”. Cfr. Acórdão do TC n.º 39/84 de 11-04-1984, Proc. n.º 6/83 (VITAL MOREIRA).

²⁷ Lapidamente, “quando é possível extrair da constituição o conteúdo dos direitos sociais e, neste caso, do direito fundamental à proteção da saúde, a aplicabilidade imediata é consequência inelutável do reconhecimento do caráter

V. Por último, não somos imunes ao facto do direito à proteção da saúde e sua prossecução se encontrarem interligados com os direitos à vida e à integridade física incluídos no catálogo de direitos, liberdades e garantias²⁸. Significa isto que, para assegurar o respeito por estes direitos, liberdades e garantias, o Estado tem de proporcionar uma assistência pronta e em tempo útil da prestação de cuidados de saúde, protegendo esta, mas também os Direitos com que a proteção da saúde se interliga.

Assumidos que se encontram os pontos de partida da nossa análise, naquilo a que ao direito fundamental à proteção da saúde diz respeito, importa perceber como ao longo do tempo o Estado foi gerindo a sua relação com o «mercado privado da saúde», e combinando as lógicas de serviço nacional de saúde e sistema nacional de saúde.

2) *As leis de bases da saúde*

Ao longo deste ponto, tenderemos a avaliar, por um lado a densificação do direito à proteção da saúde, pelas sucessivas leis de bases da saúde, na ótica do relacionamento entre o serviço nacional de saúde e o já enunciado «mercado privado da saúde», mas também, qual a resposta que as leis de bases consagram para o combate a emergências de saúde pública.

A respeito da compatibilidade entre privados e serviço nacional de saúde, importa salientar que as pré-compreensões assumidas nas linhas antecedentes

fundamental do direito à proteção da saúde. E isto é assim, mesmo quando a realização destes direitos dependa de fatores de natureza financeira, uma vez que a chamada reserva do possível apenas é operativa para lá do conteúdo constitucionalmente determinado dos direitos sociais”. Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO/TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde...*, cit., pp. 46-47. Não resistimos a recorrer à interpretação que JORGE MIRANDA faz dos direitos sociais sob reserva do possível. Assim, ensina o Mestre: “as respetivas normas concretizadores têm de ser entendidas nestes termos: 1.º) quando se verifiquem condições económicas favoráveis, essas normas devem ser interpretadas e aplicadas de modo a de delas se extrair o máximo de satisfação das necessidades sociais e a realização de todas as prestações; 2.º) ao invés, não se deparando tais condições — em especial por causa da recessão ou de crise financeira — as prestações têm de ser adequadas ao nível de sustentabilidade existente, com eventual redução dos seus beneficiários ou dos seus montantes; 3.º) situações de escassez de recursos ou de exceção constitucional podem provocar a suspensão destas ou daquelas normas — não a das normas constitucionais atributivas dos direitos a que se reportam (insisto), mas elas hão-de retomar a sua efetividade, a curto ou a medio prazo, logo que estabelecida a normalidade da vida coletiva”. Concluindo, deste modo, assumindo que “há uma relação necessária constante entre a realidade constitucional e o estádio de efetividade das normas, entre a capacidade do Estado e da sociedade e os direitos derivados a prestações, entre os bens económicos disponíveis e os bens jurídicos deles inseparáveis. Por isso, deve concluir-se: 1.º) somente é obrigatório o que seja possível; 2.º) mas tudo quanto seja possível torna-se obrigatório”. Cfr. JORGE MIRANDA, *Os Novos Paradigmas...*, cit., p. 195.

²⁸ Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 653.

sendo, no nosso entendimento, a melhor leitura do texto constitucional, acabam por ver uma densificação distinta ao longo das sucessivas leis de bases. É que, a elasticidade do texto constitucional, pressupõe uma amplitude ideológica ao longo do tempo, mercê dos vários momentos da vida do Estado²⁹, que perpassa e se exerce nas várias formulações que as leis de bases foram assumindo. Pode acontecer que, a complementaridade que pareceria evidente num determinado momento, desapareça fruto de uma alteração legislativa e que, em face disso, o mecanismo de recurso a entes privados seja muito mais complexo ou, possivelmente, muito mais restritivo dos seus Direitos, quer em casos de normalidade, quer em casos emergentes do ponto de vista da saúde pública.

Atentemos, então, na primeira lei de bases da saúde do nosso ordenamento que mereceu um alargado prazo de vigência.

a) *A Lei n.º 48/90, de 24 de agosto*

I. A lei de bases estabelecia como seus princípios gerais, a prestação de cuidados de saúde pelo Estado e por entidades privadas, com ou sem fins lucrativos³⁰.

Aliás, a lei ia mais longe ao permitir o apoio ao setor privado, para que este pudesse operar num regime concorrencial com o setor público³¹. Salvo melhor opinião, esta opção legislativa permitia uma balcanização indesejável quando o assunto deveria assentar na complementaridade entre o serviço nacional de saúde e as entidades privadas de saúde. Na verdade, a mudança de perfil dos privados que prestam serviços de saúde, passou do típico profissional liberal, a entidades privadas complexas que introduziram práticas de mercado e passaram a competir diretamente com o serviço nacional de saúde quer pelas fontes de financiamento, quer pelos profissionais que prestam serviços nuns ou noutros³². Assim, seria muito mais proveitoso que ambos se encarassem numa lógica de complementaridade que promovesse uma melhoria dos cuidados de saúde prestados ao cidadão que, no limite, é aquilo que a vinculação constitucional

²⁹ Se o que foi dito vale para a formulação constitucional do direito à proteção da saúde, também valerá, para as leis de bases, uma vez que estas devem “*ter uma dimensão suprapartidária e que tenha abertura suficiente a diversas orientações ideológicas e a diversos programas de governo, sob pena de ser um mero texto político, sem futuro e sem capacidade de dialética transformadora*”. Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Testemunho*, in *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 3, 2018, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 85-86.

³⁰ Cfr. o n.º 4 da Base I.

³¹ Cfr. a al. f) do n.º 1 da Base II.

³² Cfr. ADALBERTO CAMPOS FERNANDES, *A Combinação...*, cit., p. 227.

estabelece. Nem se diga que, em determinados momentos ambos são complementares e, noutros concorrentes³³, uma vez que o mesmo ator não pode atuar numa tão ambígua posição no sistema de saúde, e de forma permanente, ora como concorrente, ora como complementar. Cremos, poder dizer-se que o legislador acabou por perceber isto, estabelecendo que o Estado, para efetivação do direito à saúde, cria um sistema de saúde³⁴ que atuaria por serviços próprios, mas também por acordo com os privados para a prestação de cuidados³⁵.

II. A lei de bases, estabelecia ainda a diferenciação entre o serviço nacional de saúde e o sistema nacional de saúde, sendo o primeiro parte integrante do segundo. Assim, o sistema nacional de saúde era composto “*pelo serviço nacional de saúde e por todas as entidades públicas que desenvolvam actividades de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde, bem como por todas as entidades privadas e por todos os profissionais livres que acordem com a primeira a prestação de todas ou de algumas daquelas actividades*”³⁶. Por seu turno, o serviço nacional de saúde “*abrange todas as instituições e serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde dependentes do Ministério da Saúde e dispõe de estatuto próprio*”³⁷. Assim, a prestação de cuidados por privados aos utentes do serviço nacional de saúde, seria admissível sempre que essa fosse uma opção vantajosa quando comparado o binómio qualidade-custo, e desde que o direito de acesso, a todos estivesse garantido³⁸.

É certo que a opção é aparentemente economicista, mas na verdade assenta na lógica de relacionamento entre as necessidades dos utentes e a capacidade instalada do serviço nacional de saúde que obriga a uma «*criteriosa ponderação da afectação dos recursos*»³⁹.

III. Por último, as situações de grave emergência. Assim, a lei de bases conferia poderes discricionários, para nos casos de grave emergência de saúde, o Ministro da Saúde tomar medidas excepcionais que sejam tidas como indispensáveis, coordenando com os serviços centrais do Ministério, com os órgãos do serviço nacional de saúde e os vários escalões das autoridades sanitárias⁴⁰. Este poder permitia, nomeadamente, a requisição civil de profissionais, ou

³³ Cfr. neste sentido, LICÍNIO LOPES, *Direito Administrativo...*, cit., p. 292.

³⁴ Cfr. o n.º 1 da Base IV.

³⁵ Cfr. o n.º 2 da Base IV.

³⁶ Cfr. o n.º 1 da Base XII.

³⁷ Cfr. o n.º 2 da Base XII.

³⁸ Cfr. o n.º 3 da Base XII.

³⁹ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *As Relações Jurídicas...*, cit., p. 400.

⁴⁰ Cfr. o n.º 1 da Base XX.

de estabelecimentos em atividade privada de saúde pelo tempo tido como indispensável⁴¹.

Longe da perfeição, foi este o panorama que se encontrava vigente até 4 de setembro de 2019. Na verdade, e ainda que fossem necessárias afinações em vários domínios que envolvem a evolução tecnológica e os vários problemas éticos associados a novas técnicas, no relacionamento entre a saúde no público e no privado, a lei continha soluções equilibradas, sendo discutível a premente necessidade de uma nova lei de bases.

Em seguida, analisaremos a lei de bases atualmente em vigor no nosso ordenamento.

b) *A Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro*

I. O paradigma de relacionamento entre o serviço nacional de saúde e os privados, mudou substancialmente com a entrada em vigor da nova lei de bases da saúde. A nova lei de bases, nasceu de um amplo debate que, num primeiro momento, foi técnico para, com o passar do tempo, se tornar de cedências e conformações políticas ideologicamente marcadas. É certo que, a lei de bases nunca será politicamente hermética, mas, e precisamente por isso, sendo um documento estruturante, deve ser o mais adaptável possível aos vários ciclos políticos.

Contudo, a atual lei de bases estabelece que o direito à proteção da saúde se efetiva, primeiramente, através do serviço nacional de saúde e de outros serviços públicos, sendo supletiva e temporariamente celebrados acordos com entidades privadas e do setor social e trabalhadores independentes nos casos de fundamentada necessidade⁴². Compete, ainda, ao Estado, assegurar o planeamento, regulação, avaliação, auditoria, fiscalização e inspeção das entidades do serviço nacional de saúde, bem como das entidades do setor privado e social⁴³.

II. Em matérias de saúde pública, é da competência do Estado o acompanhamento da evolução do estado de saúde da população, do bem-estar destas e da comunidade avaliando o desenvolvimento e implementação de instrumentos que monitorizem a saúde propriamente dita⁴⁴. É ainda da competência do membro do governo, identificar áreas específicas de intervenção, programas e

⁴¹ *Cfr.* o n.º 3 da Base XX.

⁴² *Cfr.* o n.º 1 da Base 6.

⁴³ *Cfr.* o n.º 3 da Base 6.

⁴⁴ *Cfr.* o n.º 1 da Base 10.

ações de promoção da saúde, mas também avaliar os problemas de saúde com maior impacto na morbidade e mortalidade, desafios sociodemográficos, bem como determinantes sociais, económicos, ambientais, comerciais, de estilo de vida e acesso aos serviços⁴⁵.

Estranha-se, ainda, que não se avenge a possibilidade do surgimento de uma pandemia que, há muito são tidas como prováveis, mercê da globalização. Como veremos adiante, mesmo a possibilidade de surgimento de uma situação de emergência de saúde pública é timidamente assumida pelo legislador da lei de bases.

III. O legislador da lei de bases disciplina o sistema de saúde, ainda que recorrendo a uma formulação diversa da encontrada na anterior lei de bases. Agora, o legislador refere que o funcionamento do sistema de saúde não pode colocar em causa a centralidade do serviço nacional de saúde enquanto garante do cumprimento do direito à saúde⁴⁶. Acresce que, a lei passa a prever os requisitos para o funcionamento dos estabelecimentos de saúde, independentemente da sua natureza jurídica⁴⁷. A solução não pode deixar de ser criticável, desde logo pela má técnica legislativa, ao repetir a centralidade do serviço nacional de saúde, que já decorre do texto constitucional; e, em segundo lugar, porque se refere a um sistema nacional de saúde sem o densificar, como devia e, por exemplo os dois projetos de lei que a inspiraram, faziam⁴⁸.

O legislador, permite contratos para a prestação de cuidados de saúde e, com estes admite-se o recurso a privados quando o serviço nacional de saúde não tiver, de forma comprovada, capacidade para a prestação em tempo útil desses cuidados, mas sempre condicionados à avaliação da sua necessidade⁴⁹, sendo estes prestados em respeito pelas normas e princípios que sejam aplicáveis ao serviço nacional de saúde⁵⁰.

IV. Importa, nesta sede, analisar alguns pressupostos sob os quais a lei de bases assentou. Desde logo, o consenso final que foi alcançado, conduziu a uma expressiva subalternização do papel dos privados na saúde, merecendo apenas breves referências ao longo do texto legislativo, mais do que romper

⁴⁵ Cfr. o n.º 2 da Base 10.

⁴⁶ Cfr. o n.º 1 da Base 19.

⁴⁷ Cfr. o n.º 2 da Base 19.

⁴⁸ Cfr. a Base XXXIV, n.º 1 da Proposta de uma Comissão liderada pela ex-Ministra da Saúde Maria de Belém Roseira; e, Base 15, n.º 1 da Proposta de Lei n.º 171/XIII/4.ª, de 17 de dezembro.

⁴⁹ Cfr. o n.º 1 da Base 25.

⁵⁰ Cfr. o n.º 2 da Base 25.

com a lógica de concorrência que, em nosso entendimento, se afigura correta e coerente com o clausulado legal, já comete o «*pecado capital*» de romper com a possibilidade de uma sã cooperação e complementaridade obrigando à comprovação de incapacidade do público e avaliação da necessidade de recurso a estes que se afigura marcadamente excessiva.

Um outro motivo de rejeição, porventura de maior gravidade do que o anterior, prende-se com a ausência de uma disposição que regule de forma detalhada as situações de emergência de saúde pública que, como já enunciávamos, com o devir próprio de um mundo global, podem ocorrer a qualquer instante. Não constitui, ainda, atenuante, relegar a matéria para o n.º 3 da Base 34, que se limita a investir o membro do Governo responsável pela área da saúde, no poder discricionário de tomar medidas de exceção indispensáveis – sem que as identifique, produzindo uma norma vazia que permita o seu preenchimento pelo governo –, se necessário recorrendo à requisição civil de privados, setor social e outros serviços e entidades do Estado.

V. Cremos ser de relevo, realizar um breve olhar para as duas propostas que serviram de base ao documento que acabámos de analisar.

O *primeiro documento*, produzido por uma comissão nomeada pelo Ministério da Saúde, liderada pela ex-Ministra da Saúde, Maria de Belém Roseira. Esta proposta é bastante equilibrada, reduzindo a ideia de concorrência para investir num princípio de prestação de cuidados de saúde em cooperação⁵¹ por todos os atores de saúde, isto é o setor público, o setor privado e as entidades da economia social⁵². Releva, também, o estabelecimento das situações de emergência de saúde pública, concedendo poderes de atuação, limitados pela adequação e, bem-assim, pelo princípio da proporcionalidade, abrindo espaço dentro desta limitação à chamada discricionariedade criativa⁵³. Na proposta entendia-se ser relevante a criação de um fundo financeiro para emergências em saúde pública que apoiasse as funções das autoridades de saúde, para que estas pudessem agir de forma rápida, integrada e eficiente⁵⁴. Esta proposta, acabou por não merecer vencimento, mas não sendo uma proposta despida de filosofia política, não se afigurava como um texto legislativo marcadamente ideológico, mostrando uma abertura a várias sensibilidades e momentos históricos, que permite a manutenção da mesma durante vários ciclos políticos da vida do Estado, assumindo a

⁵¹ Cfr. os n.ºs 4 e 6 da Base XXXIV.

⁵² Cfr. o n.º 5 da Base II.

⁵³ Cfr. o n.º 1 da Base XV.

⁵⁴ Cfr. o n.º 5 da Base XV.

natureza de um texto legal de princípio que se vai concretizando pela densificação legal que a partir dela se vai realizando⁵⁵.

O *segundo documento*, é a Proposta de Lei n.º 171/XIII/4.^a, de 17 de dezembro. Releva que nesta versão primitiva daquela que acabou por ser a lei de bases da saúde, definia-se o que se devia entender por sistema de saúde⁵⁶, e que acabou por não vingar. Os contratos para a prestação de cuidados de saúde do serviço nacional de saúde, encontravam-se apenas condicionados à avaliação da sua necessidade, sendo por isso menos restritiva do que a versão final⁵⁷. Naquilo a que às emergências de saúde pública concerne, a opção da proposta foi aquela que constou da versão final, sendo minimalista e pouco relevante⁵⁸.

VI. Assim, e finalizando esta breve análise quer à lei de bases, quer às propostas que lhe serviram de fundamento, sempre se dirá que, mais do que uma lei de bases da saúde, o produto final, acaba por redundar numa espécie de lei de bases do serviço nacional de saúde, permitindo que o estatuto deste, tenha mais referências à saúde privada, que a lei de bases que devia regular todo o sistema normativo da saúde, *i.e.* “*um universo de normas jurídicas mediante as quais se ordena um sector da vida social delimitado pela promoção e defesa da saúde*”⁵⁹.

No Capítulo seguinte, analisaremos a relação entre a pandemia e o nosso Direito Administrativo da Emergência.

III. A pandemia e o Direito Administrativo da emergência

1) *A emergência de saúde pública*

I. Como pudemos observar no capítulo anterior, o direito à proteção da saúde, comete ao Estado o dever de promoção e proteção da saúde pública. Uma vez, por criação de condições que permitam uma melhoria das condições de vida da população; outras, eliminando ou mitigando riscos de saúde para as populações⁶⁰. Na verdade, do que aqui se trata é da visão da saúde

⁵⁵ Cfr. CLÁUDIA MONGE, *O Direito...*, cit., p. 100.

⁵⁶ A Base 15, no seu n.º 1, estabelecia o seguinte: “o sistema de saúde integra as instituições do SNS e dos SRS, bem como outras instituições públicas, e ainda entidades do setor privado, social e profissionais em regime de trabalho independente, que contribuam para a efetivação do direito à proteção da saúde”.

⁵⁷ Cfr. o n.º 1 da Base 21.

⁵⁸ Cfr. o n.º 3 da Base 26.

⁵⁹ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Introdução...*, cit., p. 364.

⁶⁰ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO/TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde...*, cit., p. 34.

enquanto um bem coletivo que deve ser protegido enquanto tal⁶¹, na certeza em que todos os surtos pandémicos, ontem como hoje, atacam a saúde pública e a saúde nesta aceção de bem coletivo, e com isso, toda a comunidade⁶².

Na verdade, há quem considere que há uma espécie ramificação do Direito da Saúde, composto pelo Direito da Saúde Pública, e que este regula “a organização e actividade da Administração Pública, movida pelos fins de concretizar a garantia constitucional da protecção da saúde e manter tão elevado quanto possível o nível sanitário da população”, composto por uma componente organizativa para o planeamento e controlo e estabelecimento de rede cuidados; mas também, uma componente funcional que visa, sobretudo as competências e atribuições de cada órgão na resposta às emergências de saúde pública⁶³.

II. A Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto, que visa o estabelecimento de um sistema de vigilância em saúde pública e, entre outras atribuições, visa prevenir, alertar, controlar e responder a riscos de saúde pública, garantindo direitos dos cidadãos naquilo a que à defesa e protecção da saúde concerne⁶⁴, entende por emergência de saúde pública: “qualquer ocorrência extraordinária que constitua um risco para a saúde pública em virtude da probabilidade acrescida de disseminação de sinais, sintomas ou doenças requerendo uma resposta nacional coordenada”⁶⁵. Estas situações, são aquelas que desencadeiam a criação de uma comissão coordenadora da emergência⁶⁶.

O conceito de calamidade pública, que parece ser onde redundam as emergências de saúde pública, não é um conceito facilmente preenchível por circunstâncias concretas⁶⁷, ainda que em determinados casos, constitua fundamento para circunstâncias específicas. Assim, pode-se dizer que a situação de calamidade não possui *per si* uma existência autónoma de outras circunstâncias⁶⁸, é a emergên-

⁶¹ Cfr. CLÁUDIA MONGE, *Introdução à Emergência da Crise Sanitária*, in *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*, 2020, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 247.

⁶² Cfr. CLÁUDIA MONGE, *Introdução...*, cit., p. 248.

⁶³ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Introdução...*, cit., pp. 370-371.

⁶⁴ Cfr. o n.º 1 do artigo 1.º.

⁶⁵ Cfr. o n.º 4 do artigo 7.º.

⁶⁶ Cfr. o n.º 1 do artigo 7.º.

⁶⁷ LUÍS HELENO TERRINHA, considera que este tem um preenchimento vago sem uma explicação concreta do que conduz ao seu preenchimento. Cfr. *A Suspensão de Direitos Fundamentais em Estado de Exceção Biopolítico*, in RDeS – Revista de Direito e Segurança, N.º 14, julho-dezembro de 2019, Lisboa, Instituto de Direito e Segurança, p. 192.

⁶⁸ Cfr. JORGE MIRANDA, *Constituição e Pandemia*, in LLR – Lisbon Law Review, Ano LXI, 2020, N.º 1 Número Temático: COVID-19 e o Direito, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 62.

cia de saúde pública que motiva a existência de uma situação de calamidade pública, e o seu fundamento uma lei restritiva de direitos fundamentais⁶⁹ – a Lei de Bases de Proteção Civil.

Assim, *calamidade pública*, define-se como “as catástrofes naturais (terramotos, vulcões, tempestades, inundações e epidemias), as «catástrofes tecnológicas» e os «acidentes graves» (acidentes ferroviários, náuticos, aéreos, incêndios, explosões, etc.)”⁷⁰. Nos casos de calamidade pública, encontramos “uma situação de perigo, em relação ao qual a decretação do estado de exceção se apresenta como uma medida de defesa, situação de perigo que justifica a licitude do acto praticado; este perigo é sempre de natureza não humana e o mesmo só adquire relevo quando se pretende preservar os interesses pessoais ou patrimoniais”⁷¹.

Tendo conhecimento destas matérias, sabendo que vivemos durante largos meses, em estado de exceção constitucional, e sabendo da cada vez mais impressiva interpenetração entre o direito administrativo e o direito constitucional, cumpre indagar se, entre nós, podemos falar em direito administrativo da emergência? Existindo, esse quadro é suficiente à atuação do Estado dentro dos limites legais e constitucionais? É o que veremos em seguida.

2) O Direito Administrativo da emergência

I. Cremos poder afirmar-se que o Direito Administrativo da Emergência se trata de uma construção teórica fundamentada na ideia de interpenetração entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional. Isto é, o Direito Administrativo que se entende como «*Direito Constitucional concretizado*», encontra-se numa relação de complementaridade, conduzindo à interpretação dos poderes administrativos em compatibilidade com o Direito Constitucional⁷². Esta ideia parte do seguinte postulado: uma situação de gravidade inferior à situação de exceção, mas em que os poderes públicos ainda podem enquadrar a sua ação num quadro de normalidade constitucional, ainda que com poderes

⁶⁹ Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Modelos de Emergência no Direito Constitucional*, in E-Publica – Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 7, N.º 1, Abril de 2020, Lisboa, ICJP–CIDP, p. 25.

⁷⁰ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, 2003, Coimbra, Almedina, p. 1102.

⁷¹ Cfr. Ac. do STA de 18-02-2021, Proc. n.º 0136/20.1BALS (CRISTINA SANTOS).

⁷² Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, *Cuestiones Fundamentales Sobre la Reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la Innovación y Presupuestos Metodológicos* (Tradução de: LUCIANO PAREJO ALFONSO), in *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Coord.: JAVIER BARNÉS, 2.ª Edição, 2012, Sevilha, Global Law Press, p. 54.

reforçados⁷³. Acresce que, os casos de emergências prolongadas, precisam de ser *ab initio* reguladas pelo Direito ordinário, uma vez que o estado de exceção constitucional, que pode restringir ou suspender direitos fundamentais, não foi desenhado para emergências que se prolongam no tempo, sendo para estas necessário que o Direito Administrativo permita uma resposta adequada aos seus desafios⁷⁴. É que, este poder de emergência, visa regular situações específicas de necessidade e urgência, para a proteção de determinados interesses públicos, previamente delimitados⁷⁵.

Como bem se compreenderá, ao Direito Administrativo, cumprirá concretizar as principais linhas orientadoras emanadas da Constituição, às quais o Direito Administrativo, não se poderá furtar. No limite, a constitucionalização do Direito Administrativo, funciona como “*fator de transparência, racionalidade e coerência do Direito Administrativo enquanto sistema normativo*”⁷⁶.

II. A relação entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, permite a consideração dos princípios constitucionais e da Constituição, enquanto limites ao Direito Administrativo da Emergência. E isto decorre do Direito Administrativo complementar e concretizar o Direito Constitucional, mercê da aplicabilidade da norma constitucional ao longo do seu período de vigência, em si crescendo e se renovando, mas também da necessidade de adaptação da regra constitucional ao devir próprio da sociedade, que renova, concretiza e transforma o Direito Administrativo ao longo do tempo⁷⁷. No fundo, esta transformação nasce da indeterminação das normas constitucionais, que permitem a assunção arquitetónica da sua definição pelo Direito Adminis-

⁷³ Cfr. PEDRO MACHETE, *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção – Os Fins Justificam os Meios?*, in *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*, Coord.: CARLA AMADO GOMES e RICARDO PEDRO, 2020, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, Pp. 11-12.

⁷⁴ Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Anotação ao Acórdão do STA, 1.ª Secção, de 10 de setembro de 2020, Proferido no Processo n.º 088/20.8BALSB*, in *Revista de Direito Administrativo*, N.º 10, Janeiro-Abril de 2021, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 136.

⁷⁵ Cfr. ROBERTO PERIN, *Il Diritto Amministrativo Dell’Emergenza Per Fattori Esterni All’Amministrazione Pubblica*, in *Diritto Amministrativo Rivista Trimestrale*, Ano XIII, N.º 1, 2005, Milão, Giuffrè Editore, p. 797, nota 41.

⁷⁶ Cfr. SÉRVULO CORREIA/FRANCISCO PAES MARQUES, *Noções de Direito Administrativo*, Vol. I, 2.ª Edição, 2021, Coimbra, Almedina, p. 103.

⁷⁷ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, *Cuestiones...*, cit., p. 57.

trativo, assumido concretizador da norma constitucional⁷⁸, mas também como promotor da evolução aplicativa de ambos⁷⁹.

Ora, um dos principais fatores que fundamentam a constitucionalização do Direito Administrativo encontra-se, precisamente, na complexa rede de princípios estruturantes da atividade administrativa, em muitos casos decorrentes de princípios constitucionais, que os densificam e concretizam, limitando a atividade administrativa⁸⁰. Aliás, a interpretação de conceitos vagos deriva sempre de uma interpretação conforme aos princípios jurídico-constitucionais⁸¹ cuja aplicabilidade varia consoante o contexto específico em que são aplicados⁸². Numa palavra, o cumprimento das vinculações constitucionais pelo Direito Administrativo encontra-se intimamente relacionada com o respeito pelos princípios jurídico-constitucionais⁸³. Ora, se todo o Direito Administrativo deve respeitar estes princípios estruturantes, e também os direitos fundamentais, as medidas administrativas, devem ser conformes com o princípio da proporcionalidade⁸⁴.

III. O Direito administrativo da emergência, sendo direito ordinário, é pensado para situações específicas e determinadas previamente pelo legislador. Ora, esta regra abstrata atribui um conjunto de poderes extraordinários, constitucionalmente delimitados e limitados à gama de casos para os quais foram idealizados⁸⁵.

As permissões normativas do Direito Administrativo da Emergência, podem ser criadas em ligeiro confronto aparente com normas constitucionais, mas sempre partindo destas, e por estas limitadas, encontrando soluções que respeitem os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados⁸⁶. A jus-

⁷⁸ Cfr. GILLIAN METZGER, *Ordinary Administrative Law as Constitutional Common Law*, in *Columbia Law Review*, Vol. 110, N.º 2, 2010, p. 505.

⁷⁹ Cfr. GILLIAN METZGER, *Administrative Constitutionalism*, in *Texas Law Review*, Vol. 91, N.º 7, 2013, p. 1929.

⁸⁰ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *O Direito Administrativo Atual: Traços Identitários*, in *Escritos de Direito Público*, Volume I, 2019, Lisboa, Almedina, p. 215.

⁸¹ Cfr. BERTRALL ROSS, *Embracing Administrative Constitutionalism*, in *Boston University Law Review*, Vol. 95, N.º 2, 2015, p. 540.

⁸² Cfr. BERTRALL ROSS, *Embracing...*, cit., p. 555.

⁸³ Cfr. GILLIAN METZGER, *Ordinary...*, cit., p. 485.

⁸⁴ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, *Cuestiones...*, cit., p. 61.

⁸⁵ Cfr. CERULLI IRELLI, *Principio di Legalità e Poteri Straordinari Dell'Amministrazione*, in *Diritto Pubblico*, Vol. 13, N.º 2, 2007, Bolonha, Il Mulino, p. 353.

⁸⁶ Cfr. WOLLENSCHLÄGER, *Constitutionalisation and Deconstitutionalisation of Administrative Law in View of Europeanisation and Emancipation*, in *Review of European Administrative Law*, Vol. 10, N.º 1, 2017, Paris Legal Publishers, p. 29.

tificação desta proposição encontra sede na ideia segundo a qual, estes poderes extraordinários, ou melhor dito, poderes de emergência, são pensados para situações imprevisíveis que escapam ao direito que seria aplicável em circunstâncias de normalidade⁸⁷. É, aliás, precisamente por não nos encontrarmos em situação de normalidade que este Direito Administrativo da Emergência, à semelhança do estado de exceção constitucional, tem uma limitada aplicação temporal – ainda que, por definição, a sua limitação temporal tenha uma interferência menor do que limitação temporal do estado de exceção constitucional –, mediante uma constante justificação da sua necessidade evitando, deste modo, a corrupção do sistema⁸⁸.

IV. A emergência administrativa ou, noutra formulação a urgência em Direito Administrativo funciona com raízes no estado de exceção constitucional, desde logo porque recorremos aos conceitos trabalhados na excecionalidade fática que no momento se vive, que redundam numa anormalidade administrativa, paralela da ausência de normalidade constitucional. Assim, quando nos referimos à excecionalidade administrativa, esta “*tem de resultar de uma ausência de regular funcionamento do aparelho administrativo e, mesmo, estadual, de uma desarticulação da própria sociedade com a organização administrativa, inconciliável com o uso de poderes públicos forjados na normalidade*”⁸⁹.

As situações a que o direito administrativo da emergência se aplica, são aquelas que se têm por situações de menor gravidade quando comparadas com as que fundamentam um estado de exceção constitucional. E isto sucede porque o decurso do tempo, tornou inviável o recurso a um estado de exceção constitucional⁹⁰, libertando o caminho para os chamados casos de uma normalidade excecional em que estamos conscientes da manutenção do problema que desencadeou a emergência, mas com uma circunscrição temporal específica, não sendo por isso nem imprevisível, nem emergente⁹¹. Acresce, ainda que, nos casos em que a resposta à mitigação da situação emergencial se baste sem

⁸⁷ Cfr. ANDREJ ZWITTER, *The Rule of Law in Times of Crisis: A Legal Theory on The State of Emergency in the Liberal Democracy*, in ARSP: Archiv Für Rechts-und Sozialphilosophie, Vol. 98, N.º 1, 2012, p. 100.

⁸⁸ Cfr. JOHN FEREJOHN/PASQUALE PASQUINO, *The Law of The Exception: A Typology of Emergency Powers*, in International Journal of Constitutional Law, Vol. 2, N.º 2, 2004, p. 219.

⁸⁹ Cfr. FREITAS DO AMARAL/MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *O Estado de Necessidade e a Urgência em Direito Administrativo*, in R.O.A., Vol. II, Ano 59, abril de 1999, Lisboa, pp. 485-486.

⁹⁰ Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Anotação...*, cit., p. 136.

⁹¹ Cfr. BÖCKENFÖRDE, *The Repressed State of Emergency: The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances*, in Constitutional and Political Theory: Selected Writings, Coord.: MIRJAM KÜNKLER/TINE STEIN, Vol. I, 2017, Oxford, Oxford University Press, p. 127.

medidas tão gravosas como aquelas que fundamentam um estado de exceção constitucional, com extensa afetação de direitos fundamentais, é ao Direito Administrativo da Emergência que se busca a resposta, uma vez que, a diferença de remédios para uns e outros, se baseia na diferença de gravidade que a cada um cumpre responder. É que o decretamento de um estado de exceção, será sempre a última *ratio* de defesa do Estado de Direito Constitucional⁹².

V. Há quem considere que o Direito Administrativo da Emergência, se trata de uma vinculação normativa de pós-emergência, de transição para a normalidade constitucional e administrativa, que permita as adaptações necessárias à prossecução do interesse público de salvaguarda da segurança e saúde públicas, no respeito pelas vinculações constitucionais das entidades administrativas⁹³. Não pugnamos de igual conclusão, desde logo, porque a atuação em emergência por parte da Administração se trata de um poder atribuído em situações de normalidade, para os casos em que a defesa do interesse público, apenas seja alcançável pela atuação de medidas excepcionais que pressupõem que sem elas, a Administração não consiga proteger o interesse juridicamente tutelável por esta⁹⁴ em quadros factuais de incerteza, com riscos desconhecidos e poucas certezas de atuação e, como tal, de muito mais difícil decisão⁹⁵.

Os quadros de atuação da Administração no caso de urgência, não podem deixar de ser tidos como casos decorrentes de uma normatividade excecional⁹⁶ desta, casos em que mercê de um sistema paralelo ao sistema de normalidade com uma configuração própria que difere da atuação administrativa em casos de normalidade administrativa⁹⁷. Este ordenamento de emergência, permitirá uma disciplina que derogue o Direito Administrativo comum em situações de urgência⁹⁸, ainda que decorram do catálogo de poderes da Administração

⁹² Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Anotação...*, cit., p. 136.

⁹³ Cfr. JORGE ALVES CORREIA, *As Patologias da Declaração do Estado de Calamidade e os Limites Constitucionais do Direito Administrativo da Pós-Emergência*, in *Revista de Direito Administrativo*, N.º 9, setembro-dezembro de 2020, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 52.

⁹⁴ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Revisitando o Estado de Necessidade*, in *Escritos de Direito Público*, Volume I, 2019, Lisboa, Almedina, p. 152.

⁹⁵ Cfr. JOSÉ ESTEVE PARDO, *Privileged Domain of Risk Treatment: Risk and Health*, in *Revue Européenne de Droit Public*, Vol. 15, N.º 1, 2003, p. 123.

⁹⁶ Cfr. Freitas do Amaral/Maria da Glória Garcia, *O Estado...*, cit., p. 493.

⁹⁷ Cfr. CERULLI IRELLI, *Princípio...*, cit., p. 377.

⁹⁸ Cfr. CERULLI IRELLI, *Princípio...*, cit., p. 380.

pensados em normalidade como válvulas de sistemas que servem para serem acionados nos casos de «*necessidade material*»⁹⁹.

VI. Um outro aspeto interessante do Direito Administrativo da Emergência, é o estabelecimento de uma margem de atuação discricionária em favor da Administração em situações de emergência administrativa. Na verdade, as normas que regulam o ordenamento administrativo de emergência são cláusulas abertas em favor da administração¹⁰⁰. Contudo, na ação administrativa em emergência, há sempre a vinculação ao princípio da legalidade, *i.e.* “*as soluções que encontra são soluções enquadradas no princípio da legalidade em sentido estrito*”¹⁰¹.

Como bem se compreenderá, o poder discricionário da Administração, deve ser entendido enquanto poder conferido pela Lei a um determinado órgão administrativo¹⁰², para que este decida com base em critérios por si determinados, que melhor promovam a realização do interesse público contido na norma habilitante¹⁰³, balizando o seu exercício pelo fim da norma e delimitado pelos princípios jurídicos fundamentais da administração pública. Assim, a Administração goza de uma liberdade previamente delimitada de escolha entre possibilidades de atuação previstas pelo legislador, *i.e.* discricionariedade de escolha¹⁰⁴ para o caso concreto, na forma por si determinada.

Urge questionar: entre nós, temos um ordenamento de emergência que permita a tomada de decisões mediante o recurso a uma espécie de emergência administrativa? A Lei de Bases de Proteção Civil, em conjugação com o Sistema de Vigilância em Saúde Pública, são suficientes? O pós-emergência é suficiente para medidas restritivas? Estas e outras questões, merecerão a nossa atenção nas próximas linhas.

⁹⁹ Cfr. MARIANA MELO EGÍDIO, *A Requisição de Pessoas e Bens*, in *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*, 2020, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 387.

¹⁰⁰ Cfr. CANTERO MARTÍNEZ, *La Intervención Administrativa en Los Derechos Fundamentales de Las Personas Por Motivos de Salud Pública*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, N.º 210, Enero-Marzo 2021, p. 96.

¹⁰¹ Cfr. FREITAS DO AMARAL/MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *O Estado...*, cit., p. 494.

¹⁰² Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas: as afinidades e os seus limites*, in *Escritos de Direito Público*, Volume I, 2019, Lisboa, Almedina, P. 172.

¹⁰³ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, com a colaboração de PEDRO MACHETE e LINO TORGAL, Vol. II, 4.ª Edição, 2018, Coimbra, Almedina, pp. 68-69.

¹⁰⁴ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I: Introdução e Princípios Fundamentais, 2.ª Edição, 2006, Lisboa, Dom Quixote, P. 184.

3) O Direito Administrativo da emergência nacional

I. Importa, desde já, salientar que a Lei n.º 27/2006, de 3 de julho, que aprova a Lei de Bases da Proteção Civil, estabelece um conjunto de competências da Administração para situações complexas ou emergentes. Assim, dispõe o artigo 8.º que, os órgãos com competência nesta matéria e consoante a natureza dos acontecimentos, a sua gravidade e extensão de efeitos atuais ou expectáveis, podem declarar a situação de alerta¹⁰⁵; declarar a situação de contingência¹⁰⁶; e, declarar a situação de calamidade¹⁰⁷. Ora, estas declarações, correspondem ao reconhecer a adoção de medidas adequadas e proporcionais à necessidade de enfrentar graus crescentes e dinâmicos de risco¹⁰⁸.

Nos termos do n.º 3 do artigo 9.º a situação de calamidade, apenas pode ser declarada quando face à ocorrência ou perigo de ocorrência das situações do artigo 3.º¹⁰⁹ e a intensidade – bastando apenas a sua previsibilidade – destes que redunde na necessidade de adotar medidas de caráter excecional para prevenir, reagir ou repor a normalidade das condições de vida nas áreas atingidas. A declaração compete ao Governo, nos termos do disposto no artigo 19.º da estudada Lei.

Em face da delimitação do artigo 9.º, n.º 3 da referida Lei, não nos parece que se possa arrogar de aplicável a Lei de Bases de Proteção Civil a emergências de saúde pública, desde logo porque a referida Lei, delimita expressiva e taxativamente os casos a que é aplicável, a saber: os de acidente grave ou catástrofe. Acresce que, da previsão normativa, define-se o que se entende por cada um destes eventos. Assim, salvo uma sempre duvidosa interpretação extensivo-corretiva¹¹⁰ da norma, o texto legal não admite essa aplicabilidade a casos pandémicos concretizáveis em emergências de saúde pública.

¹⁰⁵ Cfr. a al. a) do n.º 1.

¹⁰⁶ Cfr. a al. b) do n.º 1.

¹⁰⁷ Cfr. a al. c) do n.º 1.

¹⁰⁸ Cfr. o n.º 2.

¹⁰⁹ Os casos qualificados como de acidente grave, ou de catástrofe. Nos termos do n.º 1, entende-se por acidente grave, o “acontecimento inusitado com efeitos relativamente limitados no tempo e no espaço, suscetível de atingir as pessoas e outros seres vivos, os bens ou o ambiente”. Por seu turno, e nos termos do n.º 2, entende-se por catástrofe, o “acidente grave ou a série de acidentes graves suscetíveis de provocarem elevados prejuízos materiais e, eventualmente, vítimas, afetando intensamente as condições de vida e o tecido socioeconómico em áreas ou na totalidade do território nacional”.

¹¹⁰ Extensiva, porque se teria de conceber que o sentido que o legislador pretendia colocar na norma, ultrapassa aquilo que resulta estritamente da lei, deixando o interprete com a dura tarefa de formular o que traduza concretamente o pensamento do legislador de forma mais ampla do que a que resulta do texto legal; e, corretiva, no sentido em que restringindo àquela gama de casos, acaba por se tornar contrária ao bem comum e, como tal, conduzir a resultados nefastos para a comunidade. Contudo,

II. Como se o território que nos encontramos a explorar, não fosse já pleno de ambiguidades, os problemas associados à pretensa «cadeia normativa» não deixam de surgir, senão vejamos: o artigo 18.º da Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto que estabelece o sistema de vigilância em saúde pública, estatui que, nos casos graves e tendo em conta os mecanismos da Lei de Bases da Proteção Civil, o Governo apresenta, após proposta do Conselho Nacional de Saúde Pública, baseada no relatório da comissão coordenadora da emergência, documento ao Presidente da República para decretamento do Estado de Emergência Constitucional.

Não parece, ainda assim, que pelo menos em termos formais o problema da situação de calamidade se encontre *per si* resolvido, uma vez que, mesmo que se recorra ao n.º 1 do artigo 17.º da Lei que estabelece o sistema de vigilância em saúde pública, relativo ao poder de regulamentação excecional, este acaba por remeter para uma Lei revogada e na nova lei de bases, não há nenhuma norma que regule especificamente as situações de emergência¹¹¹, havendo apenas a já referida Base 34, que no seu n.º 3, abre poucas possibilidades que não sejam o recurso a entidades privadas que prestem serviços de saúde, pelo meio da requisição civil em casos de emergência de saúde pública.

III. Não se diga, como faz o STA, que o quadro legislativo existente é adequado à adoção de medidas, fundamentando o pensamento na suposta existência de “*um quadro legislativo de habilitação das medidas administrativas de emergência, pois só esta via é compaginável com a dinâmica de uma situação de crise de saúde pública e com a adopção das medidas adequadas para a sua contenção e mitigação, sendo absolutamente impensável que as medidas necessárias para o efeito, mesmo as restritiva de direitos, liberdades e garantias, pudessem ser adoptadas por via legislativa parlamentar. O arcaboço legislativo existente em Portugal e nos outros países da União Europeia (para recorreremos a um comparador próximo) para o Estado de Direito da Emergência sanitária assenta em leis parlamentares que habilitam a actuação do Governo no caso de se verificar a situação de emergência e que nessa habilitação prevêem, de forma genérica, as medidas que tradicional e comumente a experiência demonstrou que são ajustadas ao efeito*”. Assim, assenta o Tribunal na “*existência de uma concreta cadeia ininterrupta de legitimação democrática que as suporta*”, bem como, na “*legitimação por via*

a interpretação corretiva, não obstante a sua potencial bondade, é “*inadmissível na ordem jurídica portuguesa*”. Sobre a interpretação extensiva e corretiva, *cf.* OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.ª Edição Refundida, 2006, Coimbra, Almedina, pp. 423-427.

¹¹¹ No mesmo sentido, *cf.* Declaração de voto vencido de CARLOS CARVALHO no Ac. do STA de 27-06-2021, Proc. n.º 085/21.6BALS (ADRIANO CUNHA).

da internormatividade técnica internacional e da comparação e interdependência entre as medidas adoptadas pelos diversos Estados e Administrações”¹¹².

Importa, desde já, dizer que a cadeia de legitimidade, se baseia em bases muito pouco sólidas e, marcadamente insuficientes para emergências desta índole¹¹³, sendo por isso um argumento com pouca sustentação científica. Acresce que, a ideia da internormatividade técnica, assenta os seus pressupostos numa ideia de Direito Administrativo Global, assente numa colaboração entre entes administrativos supranacionais¹¹⁴ que, sendo uma solução interessante para a regulação do bem saúde enquanto bem global, ou a saúde pública global¹¹⁵, não altera nem as regras nem as competências em matéria de Direitos, Liberdades e Garantias¹¹⁶. Mais, a pretensa validação científica, não pode ser tida como um meio que fundamenta e justifica o fim de maiores restrições¹¹⁷, nem tão-pouco, como a tábua de salvação de qualquer medida restritiva, mesmo que esta não encontre cabimento, no nosso ordenamento jurídico¹¹⁸.

Um outro argumento gizado pelo STA, relativamente à conjugação entre as normas da Lei de Bases da Saúde, do Sistema de Vigilância em Saúde Pública e da Lei de Bases de Proteção Civil admite a possibilidade do surgimento de medidas que “*não foram pensadas pelo legislador, ao tempo da sua emissão, para as concretas circunstâncias que ora nos preocupam*”, mas que o facto de “*o legislador não ter concretamente em mente – por óbvia e lógica razão – as circunstâncias de emergência atualmente em causa, não significa que as estatuições normativas referidas não alberguem, na sua previsão (letra e, sobretudo, espírito), tais circunstâncias fácticas. Ou, de outro modo, não significa que o legislador, se conhecedor destas atuais circunstâncias (factuais) de emergência, não teria admitido, ele próprio, a adequação da sua inclusão nas previsões normativas em questão*”¹¹⁹. Como já referimos em linhas antecedentes, não consideramos que exista uma equivalência de posições entre a remissão da Lei

¹¹² Cfr. Ac. do STA de 10-09-2020, Proc. n.º 088/20.8BALSb (SUZANA TAVARES DA SILVA).

¹¹³ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *A Pandemia e o Direito de Contingência: Algumas Respostas a Uma Prova Inacabada*, in Revista de Direito Administrativo, N.º 9, setembro-dezembro de 2020, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 39, nota 28.

¹¹⁴ Cfr. SABINO CASSESE, *New Paths for Administrative Law: A Manifesto*, in International Journal of Constitutional Law, Vol. 10, Issue 3, 2012, p. 606.

¹¹⁵ Cfr. CLÁUDIA MONGE, *Introdução...*, cit., p. 224.

¹¹⁶ Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Anotação...*, cit., p. 135.

¹¹⁷ Cfr. JOSÉ ESTEVE PARDO, *La Apelación A La Ciencia En El Gobierno Y Gestión De La Crisis De La Covid-19*, in Revista de Derecho Público: Teoría Y Método, Vol. 2, 2020, p. 50.

¹¹⁸ Cfr. PEDRO LOMBA, *Constituição, Estado de Emergência e Administração Sanitária: Alguns Problemas*, in E-Publica – Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 7, N.º 1, Abril de 2020, Lisboa, ICJP–CIDP, pp. 41-42.

¹¹⁹ Cfr. Ac. do STA de 27-06-2021, Proc. n.º 085/21.6BALSb (ADRIANO CUNHA).

e o quadro legal atualmente vigente, a que acresce a diferença material. Entre situações que o STA estoicamente ignorou.

IV. Como facilmente se constata, o caminho não se afigura de fácil solução e, em momentos de disruptiva emergência, pretende-se que a organização do ordenamento jurídico seja clara e simples, quer para o fomento da segurança por parte do cidadão, quer para o Estado poder atuar de forma simples, e atempada. Acresce que, nestes momentos, o grau de vigilância sobre o respeito pelos direitos fundamentais, bem como a sua proteção, deve ser mais apurada e exigente do que em tempos de normalidade, não colhendo qualquer ideia que vise a suavização do controlo, baseado na excecionalidade do momento¹²⁰.

Sucedendo que, não só, não nos podemos esquecer que o direito administrativo da emergência se limita pelo seu âmbito de conceção, *i.e.* pelo figurino que o legislador ordinário lhe atribuiu, como também, pelas normas e princípios constitucionais, merce da constitucionalização do Direito Administrativo. Aliás, mesmo que se aceitem soluções emanadas de um poder discricionário criativo, este será sempre limitado pelo seu âmbito normal de limitação, ou seja pelas normas e princípios constitucionais, nomeadamente o princípio da proporcionalidade, que analisaremos de seguida.

De igual modo, e em suma, também não parece que a Base 34, no seu n.º 3, da atual Lei de Bases da Saúde, seja como já entendeu o STA¹²¹, a norma que permita ao governante titular da pasta da Saúde a tomada de medidas restritivas que implique mais do que o recurso ao setor privado da saúde para a composição de meios de resposta a uma situação de emergência de saúde pública.

4) O princípio da proporcionalidade

I. Ao longo das linhas antecedentes, temos tido a oportunidade de densificar a ideia da interpenetração entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo e, logo nessa oportunidade, anotámos a importância da vinculação do Direito Administrativo aos princípios Constitucionais estruturantes que, o Direito Administrativo fez seus e os tornou em limites da atividade da Administração. Dentro desses princípios, temos o princípio da proporcionalidade que, analisaremos em seguida.

¹²⁰ Como nos parece ser o posicionamento do Ac. do STA de 10-09-2020, Proc. n.º 088/20.8BALS (SUZANA TAVARES DA SILVA).

¹²¹ *Cfr.* o Ac. do STA de 10-09-2020, Proc. n.º 088/20.8BALS (SUZANA TAVARES DA SILVA).

Importa, desde já, salientar que, e uma vez que tratamos da avaliação em Direito Administrativo do princípio, optamos pela designação mais popular de princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*), ao invés da designação de princípio da proibição do excesso (*Übermaßverbot*), fazendo-o, porque não existe unanimidade entre uma, ou outra, denominação¹²², não estabelecendo a Jurisprudência Constitucional, diferenças materiais entre a proibição do excesso e a proporcionalidade em sentido amplo¹²³. Acresce que, expressamente o Código do Procedimento Administrativo a ele se refere enquanto princípio da proporcionalidade¹²⁴, e no que toca à atividade administrativa, também a Constituição da República Portuguesa¹²⁵. Em suma, quando a análise se prende com a conformidade de atos da Administração, manifestamos a nossa preferência à denominação de proporcionalidade. Inversamente, quando a análise é estritamente Constitucional, preferimos a denominação de proibição do excesso.

II. Como bem se compreenderá, o princípio da proporcionalidade, afigura-se como a primeira instância de controlo da atividade discricionária da Administração¹²⁶. Na verdade, não se trata apenas de um limite ao controlo da atividade discricionária da Administração, mas também de impedir que essa resvale para uma espécie de discricionariedade total da administração, em casos de necessidade de atuação urgente¹²⁷, por mais complexa que esta seja, em virtude da incerteza científica que lhe subjaza¹²⁸. O princípio da proporcionalidade é, por isso mesmo, uma limitação aos poderes de atuação emergente da Administração¹²⁹.

O princípio da proporcionalidade vale tanto para Estado-Legislador, como para Estado-Administrador, desdobrando-se “*analiticamente em três exigências da relação entre as medidas e os fins prosseguidos*”¹³⁰. Assim, o princípio da proporcio-

¹²² Na verdade, há exemplos em que o mesmo Relator, ora opta por uma denominação, ora por outra. Cfr. o Ac. do TC n.º 484/00, de 22-11-2000, Proc. n.º 631/99 (PAULO MOTA PINTO) e, o Ac. do TC n.º 187/01 de 02-05-2001, Proc. n.º 120/95 (PAULO MOTA PINTO).

¹²³ Cfr. PEDRO MACHETE / TERESA VIOLANTE, O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional, Também em Relação com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus, in XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal, 2013, Lisboa, p. 13.

¹²⁴ Cfr. Artigo 7.º do CPA.

¹²⁵ Cfr. Artigo 266.º, n.º 2 CRP.

¹²⁶ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...*, cit., p. 211.

¹²⁷ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *O Estado de Necessidade Administrativo*, in *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*, 2020, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 39.

¹²⁸ Cfr. JOSÉ ESTEVE PARDO, *La Apelación...*, cit., p. 41.

¹²⁹ Cfr. BÖCKENFÖRDE, *The Repressed...*, cit., pp. 129-130 e CERULLI IRELLI, *Principio...*, cit., p. 376.

¹³⁰ Cfr. Ac. do TC n.º 187/01 de 02-05-2001, Proc. n.º 120/95 (PAULO MOTA PINTO).

nalidade desdobra-se na idoneidade ou aptidão; necessidade ou meio menos restritivo; e, por último em proporcionalidade em sentido estrito. A *aptidão*, vincula a Administração a escolher de entre várias, a medida que seja apta à realização do objetivo pretendido¹³¹. Pela banda da *necessidade*, referimo-nos aos meios que imponham um menor sacrifício para o destinatário da medida restritiva¹³², assumindo a inevitabilidade da existência de algum sacrifício para que se consiga alcançar o fim pretendido¹³³. Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito*, relaciona-se com a ideia de «*justa medida*», relacionando o peso do sacrifício com o «*peso específico do ganho de interesse público*»¹³⁴, devendo encontrar-se a medida proporcional de entre estes dois desideratos.

Excluímos, propositadamente, o princípio da razoabilidade desta enunciação, uma vez que, entendemos poder afirmar-se que há densidade suficiente para a sua autonomização¹³⁵. O princípio da razoabilidade, obriga a Administração a rejeitar soluções desrazoáveis, *i.e.* devem ser rejeitadas todas as decisões que sejam indefensáveis ou inaceitáveis, mercê de produzirem resultados absurdos¹³⁶. Na verdade, também a razoabilidade à semelhança da proporcionalidade, se afigura uma necessária barreira do sistema jurídico-administrativo contra o arbítrio¹³⁷. Em suma, consideramos que o princípio da razoabilidade, se trata de uma realidade paralela com o princípio da proporcionalidade, em que ambos se relacionam, mas não se chegam a encontrar.

III. O controlo que se efetua, por intermédio do princípio da proporcionalidade, enquanto principal forma de controlo do exercício discricionário da

¹³¹ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição*, 2003, Coimbra, Coimbra Editora, p. 731

¹³² Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Reimpressão de 2019, Coimbra, Almedina, p. 103.

¹³³ Cfr. ROBERT ALEX, *Constitutional Rights and Proportionality*, in *Revus Online*, 22, 2014, p. 53.

¹³⁴ Cfr. Ac. do TC n.º 360/2016, de 08-06-2016, Proc. n.º 563/2015 (ANA GUERRA MARTINS).

¹³⁵ Veja-se, por exemplo, SUZANA TAVARES DA SILVA, quando refere que: “*consagração legal expressa do princípio da razoabilidade terá um âmbito de aplicação autónomo, não se esvaziando na função de mero lastro significante de outros princípios, em particular da proporcionalidade, ou seja, rejeitamos que a razoabilidade possa ser identificada com os testes da adequação ou da necessidade das medidas*”. Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA, *O Princípio da Razoabilidade*, in *Comentários ao Novo CPA*, Coordenação: CARLA AMADO GOMES/ANA FERNANDA NEVES/ TIAGO SERRÃO, 4.ª Edição, 2015, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 211.

¹³⁶ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. 1, Reimpressão, 2020, Coimbra, Almedina, pp. 414-415.

¹³⁷ Cfr. JOSÉ PACHECO DE AMORIM, *Os Princípios Gerais da Atividade Administrativa no Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, Julho/Ago de 2013, Braga, CEJUR, p. 24.

potestas pública, não pode ser desligado dos fins, dos efeitos, da situação concreta e do contexto em que esta se verifica.

E, essa ideia, extrai-se facilmente do posicionamento do nosso STA¹³⁸ que, inspirado num Acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão¹³⁹, ao avaliar determinadas medidas considera a necessidade de um alívio no controlo do princípio da proporcionalidade, uma vez que o Direito não pode ser desligado da realidade sob pena de trilhar um caminho de incompreensão generalizada que convida ao seu desrespeito. Assim, e de forma evidente, a volatilidade da situação, as dinâmicas já documentadas do processo evolutivo das cadeias de contágio, permitem um auxílio para a conformidade ou não com o princípio da proporcionalidade.

IV. O respeito pelo princípio da proporcionalidade, obriga que a Administração relacione os fins dos atos, com os efeitos produzidos na esfera dos destinatários concretos, *i.e.* deve avaliar o ganho para a realização do interesse público que se pretende alcançar e a carga restritiva da medida, assentando na justa medida Aristotélica.

O Tribunal Constitucional, já considerou o princípio da proporcionalidade como presença assídua em todos os atos dos poderes públicos¹⁴⁰, limitando-o como um todo¹⁴¹. Assim, vincula-se a ação do poder público aos fins pretendidos, impedindo atos desnecessários, mas também, que possam ser tidos como medidas «*excessivamente onerosas ou restritivas*»¹⁴², impedido que o exercício do poder do Estado produza restrições arbitrárias e, bem-assim, excessivas¹⁴³.

Vista que se encontra a construção dogmática do Direito Administrativo da Emergência, de como ele se entrecruza com o Direito Constitucional, do nosso enquadramento jurídico-administrativo de emergência e de como ele se limita por princípios jurídico-constitucionais, como seja o princípio da legalidade e da proporcionalidade, é tempo de sintetizar conclusivamente, o que defendemos.

¹³⁸ Cfr. o Ac. do STA de 10-09-2020, Proc. n.º 088/20.8BALS (SUZANA TAVARES DA SILVA).

¹³⁹ Cfr., a Doutrina do *BVerfG*, 1 BvQ 94/20 que, fundamentalmente nos diz que a estrita observância do respeito pelo princípio da proporcionalidade, exige que se leve em linha de conta todas as circunstâncias do caso concreto, incluindo o estado atual das circunstâncias que motivaram determinada medida, sobretudo nos casos em que o ambiente pandémico se manifesta particularmente volátil.

¹⁴⁰ Cfr. Ac. do TC n.º 484/00, de 22-11-2000, Proc. n.º 631/99 (PAULO MOTA PINTO).

¹⁴¹ Cfr. Ac. do TC n.º 187/01 de 02-05-2001, Proc. n.º 120/95 (PAULO MOTA PINTO).

¹⁴² Cfr. Ac. do TC n.º 73/2009, de 11-02-2009, Proc. n.º 681/08 (VÍTOR GOMES).

¹⁴³ Cfr. Ac. do TC n.º 387/12, de 25-07-2012, Proc. n.º 500/2012 (VÍTOR GOMES).

5) *Síntese conclusiva*

I. Importa sumarizar algumas ideias-chave acerca do Direito Administrativo da Emergência antes de passarmos para o último Capítulo deste nosso estudo.

Assim, o Direito Administrativo da Emergência confere poderes administrativos para uma determinada gama de casos, ficando investido o titular da pasta governativa da Saúde – e, bem-assim, o Governo – no poder de reação em caso de crise de saúde pública como é o caso que temos experienciado ao longo destes tempos disruptivos. Não nos parece questionável a premência do evento que desencadeia a aplicação do ordenamento paralelo do Direito Administrativo da Emergência e que, seria apto a responder à emergência pandémica. Contudo, da interpretação que fazemos do nosso ordenamento emergencial, não nos parece que o nosso Direito Administrativo da Emergência na Saúde permita mais do que o recurso a privados para a complementaridade da oferta de cuidados de saúde.

Assim, como bem se compreenderá, dentro desta limitação, o nosso enquadramento jurídico-administrativo de emergência, confere poderes administrativos de ação discricionária. Sendo poderes discricionários, e ainda que vigore uma espécie de «*freedom to make mistakes*»¹⁴⁴, em que se verifica uma impossibilidade de avaliação da correção ou incorreção da ação da Administração¹⁴⁵ facultando-lhe a possibilidade de discernir qual a possibilidade que melhor realiza o interesse público¹⁴⁶, não significa que o poder discricionário seja exercido sem qualquer limitação, encontrando-se sempre limitados pelas limitações naturais da margem de livre decisão da Administração.

II. Facilmente se depreende que, as atuações do Estado ao abrigo do Direito Administrativo da Emergência, mercê das linhas antecedentes e da interpretação do Direito Constitucional no Direito Administrativo, se encontram limitadas pelo respeito pelos princípios constitucionais que disciplinam a atividade administrativa, entre eles, o princípio da proporcionalidade.

Assim, a discricionariedade criativa, ou numa outra formulação porventura mais adequada ao tempo presente, a discricionariedade excecional¹⁴⁷ que

¹⁴⁴ Cf. CHARLES KOCH, *Judicial Review of Administrative Discretion*, in George Washington Law Review, Vol. 54, 1986, p. 470.

¹⁴⁵ Cf. J. H. GREY, *Discretion in Administrative Law*, in Osgoode Hall Law Journal, Vol. 17, N.º 1, April 1979, p. 107.

¹⁴⁶ Cf. HART, *Discretion*, in Harvard Law Review, Vol. 127, N.º 2, 2013, p. 656.

¹⁴⁷ Entre nós, e com clara inspiração germânica, surge cunhada por SÉRVULO CORREIA. Sumariamente, a discricionariedade excecional (*intendiertes Ermessen*) aproxima-se da discricionariedade criativa, pelo

a abertura das normas de emergência confere à Administração, é limitável, não funcionando como uma terra sem Direito que a Administração ocupa da forma que melhor lhe aprouver.

III. Em face do paralelismo entre as situações de emergência e as situações de estado de necessidade administrativo¹⁴⁸, é possível que a derrogação discricionária de determinadas normas para uma resposta mais eficaz ao evento emergencial.

Na verdade, permite-se encontrar o fundamento legitimador da inversão das normas, numa pirâmide de prioridades determinada pela necessidade de satisfação do interesse público que brota do evento emergente, *v.g.* a prossecução do interesse público é determinada pela defesa da saúde pública, como bem jurídico prevalente, permitindo a ativação de um conjunto de mecanismos jurídicos que, de outro modo, não seriam admissíveis. Ora, se isto é verdade, não deixa de se limitar esta ação aos casos para os quais o nosso Direito Administrativo da Emergência se encontra delimitado, que se alcançam pelos cânones sempre tumultuosos da interpretação jurídica, não se admitindo uma interpretação que seja extensiva ou corretiva na aceção já enunciada.

Em suma, o nosso ordenamento de Direito ordinário para emergências, não se afigura suficientemente robusto para as situações pandémicas¹⁴⁹ admitindo, apenas, como temos vindo a analisar, o ato administrativo ablativo de requisição civil de entidades privadas no setor da saúde para uma resposta pandémica coordenada.

facto de em ambas se tratar de “*substituir casuisticamente o regime geral por uma solução ad hoc, devido à excepcional inadequação finalística daquele em face das características peculiares de uma situação concreta*”. Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Revisitando...*, cit., p. 159. Contudo, a discricionariedade criativa (*kreative Ermessen*) foi, também entre nós, cunhada por SÉRVULO CORREIA, no seu: *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, 1987, Coimbra, Almedina, p. 479. Lapidariamente, esta entende-se como aquela em que Administração tem o poder de invenção da sua decisão ou ato a praticar. Por seu turno, PEDRO COSTA GONÇALVES, refere-se à discricionariedade criativa, referindo que: “*por envolverem uma “invenção” dos efeitos jurídicos pela Administração, estas normas de programação condicional aproximam-se dos modelos de programação finalística. Ainda que apoiado numa abertura normativa de grau mais elevado, o exercício da discricionariedade de invenção de um ius singulare, para a escolha da medida a adotar*”. Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Manual...*, cit., p. 265.

¹⁴⁸ Para uma explicitação entre um caso e outro: Cfr. CARLA AMADO GOMES, *O Estado...*, cit., pp. 37-38.

¹⁴⁹ Como bem nota MARIA DA GLÓRIA GARCIA, há uma “*ausência de enquadramento jurídico formal adequado à situação de pandemia*”, o que acaba por conduzir a que “*as decisões políticas, em concreto as normativas, incorporaram saber científico sem garantias formais de natureza organizacional, funcional, procedimental*”. Cfr. MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Direito em Tempo de Pandemia*, 2021, Lisboa, Universidade Católica Editora, pp. 21-22.

No próximo capítulo, analisaremos, a forma como a Administração pode recorrer ao setor privado.

IV. O recurso ao setor privado da saúde

I. Ainda numa fase precoce da disseminação do vírus SARS-COV-2 que provoca a doença da COVID-19, todos os atores internacionais perceberam que seria essencial que os Estados convocassem todos os seus meios de resposta para fazer face aos efeitos provocados pelo descontrolo comunitário de um vírus desconhecido.

Convocar todos os meios de combate disponíveis, é sem margem para dúvidas, convocar todas as respostas de cuidados de saúde, sejam elas públicas ou privadas. Na verdade, só um trabalho coordenado entre uns e outros e de acordo com as necessidades, permite uma resposta célere e eficaz¹⁵⁰.

II. Como sabemos, o poder de recurso ao setor privado – ou, a requisição civil – não se afigura admissível, unicamente, em situações de graves crises emergenciais. Assim, não seria necessário que houvesse uma previsão pela decretação de um estado de emergência para ser uma possibilidade real, em caso de necessidade.

Ainda assim, o Presidente na República optou sempre, com nuances, por gerar a permissão de, ao abrigo do estado de exceção, de recurso à requisição civil, sendo certo que nos três primeiros estados de emergência esse era um poder amplo; sendo, contrariamente, delimitado à previa tentativa de acordo a partir do Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de novembro¹⁵¹.

Por conveniência de análise, iniciaremos o excursus pelos casos em que se alcança um acordo com os privados

¹⁵⁰ Cfr. CLÁUDIA MONGE, *Introdução...*, cit., pp. 248-249.

¹⁵¹ O artigo 4.º, al. b) do Decreto, estabelece que: “(...) podem ser utilizados pelas autoridades públicas competentes, preferencialmente por acordo, os recursos, meios e estabelecimentos de prestação de cuidados de saúde integrados nos setores privado, social e cooperativo, mediante justa compensação, em função do necessário para assegurar o tratamento de doentes com COVID-19 ou a manutenção da atividade assistencial relativamente a outras patologias”.

1) O ajuste direto emergencial

I. Como pudemos atentar nas linhas antecedentes, o Presidente da República passou a vincular o órgão executivo, a previamente tentar um acordo com as entidades privadas. O procedimento mais célere de garantir o recurso por acordo a entidades privadas, ocorre com a celebração de um contrato público entre a Administração e o ente privado.

Assim, devemos desde logo ter presente que o contrato público *per si* mais do que uma possível oportunidade de negócio – que, aliás, não deve ser uma prioridade da Administração –, deve ser tido como uma das formas pelas quais a Administração satisfaz o interesse público¹⁵². Na verdade, o recurso ao critério material de urgência para o recurso ao procedimento pré-contratual de ajuste direto, assenta na ideia segundo a qual, a disciplina típica que o legislador estatui para casos de normalidade, deve poder ser validamente afastada, quando os operadores se encontram diante de quadros factuais em que o cumprimento desses formalismos se afigurasse contraproducente¹⁵³.

II. O Código dos Contratos Públicos, prevê o procedimento pré-contratual de ajuste direto por critério material de urgência imperiosa. Sucede que, se é verdade que a importância do ajuste direto¹⁵⁴ no Direito dos Contratos Públicos, tem variado ao longo do período de vigência do Código e das suas sucessivas revisões, não é menos verdade que subsistem ainda várias possibilidades que fogem à concorrência de mercado¹⁵⁵, dos quais o ajuste direto a par da consulta prévia são exemplos de procedimentos contratuais fechados à concorrência.

O artigo n.º 24.º, n.º 1, al. c) do CCP, estabelece que: “*qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adotar-se o ajuste direto na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis*”

¹⁵² Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Uma Oportunidade Perdida... Breve apreciação crítica do Anteprojeto de Agosto de 2016 de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 118, Julho/Agosto de 2016, Braga, CEJUR, p. 4.

¹⁵³ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Teoria da Excepcionalidade Administrativa*, in *Escritos de Direito Público*, Volume I, 2019, Lisboa, Almedina, p. 124.

¹⁵⁴ Com a entrada em vigor do CCP, o ajuste direto passou a ser um procedimento central. Cfr. MARGARIDA OLZABAL CABRAL, *Procedimentos Clássicos no Código dos Contratos Públicos*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, Julho/Agosto de 2007, Braga, C.E.J.U.R., p. 16.

¹⁵⁵ Cfr. criticamente, PEDRO SÁNCHEZ, *A Revisão do Código dos Contratos Públicos – Avanço ou Retrocesso na Promoção da Concorrência*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 125, Setembro/Outubro de 2017, Braga, C.E.J.U.R., p. 6

à entidade adjudicante”. Acresce que, o legislador concedeu, ainda, ao operador público, uma autorização que permite o recurso a este mecanismo pré-contratual, desaplicando todo o arsenal de modificações pretensamente promotoras da concorrência que o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto impôs e que só por si permitiria, indagar sobre a pertinência desta parte da reforma¹⁵⁶. Esta autorização a que aludimos, consta do disposto no artigo 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, ao estabelecer que: “*para efeitos de escolha do procedimento de ajuste direto para a celebração de contratos de empreitada de obras públicas, de contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, independentemente da natureza da entidade adjudicante, aplica-se o disposto na al. c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, na sua redação atual, na medida do estritamente necessário e por motivos de emergência imperiosa*”.

Como bem se compreenderá, o agilizar do conjunto de limites, tem levado a Administração a utilizar estes mecanismos para a contratualização de entidades privadas que se encontram fora do serviço nacional de saúde para, por um lado garantir a complementaridade da oferta de cuidados de saúde; e, por outro garantir a resposta à emergência pandémica que sobrecarrega as respostas sanitárias.

Importará, ainda assim, salientar que o recurso ao ajuste direto permite a adoção de uma providência célere, num tempo que permita a resposta à satisfação das necessidades prioritárias em tempos de crise sanitária¹⁵⁷. Importa notar que tanto do regime do Código dos Contratos Públicos, como também o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, impõe ao legislador que para satisfazer o interesse público que de outra forma não seria satisfeito, a Administração se vincula a recorrer ao ajuste direto por critério material de urgência, apenas nos casos em que há uma necessidade emergente e, “*na medida do estritamente necessário*”, sendo este um “*meio necessário, indispensável ou exigível para a prossecução do fim que se pretende atingir (a prossecução de uma necessidade cuja satisfação é urgente)*”¹⁵⁸. Em suma, também o recurso ao critério material de urgência se encontra vinculado ao respeito pelo princípio da proporcionalidade.

III. Questão pertinente, será a de perceber se, uma atuação anterior à verificação factual do evento urgente, ainda que previsível para o decisor público normal, será ainda fundamento de recurso ao ajuste direto pelo critério mate-

¹⁵⁶ Não resistimos, ainda assim, a constatar que uma das disparatadas medidas da reforma de 2017 e constante do “novo” artigo 27.º-A CCP, já viu a sua vigência revogada pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.

¹⁵⁷ Cf. FREITAS DO AMARAL/MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *O Estado...*, cit., p. 494.

¹⁵⁸ Cf. PEDRO SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, 2020, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 430.

rial de urgência. Pensamos naqueles casos em que a Administração, prevendo a rápida disseminação dos contágios e esgotamento da capacidade de resposta, decide preventivamente aumentar a capacidade de resposta de modo a evitar uma triagem de casos que redunde no racionamento da prestação de cuidados de saúde¹⁵⁹. Desde logo, importa perceber em que medida é que o respeito pelo princípio da precaução, respeita o princípio da proporcionalidade e, nesse sentido, em que medida é que essa atuação é válida. Resolvido este problema, importa perceber, em que medida é que uma atuação preventiva é ainda urgente.

O princípio da precaução que preside a uma atuação preventiva, aplica-se nos campos de velada incerteza científica, *i.e.* nos campos em que perante a existência de um risco para a saúde que se identifica, mas cujo alcance se desconhece, se afigura proporcional o estabelecimento de uma determinada conduta, para se mitigar o risco identificado¹⁶⁰. Assim, num quadro de incerteza, que mercê dos inúmeros riscos desconhecidos que podem atacar a saúde pública e, como tal dificultam a tomada de decisão do decisor público médio¹⁶¹, o princípio da precaução não só respeita o princípio da proporcionalidade, como se afigura num eficaz mecanismo de mitigação do risco¹⁶².

Acresce que, se tomam como urgentes os casos em que a atuação da Administração deve ser inadiável, em função do perigo para o bem jurídico se afigurar atual e iminente¹⁶³ e, por isso o interesse público a que visa responder, ainda que preventivamente, se afigura suficientemente relevante para justificar a adjudicação urgente por meio deste procedimento¹⁶⁴, dado que a perceção da necessidade desse recurso ocorreu num momento em que se tornou impossível recorrer a outro tipo de procedimento¹⁶⁵, sendo certo que acabará sempre por se verificar o primado da proteção da saúde pública¹⁶⁶.

Na verdade, o interesse dogmático que subjaz ao estabelecimento de um acordo com o setor privado é, relativamente limitado, por isso se nos afigura mais profícuo perceber como funciona o recurso a privados e a sua compensação, mediante o recurso à requisição civil. É que, se fizemos um exercício teó-

¹⁵⁹ Cremos que a favor do racionamento de cuidados de saúde, JOÃO CARLOS LOUREIRO. *Cfr. Direito...*, cit., pp. 689-690.

¹⁶⁰ *Cfr.* JOSÉ ESTEVE PARDO, *La Apelación...*, cit., pp. 40-41.

¹⁶¹ *Cfr.* JOSÉ ESTEVE PARDO, *Privileged...*, cit., p. 123.

¹⁶² *Cfr.* CLÁUDIA MONGE, *Introdução...*, cit., p. 250.

¹⁶³ *Cfr.* MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Ajuste Directo*, in Estudos de Contratação Pública, II, Organização: PEDRO COSTA GONÇALVES, 2010, Coimbra, Coimbra Editora, p. 312.

¹⁶⁴ *Cfr.* PEDRO SÁNCHEZ, *Direito...*, cit., p. 427.

¹⁶⁵ *Cfr.* PEDRO SÁNCHEZ, *Direito...*, cit., p. 428.

¹⁶⁶ *Cfr.* CANTERO MARTÍNEZ, *La Intervención...*, cit., p. 85.

rico de imaginar que o Governo, para além de, nos decretos que regulamentam o Estado de Emergência admitir a possibilidade de recorrer à requisição civil, acabasse por avançar, efetivamente para a requisição civil, encontramos, desde logo o obstáculo de perceber como se procederia ao processo de indemnização do ente privado. Se, pelo regime do Código das expropriações, por se tratar de um ato administrativo ablativo da propriedade; ou, pelo contrário se se recorre ao regime do artigo 16.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado. Seguidamente, faremos essa avaliação, iniciando o excuro pela requisição civil.

2) *A requisição civil*

I. A requisição civil, encontra-se regulada no nosso ordenamento jurídico, no Decreto-Lei n.º 637/74, de 20 de novembro. Assim, o enquadramento legal data de um período de intensa instabilidade política, visando o objetivo de responder à “*necessidade de assegurar o regular funcionamento de certas atividades fundamentais*”.

As soluções apresentadas pelo legislador devem ser interpretadas, respeitando o seu contexto histórico, por um lado; e, levando em consideração “*as condições específicas do tempo em que é aplicada*”¹⁶⁷, por outro. Ainda assim, não deixa de ser espantoso que volvido todo este tempo, e numa matéria tão sensível, o regime jurídico vigente se mantenha praticamente intacto.

II. A definição legal de requisição civil, diz-nos que esta deve ser entendida como “*o conjunto de medidas determinadas pelo governo necessárias para, em circunstâncias particularmente graves, se assegurar o regular funcionamento de serviços essenciais de interesse público*”¹⁶⁸. Uma outra definição, porventura mais próxima da sua função dogmática, estabelece que a “*a requisição determina a translação temporária da posse de um bem de propriedade privada para uma pessoa coletiva administrativa, em virtude da sua afectação a um fim de utilidade pública e mediante o pagamento de uma indemnização*”¹⁶⁹.

Como bem se compreende, os motivos que justificam o recurso da Administração à requisição civil, devem ser muito relevantes, obrigando a que a sua fundamentação seja, também ela, forte mercê da afetação e mobilização

¹⁶⁷ *cf.* a parte final do n.º 1 do artigo 9.º CC.

¹⁶⁸ *Cf.* o n.º 1 do artigo 1.º.

¹⁶⁹ *Cf.* MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral. Atividade Administrativa*, Tomo III, 2006, Lisboa, Dom Quixote, p. 98.

de meios privados, mas também por se tratar de uma figura que permite a afetação da propriedade privada pelo Estado, e cujo recurso deve ser sempre a exceção¹⁷⁰.

O critério legal do n.º 1 do artigo 10.º, é o da possibilidade de emissão de uma Portaria que estabeleça a indemnização a pagar pelos serviços requisitados ao privado, com recurso ao critério da justa indemnização. Contudo, o n.º 3 do mesmo artigo, apresenta uma exceção a este regime, estabelecendo que, caso existam preços de tabela ou convencionados, permite-se ao operador privado de saúde cujos serviços sejam requisitados, a cobrança dos preços tabelados ou aqueles que se encontram convencionados com o serviço nacional de saúde.

Cumprirá sempre questionar qual a via adequada ao estabelecimento do *quantum* indemnizatório pela requisição. O regime jurídico aplicável será o do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado? Ou, por recurso ao Código das Expropriações? Faremos essa avaliação nas próximas linhas.

3) O critério indemnizatório

I. A consagração constitucional do direito à propriedade, garante também que os casos de requisição ou expropriação obedecem à sua previsão legal e ao pagamento de uma justa indemnização pela ablação realizada¹⁷¹.

A justeza da indemnização não preconiza qualquer critério indemnizatório, mas configura uma vinculação constitucional a que a indemnização a pagar pela requisição não seja irrisória ou desproporcional ao sacrifício imposto ao ente privado requisitado¹⁷².

II. Na verdade, o direito à indemnização é parte da liberdade de conformação do legislador, em que pode optar pelo critério da expropriação por utilidade pública, como outro qualquer “*desde que se mova dentro da razoabilidade inerente ao Estado de Direito e sem frustrar o próprio princípio da indemnização*”¹⁷³.

Em seguida analisaremos as duas possibilidades, quer o recurso ao artigo 16.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que institui o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (RRCEE), como o recurso ao disposto na Lei n.º 168/99, de 18 de setembro que institui o Código das Expropriações (CE).

¹⁷⁰ Cfr. MARIANA MELO EGÍDIO, *A Requisição...*, cit., p. 395.

¹⁷¹ Cfr. o n.º 2 do artigo 62.º CRP.

¹⁷² Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., pp. 808-809.

¹⁷³ Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 630.

a) *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*

I. Importa, desde já, indicar que o artigo 16.º do RRCEE estabelece que: “o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afetação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado”.

Assim, a estatuição legal deve ser entendida como o regime geral da compensação pelo sacrifício, para ressarcir qualquer dano que decorra de uma conduta lícita da Administração, mas que ainda assim, e motivada na satisfação do interesse público prevalecente, produza danos especiais ou anormais na esfera jurídica dos particulares¹⁷⁴.

II. A legitimidade para a perpetração do dano decorre da prossecução dos superiores interesses públicos que promovem, por um lado; e, se protegem, por outro, com a afetação dos bens dos particulares. Ou seja, é o bem coletivo que se visa proteger que reclama da Administração a intervenção com vista à proteção desse bem jurídico de valor superior¹⁷⁵.

O dano indemnizável é, portanto, aquele que decorra da especialidade e da anormalidade do dano perpetrado como prejuízo indemnizável. Isto é, o montante em que a Administração indemniza o requisitado, limita-se às consequências da perda de disponibilidade do bem, sendo de excluir os ganhos que se frustraram pela lesão¹⁷⁶.

III. Por último, o regime da compensação pelo sacrifício, encontra fundamento no princípio da igualdade perante os vários encargos públicos e, bem-assim da necessária repartição dos encargos públicos que fundamentam o direito à indemnização dos particulares afetados pela atuação lícita da Administração, como também do princípio do Estado de Direito, “que inclui o dever de reparação dos danos produzidos na esfera jurídica dos cidadãos por intervenções unilaterais das entidades públicas”¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral. Atividade Administrativa. Responsabilidade Civil Administrativa*, Tomo III, 2008, Lisboa, Dom Quixote, p. 57.

¹⁷⁵ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *A Compensação Administrativa pelo Sacrifício: Reflexões Breves e Notas de Jurisprudência*, in *Novos Estudos da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas – por Facto da Função Administrativa*, 2019, Lisboa, A.A.F.D.L Editora, pp. 63-64.

¹⁷⁶ Cfr. CARLOS CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, 2.ª Edição, 2011, Coimbra, Coimbra Editora, p. 363.

¹⁷⁷ Cfr. CARLOS CADILHA, *Regime...*, cit., pp. 360-361.

Em seguida, veremos o regime da Lei n.º 168/99, de 18 de setembro que institui o Código das Expropriações (CE).

b) O Código das Expropriações

I. O CE, estabelece de forma detalhada o regime da requisição de bens moveis e os Direitos a eles associados. Na verdade, esta é também uma decorrência do artigo 62.º, n.º 2 CRP, que trata de forma semelhante a expropriação e a requisição civil, por ambas se compreenderem como meios ablativos da propriedade privada¹⁷⁸.

O artigo 82.º, n.º 1 CE, estabelece que: “a requisição depende de prévio reconhecimento da sua necessidade por resolução do conselho de ministros, nomeadamente quanto à verificação da urgência e do interesse público e nacional que a fundamentam, observados os princípios da adequação, indispensabilidade e proporcionalidade”, investindo o requisitado no direito de receber uma justa indemnização¹⁷⁹ na esteira do disposto no artigo 62.º, n.º 2 CRP, e de forma diversa do disposto no artigo 10.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 637/74, de 20 de novembro, que estabelece os princípios a que obedece a requisição civil.

A justa indemnização que preside ao regime do Código, não visa a compensação dos benefícios do requisitante, mas ressarcir todos os prejuízos que sejam tidos como decorrentes da requisição para o requisitado¹⁸⁰.

II. Os critérios que devem ser atendidos na definição do *quantum* equivalente a uma justa indemnização são: “o período da requisição, o capital empregue para a construção ou aquisição e manutenção dos bens requisitados e o seu normal rendimento, a depreciação derivada do respetivo uso e, bem assim, o lucro médio que o particular deixe de perceber por virtude de requisição”¹⁸¹.

Uma especificidade deste regime legal, assenta na ideia de tanto o requisitado, como o requisitante, poderem acordar o montante de indemnização e os serviços a prestar. Nesse caso, seguem-se os trâmites dos artigos 33.º e seguintes do CE, ainda que com as devidas adaptações, uma vez que se trata daqueles casos em que se produz uma expropriação por acordo, ou melhor dito, de uma expropriação amigável.

¹⁷⁸ Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 807.

¹⁷⁹ Cf. o n.º 1 do artigo 84.º CE.

¹⁸⁰ Cf. o n.º 2 do artigo 84.º CE.

¹⁸¹ Cf. o n.º 3 do artigo 84.º CE.

O regime constante do Código das Expropriações encerra uma densificação legal dos efeitos da requisição, como também dos direitos e deveres da entidade beneficiária da requisição e do requisitado durante o período da requisição.

Em seguida, tomaremos posição quanto ao regime que nos parece ser aquele que melhor resolve o problema da indemnização pela requisição civil.

c) Posição adotada

I. Cremos poder afirmar com alguma segurança, que há uma preferência pela definição do *quantum* da justa indemnização por recurso ao Código das Expropriações.

Na verdade, parece-nos que numa posição ligeiramente isolada temos Sérvulo Correia, a defender o recurso ao artigo 16.º RRCEE e a indemnização pelo sacrifício. Assim, o insigne Mestre, argumenta que, em face do sacrifício que lhes foi exogenamente imposto, os particulares devem poder contar com a tutela indemnizatória que vise o ressarcimento dos encargos e danos especiais que lhes foram causados. E isto decorre, do respeito pelo princípio da igualdade perante a imposição de encargos públicos que impõem a compensação desse sacrifício, concluindo pela ativação do mecanismo de indemnização pelo sacrifício. A argumentação, culmina com o que se deve entender por indemnização pelo sacrifício, que deve ser tida como “*a compensação pela ocorrência de danos eventualmente resultante da prática de actos administrativos legais ou de operações materiais lícitas da administração que sacrifiquem, de acordo com parâmetros de juridicidade, interesses particulares ao interesse público*”¹⁸².

II. Em sentido contrário, sempre se poderá dizer, desde logo, que o regime constante do Código das Expropriações densifica de forma detalhada e clara, quais os critérios que permitem compor o que se entende por junta indemnização. Acresce, ainda, que o Código das Expropriações densifica o regime da requisição civil, ainda que apenas relativamente à sua tutela ressarcitória¹⁸³.

De igual modo, a Lei de Bases da Proteção Civil, no seu artigo 24.º, n.º 3, define que, com as necessárias adaptações, o cálculo indemnizatório deve ser realizado pelo regime do Código das Expropriações, afastando expressa e legalmente o regime da compensação pelo sacrifício¹⁸⁴. Ora, sucede que, se

¹⁸² Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Teoria...*, cit., p. 127.

¹⁸³ Cfr. artigo 80.º e ss. CE.

¹⁸⁴ Sobre este afastamento legal, CARLA AMADO GOMES refere que: “falar de responsabilidade neste domínio, só fará sentido, eventualmente, no que tange a danos provocados nos bens utilizados, por má utilização, a

por algum motivo, o Governo tivesse recorrido à requisição civil, teria sido ou durante o período em que o país se encontrava a viver um estado de exceção constitucional; ou, de outro modo, em momento em que – ainda que a sua legalidade não possa deixar de ser tida como questionável mercê dos limites que *supra* identificámos do nosso Direito Administrativo da Emergência – se encontrava declarada uma situação de calamidade nos termos da Lei de Bases da Proteção Civil, resolvendo-se o problema pela previsão normativa do n.º 3 do artigo 24.º da referida Lei.

III. Um argumento que nos parece, também ele de relevo, prende-se o entendimento material do conceito de requisição e expropriação que, como sabemos, são ambos tratados da mesma forma pela Constituição no artigo 62.º.

Sucede que, a Constituição coloca ambas em pé de igualdade, uma vez que ambas dizem respeito a atos ablativos da propriedade privada, sendo certo que os institutos obedecem a lógicas distintas num caso e noutro¹⁸⁵. Assim, e também em função disto, parece-nos ser mais consentânea com a imposição constitucional, que o legislador constitucional, assegure a tutela indemnizatória dos institutos no mesmo texto legislativo.

IV. Por fim, pode ainda defender-se que, caso o legislador do Decreto-Lei n.º 637/74, de 20 de novembro que estatui os princípios a que obedece a requisição civil, tivesse querido que a indemnização fosse calculada pelo regime da indemnização pelo sacrifício, teria remetido para os casos do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48.051, de 27 de novembro de 1967, cujo alcance era equivalente ao disposto no artigo 16.º RRCEE, que estabelece o que se deve entender por indemnização pelo sacrifício¹⁸⁶.

Estamos em crer que, a Administração recorreu ao mecanismo de requisição amigável, ou melhor dito, por acordo, no simplisticamente chamado de “*caso dos médicos alemães*” em que para uma determinada unidade o requisitado fornece equipamentos e instalações ao pessoal da entidade beneficiária, devendo estes cumprir com todas as obrigações da beneficiária. Na verdade, os médicos alemães ocuparam uma entidade privada de saúde, onde com os equipamentos desta, trataram utentes do serviço nacional de saúde, mediante um

qual deverá ser imputada a título de facto ilícito, por desrespeito de normas técnicas ou deveres de cuidado (cfr. o n.º 1 do artigo 9.º do RRCEE)”. Cfr. CARLA AMADO GOMES, Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e(m) Estado de Emergência: Dez Breves Notas, in E-Publica – Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 7, N.º 1, Abril de 2020, Lisboa, ICJP–CIDP, p. 183.

¹⁸⁵ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 807.

¹⁸⁶ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Responsabilidade...*, cit., p. 182.

acordo estabelecido, segundo cremos, nos termos do disposto no artigo 34.º CE, que estatui a requisição civil amigável.

Em suma, consideramos que o *quantum* indemnizatório deve ser estabelecido por recurso ao regime do Código das Expropriações, nos seus artigos 80.º e seguintes, ao invés do recurso ao artigo 16.º RRCE, da compensação pelo sacrifício.

V. Conclusões

I. O Direito Fundamental à Proteção da Saúde, constitucionalmente consagrado no artigo 64.º CRP, efetiva-se quer pelo serviço nacional de saúde, quer por entidades privadas que o devem complementar. Significa isto que, o sistema gizado assume a irrelevância de quem presta cuidados de saúde, bem como da forma como o Estado se responsabiliza pela sua prestação, seja ela direta, ou por recurso a entidades terceiras, desde que eles sejam efetivamente prestados ao cidadão. Assim, e ainda que a Lei de Bases atualmente em vigor, tenha amputado uma ideia de sistema nacional de saúde que engloba não só o serviço nacional de saúde, como também todas as entidades prestadoras de serviços de saúde independentemente da sua natureza, isso não significa que se altere a leitura que se realiza do texto constitucional. Quer, por seu turno, explicitar que a plasticidade do sistema Constitucional em relação à proteção da saúde, admite as mais variadas conceções das obrigações do Estado, desde as mais liberalizantes, às mais socializantes, imune aos mais variados ciclos políticos.

II. O Direito Administrativo da Emergência é uma construção jurídica assente na interpenetração do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, que permite à Administração responder a emergências específicas e prolongadas no tempo, em que os mecanismos de exceção Constitucional se afiguram desadequados, mas que ainda assim necessitam de permitir a atuação vinculada ao princípio da legalidade e da tipicidade, mas também, respeitando o princípio da proporcionalidade. Inspirando-se na exceção constitucional e, nos casos em que ela responde se limitando, o Direito Administrativo da Emergência, responde àqueles casos em que a normalidade administrativa se encontra abalada mercê de fatores externos à Administração. O poder administrativo da emergência é um poder atribuído em situações de normalidade, mediante a abertura da norma que permite a margem de atuação discricionária à Administração. O poder é atribuído a um determinado órgão administrativo para que este decida quais as medidas que melhor realizam o interesse público de resposta à situação existente que abala a normalidade.

III. Consideramos que o nosso Direito Administrativo da Emergência é composto pela Lei de Bases da Saúde, da Lei de Bases da Proteção Civil e do Sistema de Vigilância em Saúde Pública. Assim, consideramos que a aplicação conjugada destas, constitui apenas enquadramento suficiente para recorrer ao setor privado da saúde por meio de requisição civil. E isto sucede porque todos os poderes emergenciais exercidos pela Administração estão vinculados ao princípio da legalidade e da proporcionalidade, não sendo admissível que mercê de uma interpretação extensivo-corretiva da Lei se garanta que esta seja apta ao estabelecimento de qualquer extrapolação para soluções diversas da requisição civil. Admitimos, como ensina Rogério Soares, que a legislação de emergência possa corromper o conceito de lei, mas a verdade é que para as funções que esta cadeia normativa foi utilizada, apenas uma lei de emergência sanitária, poderia responder. O nosso Direito Administrativo da Emergência é, por isso mesmo, limitado aos casos para que foi idealizado, sendo certo que, nenhum deles, corresponde a emergências de saúde pública e, como tal, as situações que com ele foram fundamentadas, não o deviam ter sido.

IV. O recurso ao setor privado, mercê da escolha político-legislativa da Lei de Bases que se encontra em vigor, apenas pode ser feito por acordo, nos casos em que há fundada incapacidade de resposta do serviço nacional de saúde e mediante autorização fundamentada, podendo nomeadamente recorrer-se ao procedimento pré-contratual de ajuste direto fundado no critério material de urgência imperiosa – como acabou por ser a regra no decurso da pandemia – ou, nos casos em que não se consiga alcançar acordo, motivada por circunstâncias excecionais para assegurar a regular prestação de cuidados de saúde, com recurso ao mecanismo de requisição civil, mediante o pagamento de uma «*justa indemnização*». cremos, poder ainda dizer-se que há casos em que suspeitamos ter-se verificado um mecanismo dogmaticamente interessante de requisição civil amigável, nos termos do disposto nos artigos 33.º e seguintes do Código das Expropriações, quando o Estado recorreu a uma entidade de saúde privada para colocar profissionais de saúde estrangeiros a atender utentes do serviço nacional de saúde, o «*caso dos médicos alemães*».

V. Entendemos que o estabelecimento do *quantum* indemnizatório da justa indemnização a que a Administração se encontra vinculada sempre que recorra a um mecanismo de requisição civil deve ser aferida nos termos do disposto nos artigos 80.º e seguintes do Código das Expropriações, em detrimento do mecanismo de compensação pelo sacrifício do artigo 16.º RRCEE.

A ineficácia da tutela dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional em Moçambique

EDSON DA GRAÇA FRANCISCO MACUÁCUA*

SUMÁRIO: 1. *A jurisdição constitucional.* 2. *A jurisdição constitucional em Moçambique.* 3. *A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional em Moçambique.* 4. *Críticas ao sistema de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional.* Conclusão. *Bibliografia e outras referências.*

RESUMO: O presente trabalho tem como objecto de estudo a tutela dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional em Moçambique. Com efeito, não basta o elencamento de um catálogo de direitos fundamentais, sem que haja mecanismos de tutela efectiva para a sua materialização. Neste prisma, o presente trabalho procura aferir a eficácia dos mecanismos jurisdicionais de tutela dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional. Num olhar crítico ao sistema apresentam-se as fragilidades que concorrem para uma tutela deficiente dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional em Moçambique.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça constitucional, jurisdição constitucional, direitos fundamentais, Conselho Constitucional e Recurso de Amparo.

ABSTRACT: The purpose of this study is to look into the protection of fundamental rights by Mozambique's constitutional jurisdiction. Indeed, it does not suffice to develop a bill of fundamental rights if there is no mechanism in place for an effective oversight to ensure compliance. In this regard, this study seeks to ascertain the effectiveness of the jurisdictional mechanisms for the oversight of fundamental rights through constitutional jurisdiction. A critical look at the system points

* Pós-Doutorando em Direito na Universidade de Lisboa, Docente Universitário e Advogado.

to weaknesses that lead to an ineffective oversight of the fundamental rights by Mozambique's constitutional jurisdiction.

KEY-WORDS: Constitutional Justice, Constitutional Jurisdiction, Fundamental Rights, Constitutional Council and Appeal for Protection.

1. A jurisdição constitucional

A jurisdição constitucional, nasce com o fim do absolutismo e o triunfo do constitucionalismo, com a consequente preocupação de limitação e democratização do poder político e a garantia de tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos, isto é, a protecção da dignidade da pessoa humana.

As origens da justiça constitucional se encontram na experiência norte-americana do judicial review of legislation¹. Sem estar directamente previsto na Constituição, torna-se realidade graças a actividade da Suprema Corte, originalmente concebida como órgão judiciário fundamentalmente de última instância, competente para reexaminar as controvérsias definitivamente decididas por juiz federal, ou por juízes estaduais em determinadas condições, bem como para decidir, em única instância, certas questões de direito publico².

A justiça constitucional surge precisamente com a finalidade de fornecer uma garantia efectiva da Constituição³. Garantia para a qual concorrem não apenas os sistemas de fiscalização da constitucionalidade, cujos contornos são definidos por cada um dos ordenamentos jurídico constitucionais, mas também pelo regime jurídico da desvalorização das condutas inconstitucionais, espelhado na inaptidão das mesmas para produzirem cabalmente os exactos efeitos jurídicos que, em termos normais, lhes correspondem⁴.

A jurisdição constitucional tem por objectivo concretizar a ordem jurídica e impor, através do Poder Judiciário, o cumprimento das normas que por exigência do direito vigente, devem regular as mais diversas situações jurídicas⁵.

¹ SAULLE, Panizza, *A Legitimidade das Cortes. Entre Modelos de justiça constitucional e Critérios de Composição, Organização e Funcionamento*, in Roberto Ramboli e Marcelo Labada Correa de Araújo (orgs.), *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional e dos Direitos Fundamentais*, Arras Editores, Belo Horizonte, 2015, p. 60.

² *Ibidem*, pp. 60 e 61.

³ RIBEIRO, Lúcia da Luz, *Fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade no direito moçambicano*, 2021, p. 99.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

Esta é designada de jurisdição constitucional por envolver essencialmente a resolução de conflito de normas tendo como parâmetro a Constituição⁶.

A relevância da jurisdição constitucional nos nossos dias justifica que alguma doutrina considere que é mais necessária uma jurisdição constitucional do que um mero texto constitucional⁷. Outros autores sustentam que um tal entendimento acaba por desvalorizar a importância do texto e da cultura constitucional vigente⁸.

Nos inícios do século passado, uma das questões que mais fascinaram os cultores da Teoria da Constituição foi a de saber quem deveria ser o guardião da Constituição⁹. Se Carl Schmitt preferia uma forma de controlo político entregue ao Chefe de Estado, Hans Kelsen propôs a criação de um modelo de justiça constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), mediante a instituição de um tribunal especializado na resolução de conflitos constitucionais¹⁰.

O controlo jurisdicional da constitucionalidade foi amplamente acolhido, quer na modalidade de controlo difuso, a cargo de todos os tribunais, quer na modalidade de controlo centrado numa jurisdição constitucional criada para este efeito¹¹. A confirmar o sucesso do controlo judicial da constitucionalidade, em especial do modelo austríaco, as sucessivas “vagas” de criação de tribunais constitucionais, que se multiplicaram no mundo Ocidental, na Europa de Leste e em vários Estados da América Latina, em especial após as duas Guerras Mundiais e a Queda do Muro de Berlim¹². Será que a imensa confiança na

⁶ *Ibidem*, pp. 99 e 100.

⁷ MEZZANOTTE, Carlos, “*Le fonti tra legittimazione e legalità*”, *Queste Istituzione*, 1991, pp. 50-59, citado por Catarina Santos Botelho, *O lugar do Tribunal Constitucional no século XXI: Os limites funcionais da justiça Constitucional na relação com os demais tribunais e o legislador*, in *Revista Julgar*, n.º 34/2018, p. 112.

⁸ TRIBE, Laurence H., “Taking Text Structure Seriously – Reflections on Freeform Method in Constitutional law interpretation”, *Hanse Law Review*, 108, 1995, pp. 1221-1303, citado por Catarina Santos Botelho, *O lugar do tribunal constitucional no século XXI: Os limites funcionais da justiça constitucional na relação com os demais tribunais e o legislador*, in *Revista Julgar*, n.º 34/2018, P. 112.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Desenvolvidamente, URBANO, Maria Benedita, *Curso de Justiça Constitucional – Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*, Almedina, 2016, pp. 28-35, citado por Catarina Santos Botelho, *O lugar do tribunal constitucional no século XXI: Os limites funcionais da justiça constitucional na relação com os demais tribunais e o legislador*, in *Revista Julgar*, n.º 34/2018, p. 112.

¹² VALLINDER, Torbjorn, “When the courts go marching in”, *The global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995, pp. 13-26. Sobre as “vagas” de criação de tribunais constitucionais, cfr. GROUPE, Tânia, “Introduzione: alla ricerca di un modello europeo di giustizia costituzionale” (ed. Marco Olivetti) *La giustizia costituzionale in Europa*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 1-23, citado por Catarina Santos Botelho, *O lugar do tribunal constitucional no século XXI: Os limites funcionais da justiça constitucional na relação com os demais tribunais e o legislador*, in *Revista Julgar*, n.º 34/2018, p. 112.

justiça constitucional esconde uma desconfiança no normal funcionamento do poder político nas democracias contemporâneas? É uma questão pertinente e que merece ampla reflexão¹³.

Mais recentemente porem, o sucesso da expansão da justiça constitucional tem sido, em alguns Estados, obscurecido por experiências não democráticas ou democráticas liberais associadas a fenómenos populistas¹⁴. Com efeito a situação na Polónia, na Turquia ou até na Roménia evidencia verdadeiras crises de identidades das suas jurisdições constitucionais¹⁵.

A afirmação do carácter jurídico das constituições e da sua supremacia, com a consequente subordinação e dever de respeito ao texto constitucional por parte de todos os poderes públicos (e actos por eles praticados), dá origem à necessidade de controlo dessa subordinação e desse dever de respeito, ou, se se preferir, dá origem à justiça autónoma, ou pelo menos específica, em relação à justiça civil, penal, administrativa¹⁶, etc.

A subordinação genérica do Poder à juridicidade de muito pouco serviria se, perante cenários de violação dessa vinculação, a ordem jurídica não tivesse meios de mecanismos judiciais de controlo da conformidade jurídica de actuação do Poder é uma exigência de um verdadeiro Estado de Direito¹⁷.

Se, num primeiro momento, esse controlo judicial da actuação do Poder é feito em nome da sua vinculação à legalidade, traduzindo uma função objectivista de fiscalização da subordinação das decisões jurídico-públicas ao Direito, a verdade é que, num segundo momento, esse controlo torna-se instrumento de tutela de posições jurídicas subjectivas lesadas pela actuação do Poder desconforme com a normalidade vinculativa, passando a fiscalização judicial a assumir também uma função subjectivista¹⁸.

Em qualquer dos modelos, no entanto, torna-se evidente que a garantia do Estado de Direito nunca pode prescindir de uma dimensão adjectiva ou processual, residindo na intervenção de controlo dos tribunais a ultima garantia da

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ ISSACHAROFF, Samuel, *Fragile Democracies: Contested Power in an Era of Constitutional Courts*, Cambridge University Press, 2015, pp. 189-213, e PINNELLI, Cesare, "The Populist Challenge to Constitutional Democracy", *European Constitutional Law Review*, 7, 2011, pp. 5-16, p. 13, citado por Catarina Santos Botelho, *O lugar do tribunal constitucional no século XXI: Os limites funcionais da justiça constitucional na relação com os demais tribunais e o legislador*, in *Revista Julgar*, n.º 34/2018, p. 112.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ URBANO, Maria Benedita, *Curso de Justiça Constitucional, Evolução Histórica e Modelos de Controlo de Constitucionalidade*, p. 16.

¹⁷ OTERO, Paulo *Direito Constitucional Português*, Volume I, *Identidade Constitucional*, 2010, 94.

¹⁸ *Ibidem*.

efectiva limitação do Poder, sancionando o arbítrio e a prepotência do decisor público¹⁹.

2. A jurisdição constitucional em Moçambique

A jurisdição constitucional em Moçambique, nasce com a Constituição de 1990, com a consagração do Estado de Direito Democrático e a consequente proclamação do princípio da supremacia da constitucionalidade, da separação de poderes, dos direitos fundamentais e da fiscalidade da constitucionalidade.

A fiscalização da constitucionalidade das leis é o meio mais importante (não o único) de conferir garantia aos direitos consignados nas normas constitucionais, se bem que, como se sabe, a sua história seja muito diferente nos Estados Unidos, na Europa e no resto do mundo e se bem que apenas a partir da segunda metade do século XX se tenha tomado plena consciência do nexo incidível entre justiça constitucional e direitos fundamentais²⁰.

O modelo de controlo da constitucionalidade adoptado em Moçambique é jurisdicional e concentrado, com reenvio prejudicial e sem recurso de amparo.

O modelo de fiscalização da constitucionalidade é jurisdicional, pois a competência para a fiscalização está entregue a um órgão jurisdicional que é o Conselho Constitucional, que apesar de não ser formalmente denominado Tribunal é constitucionalmente definido como órgão de soberania, ao qual compete especialmente administrar a justiça, em matérias de natureza jurídico-constitucional, sendo por isso um órgão jurisdicional, e é concentrado com reenvio prejudicial, pois os poderes de decisão para efeitos de declaração da inconstitucionalidade, são exclusivamente reservados ao Conselho Constitucional (n.º 1 do artigo 240 e alínea a) do n.º 1 do artigo 243), pese embora os Tribunais tenham a prerrogativa de recusar a aplicação de uma lei com fundamento na sua inconstitucionalidade (artigo 213 da CRM), estes não decidem, suspendem o julgamento e enviam ao Conselho Constitucional, o qual ao se pronunciar obriga a que o tribunal a quo se conforme, julgando o caso em conformidade com a decisão do Conselho Constitucional.

No quadro do sistema moçambicano de fiscalização da Constitucionalidade, o Conselho Constitucional é definido no n.º 1 do artigo 240 da CRM, como o órgão de soberania, ao qual compete especialmente administrar a Justiça, em matéria de natureza jurídico-constitucional, e os tribunais judiciais são

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., 2017, p. 41.

investidos de poder de participar na fiscalização concreta, mas sem poder de decisão definitiva, pelo poder que lhes é conferido pelo artigo 213 da CRM de nos feitos submetidos a julgamento recusarem a aplicação de uma lei com fundamento na sua inconstitucionalidade.

Do ponto de vista da protecção da ordem Constitucional, o que é também designado, na esteira da respectiva expressão francesa, por “bloco da constitucionalidade, a fiscalização da constitucionalidade assume-se como total, pois que tudo o que ali se integra – os princípios e as normas constitucionais – serve de parâmetro aferidor do respectivo juízo Jurisdicional²¹.

De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 240 da CRM, o Conselho Constitucional é o órgão de soberania ao qual compete especialmente administrar a justiça, em matéria de natureza jurídico-constitucional aprecia e declara, com a força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das leis e a ilegalidade dos demais actos normativos dos órgãos do Estado, em qualquer momento da sua vigência. Como se pode depreender a capacidade de cognição do Conselho Constitucional limita-se aos actos normativos dos órgãos do Estado, o que deixa de fora os actos de natureza política e administrativa, o que limita o campo de intervenção do Conselho Constitucional na tutela efectiva dos direitos fundamentais.

De acordo com o plasmado no n.º 2, do artigo 244 da CRM, pode solicitar ao Conselho Constitucional a declaração de inconstitucionalidade das leis ou de ilegalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado:

- a) O Presidente da República;
- b) O Presidente da Assembleia da República;
- c) Um terço, pelo menos, dos Deputados da Assembleia da República;
- d) O Primeiro-Ministro;
- e) O Procurador-Geral da República;
- f) O Provedor da Justiça;
- g) Dois mil cidadãos.

Como se pode depreender, o cidadão individualmente considerado não tem legitimidade para solicitar a declaração da inconstitucionalidade, pois só dois mil cidadãos o podem fazer, o que configura uma limitante no acesso a justiça constitucional pelo cidadão, pois não é fácil mobilizar dois mil cidadãos para a subscrição da solicitação da declaração da inconstitucionalidade.

²¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Moçambique*, 2015, p. 542.

Desde a criação formal do Conselho Constitucional em 1990, só deram entrada três petições subscritas por dois mil cidadãos, e no caso em apreço só foram possíveis pois os requerentes foram organizados por organizações da sociedade civil que possuem uma estrutura organizacional, recursos humanos, materiais e financeiros que permitem a mobilização dos cidadãos e o impulso do processo.

De acordo com Jorge Bacelar Gouveia, os interesses visados pelos processos judiciais em geral, assim como pelos processos constitucionais em especial, podem ser de duas índoles contrapostas²²:

- *Interesses públicos*, ligados à defesa da constitucionalidade objectiva, na mediada em que por seu intermédio se preserva um modelo geral de ver a organização política do Estado e da sociedade, plasmado na Ordem Constitucional, que é de todos;
- *Interesses privados*, relacionados com a protecção de posições individuais, ainda que mediatizadas pela protecção constitucional geral, na certeza de que também ao nível do Direito Constitucional se protegem direitos individuais.

Os elementos que é possível colher dos diversos processos de fiscalização da constitucionalidade apontam para as duas perspectivas que assim tornam o sistema moçambicano um sistema misto, público e privado de fiscalização²³:

- Prevalece um interesse público no caso essencialmente público, considerando-se também o papel que cabe ao Ministério Público nos recursos de inconstitucionalidade;
- Prevalece um interesse privado quando a legitimidade processual se restringe as partes e quando os efeitos se limitam ao caso julgado produzido.

Segundo afirma J.J. Gomes Canotilho, a Justiça Constitucional é hoje também um amparo para a defesa de direitos fundamentais, possibilitando aos cidadãos, em certos termos e dentro de certos limites, o direito de recurso aos tribunais constitucionais, a fim de defenderem, de forma autónoma, os direitos fundamentais violados ou ameaçados (a justiça Constitucional no sentido de «Jurisdição da liberdade»)²⁴. É aqui que vem encontrar institutos como os da

²² GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Moçambique*, 2015, p. 548.

²³ *Ibidem*.

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, pp. 893-894.

Verfassungsbeschwerde alemã, o recurso de amparo hispano-americano e os mandados de segurança e injunção brasileiros²⁵.

De acordo com o estabelecido no n.º 1 do artigo 243 da CRM, compete ao Conselho Constitucional:

- a) Apreciar e declarar a inconstitucionalidade das leis e a ilegalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado;
- b) Dirimir conflitos de competências entre os órgãos de soberania;
- c) Verificar previamente a constitucionalidade dos referendos;
- d) Apreciar e deliberar sobre a demissão do Governador de Província e do Administrador de Distrito, pelo Presidente da República;
- e) Apreciar e deliberar sobre a dissolução das assembleias provinciais, distritais e autarquias, pelo Conselho de Ministros.

O n.º 2 do dispositivo constitucional supracitado, adita que cabe ainda ao Conselho Constitucional:

- a) Verificar os requisitos legais exigidos para as candidaturas a Presidente da República;
- b) Declarar a incapacidade permanente do Presidente da República;
- c) Verificar a morte e a perda de mandato do Presidente da República;
- d) Apreciarem última, os recursos e as reclamações eleitorais, validar e proclamar os resultados eleitorais nos termos da lei;
- e) Decidir, em última instancia, a legalidade da constituição dos partidos políticos e suas coligações, bem como apreciar a legalidade das suas denominações siglas, símbolos e ordenar a respectiva extinção nos termos da Constituição e da lei;
- f) Julgar as acções de impugnação de eleições e de deliberação dos órgãos dos partidos políticos;
- g) Julgar as acções que tenham por objecto o contencioso relativo ao mandato dos deputados;
- h) Julgar as acções que tenham por objecto as incompatibilidades previstas na Constituição e na lei.

Portanto, o modelo de fiscalização da constitucionalidade tem as seguintes características:

²⁵ *Idem*, p. 894.

- É jurisdicional, pois o órgão especializado encarregue pela fiscalização da constitucionalidade é o Conselho Constitucional, um órgão de natureza jurisdicional;
- Concentrado com reenvio prejudicial, pois o Conselho Constitucional é o órgão com competência exclusiva para declarar a inconstitucionalidade dos actos normativos, sendo que os tribunais comuns, incluindo o tribunal supremo, em sede do julgamento tem a prerrogativa de recusar a aplicação de uma lei, com o fundamento na sua inconstitucionalidade, mas não tem competência para decretar a sua inconstitucionalidade, pois tem a obrigação de suspender o julgamento e remeter o processo ao Conselho Constitucional, o qual é o único com competência para declarar a sua inconstitucionalidade, ficando o tribunal *a quo* vinculado à decisão do Conselho Constitucional;
- É uma fiscalização preventiva e sucessiva, sendo que a preventiva só pode ser impulsionada pelo Presidente da República entre a aprovação e a promulgação da lei, enquanto que a sucessiva, pode ser desencadeada pelo Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, um terço, pelo menos, dos deputados da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o Procurador Geral da República, o Provedor de Justiça e por iniciativa de dois mil cidadãos;
- É uma fiscalização concreta e geral, sendo que a concreta pode ser solicitada por iniciativa dos tribunais em sede de um julgamento e a geral e abstracta pode ser solicitada por iniciativa do Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, um terço, pelo menos, dos deputados da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o Procurador Geral da República, o Provedor de Justiça e por dois mil cidadãos;
- Uma fiscalização da inconstitucionalidade por acção, pois não inclui a fiscalização por omissão, limitando-se apenas à fiscalização da violação da Constituição por acção;
- Uma fiscalização da inconstitucionalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado, que não abrange a inconstitucionalidade por violação dos direitos fundamentais ou por actos não normativos;
- Não permite o acesso individual dos particulares, pois só dois mil cidadãos podem solicitar a declaração da inconstitucionalidade;
- Não permite a queixa constitucional, ou reclamação constitucional ou ainda o recurso de amparo.

3. A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional em Moçambique

A Constituição Moçambicana não consagra textualmente o direito de acesso ao direito e a tutela jurisdicional afectiva, como sucede no artigo 20 da Constituição da República Portuguesa e no artigo 29.º da Constituição da República Angolana.

Apesar de não consagrar explicitamente o direito de acesso ao direito e a tutela jurisdicional efectiva, a constituição moçambicana, consagra no artigo 62, o direito de acesso aos tribunais e estabelece no seu n.º 1 que o Estado garante o acesso dos cidadãos aos tribunais e garante aos arguidos o direito de defesa e o direito à assistência jurídica e patrocínio judiciário e no n.º 2, acresce que o arguido tem o direito de escolher livremente o seu defensor para o assistir em todos os actos do processo, devendo ao arguido que por razões económicas não possa constituir advogado ser assegurada à adequada assistência jurídica e patrocínio judicial.

O artigo 69 da Constituição da República, consagra o direito de impugnação e confere ao cidadão o direito de impugnar os actos que violem os seus direitos estabelecidos na Constituição e nas demais leis.

No artigo 70, a Constituição da República, concede aos cidadãos, o direito de recorrer aos tribunais e dispõe que o cidadão tem direito de recorrer aos tribunais contra os actos que violem os seus direitos e interesses reconhecidos pela Constituição e pela lei.

O título III da Constituição da República apresenta um extenso catálogo de direitos, deveres e liberdades fundamentais, de natureza política, económica, social e cultural.

A questão que se suscita é: quais são os mecanismos definidos para a garantia de uma tutela efectiva dos direitos fundamentais pela jurisdição Constitucional?

Não basta enumerar, definir, explicitar, assegurar só por si direitos fundamentais, é necessário que a organização do poder político e toda a organização constitucional estejam orientados para a sua garantia e a sua promoção²⁶.

Transcrevendo uma fórmula lapidar da Declaração Universal (do seu preâmbulo)²⁷: «É essencial a protecção dos direitos do homem através de um regime de direito para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão».

²⁶ MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., 2017, p. 245.

²⁷ *Idem*, p. 246.

O eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da tutela jurisdiccional dos direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica²⁸.

Porém, o Estado de Direito acrescenta algo mais, 1) a reserva de jurisdição dos tribunais, órgãos independentes e imparciais, com igualdade entre as partes, e que decidem segundo critérios jurídicos; 2) a possibilidade de os cidadãos se dirigirem ao tribunal para a declaração e a efectivação dos seus direitos não só perante outros particulares mas também perante o Estado e quaisquer entidades públicas²⁹.

Por definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, protecção jurisdiccional³⁰. Só assim valerão inteiramente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos económicos, sociais e culturais³¹.

A protecção dos direitos fundamentais consubstanciava e ainda hoje consubstancia um limite ao poder político e, simultaneamente, um objectivo dessa limitação³². Um limite, na medida em que o seu devido cumprimento restringe o espaço de actuação livre dos detentores do poder executivo³³. E um objectivo, uma vez que o principal desígnio da limitação de poderes nunca deixou de ser o de tutelar os direitos fundamentais, e, com isso, a dignidade da pessoa humana, limite e objectivo que, em suma, condicionam a actuação do poder político que terá que respeitar os direitos fundamentais – e configuram mais uma razão justificativa para a necessidade do controlo da constitucionalidade. Afirmar Cappelletti, precisamente, que “A exigência do controlo da constitucionalidade tornou-se particularmente pressionante no que toca às normas consagradas dos direitos fundamentais do homem...”³⁴. De idêntico modo, Favoreau sustenta que a protecção dos direitos fundamentais é uma das principais razões do controlo jurisdiccional das leis e historicamente foi a justificação para a criação da justiça constitucional na Alemanha e na Itália³⁵.

O verdadeiro valor jurídico e social dos direitos fundamentais traduz-se numa palavra: efectividade, ou seja, realização e protecção efectiva dos bens

²⁸ *Idem*, p. 391.

²⁹ *Idem*, pp. 391 e 392.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Idem*, p. 392.

³² URBANO, Maria Benedita, *Curso de Justiça Constitucional, Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*, 2.ª ed., 2016, p. 22.

³³ *Ibidem*.

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro, *Necessité et légitimité*, p. 647, citado por Maria Benedita Urbano, *Curso de Justiça Constitucional*, 2016, p. 22.

³⁵ FAVOREAU, Louis, *Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale*, p. 1198, citado por Maria Benedita Urbano, *Curso de Justiça Constitucional*, 2016, p.22.

e interesses básicos da pessoa humana³⁶. Ora, se esta efectividade, de facto, em primeira linha, tem de estar articulada com um conjunto de pressupostos reais (os chamados pressupostos dos direitos fundamentais), ela depende em larga medida da existência, do prestígio social efectivo e do bom funcionamento de um sistema jurisdicional capaz de fazer garantir aquele valor³⁷.

Em que consiste, pode perguntar-se, a tutela jurisdicional efectiva no âmbito de um Estado de Direito? A pergunta é da autoria de Paulo Otero, o qual afirma que a simplicidade da pergunta não pode esconder a complexidade da respectiva resposta³⁸:

- i. A tutela jurisdicional efectiva determina, antes de tudo, que a cada posição jurídica subjectiva corresponda sempre a existência de uma acção ou meio processual de garantia junto dos tribunais;
- ii. A tutela jurisdicional efectiva pressupõe a existência de tribunais para defesa das posições jurídicas subjectivas das pessoas (artigos 62 e 70 ambos da Constituição da República de Moçambique), o controlo objectivo da violação da juridicidade e o dirimir de conflitos de interesses (artigo 211, n.º 2 da CRM);
- iii. O acesso aos tribunais nunca pode ser denegado por carência de meios económicos (artigo 62, n.º 2 da CRM), incluindo o reconhecimento a todos de um direito ao patrocínio judiciário (artigo 59, n.º 3 da CRM), envolvendo a tutela jurisdicional efectiva, desde logo, uma dimensão prestacional fáctica que passa também pela existência de meios humanos tendentes a garantir o real acesso aos tribunais³⁹;
- iv. A efectividade da tutela jurisdicional pressupõe que exista uma decisão sobre a causa em prazo razoável, incluindo medidas cautelares dotadas de celeridade e prioridade;
- v. No âmbito criminal, a tutela jurisdicional efectiva nunca dispensa a presunção de inocência do arguido (artigo 59, n.º 2 da CRM), a irretroactividade da lei incriminadora (artigo 57 e 60, n.º 2 da CRM), nem a proibição da aplicação de pena ou medida de segurança mais grave do que a existente à data da conduta em causa (artigo 59, n.º 3 da CRM),

³⁶ José Melo Alexandrino, *Os Tribunais e a Defesa dos Direitos Fundamentais: Reflexões em torno da experiência Cabo-Verdiana*, in José Melo Alexandrino, *Elementos de Direito Lusófono*, 2011, p. 191.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ OTERO, Paulo, *Direito Constitucional Português*, Volume I, *Identidade Constitucional*, 2010, p. 95.

³⁹ Neste último sentido e para mais desenvolvimentos, cfr. DUARTE, Ronnie Preuss, *Garantia de Acesso à Justiça*, pp. 139 ss.

- tal como impõe que a causa seja decidida pelo tribunal cuja competência estava fixada em lei anterior (artigo 65, n.º 4 da CRM);
- vi. A tutela jurisdicional efectiva exige um processo equitativo significando isto, nos termos da doutrina⁴⁰ e da jurisprudência do Tribunal Constitucional⁴¹, o seguinte:
- Direito à igualdade de armas ou igualdade no processo, sendo proibidas as diferenças de tratamento arbitrárias;
 - Direito ao contraditório, envolvendo a possibilidade de cada uma das partes invocar as razões de facto e de direito, oferecer provas, controlar a admissibilidade e a produção das provas da outra parte e pronunciar-se sobre o valor e o resultado de uma e outra;
 - Direito a prazos razoáveis de acção e de recurso, sendo proibidos os prazos de caducidade demasiados exíguos;
 - Direito à fundamentação das decisões;
 - Direito de conhecimento dos dados de processo (dossier);
 - Direito à prova;
 - Direito a um processo orientado para a justiça material;
- vii. O processo equitativo envolve ainda independência do tribunal (artigo 203 da CRM) e imparcialidade do juiz⁴²;
- viii. Igualmente reconduzível à noção de processo equitativo, enquanto expressão de uma tutela jurisdicional efectiva, se deve ter a admissibilidade de recurso de todas as decisões judiciais proferidas em primeira instância;
- ix. A tutela jurisdicional efectiva determina ainda em nome da segurança e da confiança, a estabilidade das decisões judiciais: a imodificabilidade do caso julgado é corolário de uma tutela jurisdicional efectiva e não meramente provisória;
- x. A tutela jurisdicional efectiva exige que a decisão dos tribunais, prevalecendo sobre as que quaisquer outras autoridades (artigo 205, n.º 2 da CRM), sejam obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas (artigo 205, n.º 2 da CRM), exigindo mecanismos sancionatórios para os responsáveis pelas situações de inexecução (artigo 205, n.º 3 da CRM).

⁴⁰ Cfr. CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, p. 415.

⁴¹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 346/09, de 8 de Julho 2009, relativo ao processo n.º 540/07, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acórdãos>.

⁴² Cfr. artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Assim, no plano objectivo, o princípio da tutela jurisdicional envolve⁴³:

- O princípio do contraditório (artigo 65 da CRM, formulado a propósito do processo penal, embora extensivo, por paridade de razão, a todas as demais formas de processo);
- O princípio do juiz natural ou legal – nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior (n.º 4 do artigo 65 da CRM), o que envolve, mais amplamente, a reserva de decisão de que qualquer juiz quanto aos actos da sua competência⁴⁴;
- O princípio da independência dos tribunais e dos juízes (artigo 216 da CRM)⁴⁵;
- O princípio da fundamentação das decisões que não sejam de mero expediente (artigo 205 n.º 1, e ainda artigo 214 da CRM);
- A obrigatoriedade e a executoriedade das decisões e a sua prevalência sobre as de quaisquer outras autoridades (artigo 214 da CRM);
- A consagração de medidas cautelares adequadas, como garantia de tutela jurisdicional efectiva (artigo 62 da CRM);
- O respeito pelo caso julgado.

E também envolve⁴⁶:

- A adequada protecção do segredo de justiça;
- A publicidade das audiências dos tribunais (n.º 2 do artigo 65 da CRM).

Em especial, quanto à fundamentação, observe-se que ela surge como inerente à própria função jurisdicional: *jurisdictio*, dizer o Direito, declarar a norma aplicável ao caso, determinar o porque da norma e estabelecer a sua relação com o caso; que constitui garantia do direito de recurso para grau superior (quando este exista); e que serve de contrapartida da irresponsabilidade dos juízes pelos seus actos⁴⁷.

⁴³ MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 2017, p. 394.

⁴⁴ Cfr. CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição...*, I, cit., p. 525, citado por Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, 2017, p. 394.

⁴⁵ V. DIAS, Jorge de Figueiredo, *A “prestação” a um juiz independente como expressão do relacionamento democrático entre o cidadão e a Justiça*, in *Sub Judice*, n.º 14, 1999, pp. 27 e segs., citado por Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, 2017, p. 394.

⁴⁶ MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 2017, p. 395.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 2017, p. 395.

Inspirados no labor de Jorge Miranda, relativamente ao sistema português, podem se elencar na ordem Constitucional como verdadeiros direitos, liberdades e garantias os seguintes⁴⁸:

- O direito de acesso ao tribunal para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos (artigos 62, 70 e n.º 3 do artigo 252, todos de CRM)
- ou seja, o direito de acção – a outra face do princípio;
- O direito ao juiz natural (n.º 4 do artigo 65 da CRM);
- O direito ao patrocínio judiciário (artigo 62 da CRM);
- O direito a um processo equitativo;
- O direito a decisões em prazo razoável, com especialíssima acuidade em processo penal;
- O direito à fundamentação das decisões que não sejam de mero expediente;
- O direito a recurso das decisões condenatórias como expressão das garantias de processo criminal e devendo esse direito estender-se a qualquer processo sancionatório – mas não tendo de abranger o processo civil;
- O direito a recurso das decisões que imponham restrições a direitos, liberdades e garantias e a direitos fundamentais de natureza análoga;
- O direito à execução das decisões, mesmo contra o Estado;
- O direito dos advogados às imunidades necessárias ao exercício do mandato (artigo 63 da CRM).

Como direito social, por outra parte, o direito a que a justiça não seja denegada por insuficiência de meios económicos (n.º 1 do artigo 62 da CRM). As manifestações especiais de tutela jurisdicional são⁴⁹:

- O procedimento judiciário com prioridade e celeridade para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais;
- A revisão de sentenças criminais injustas;
- O *habeas corpus* contra o abuso do poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal (artigo 66 da CRM);
- A tutela jurisdicional de interesses;
- A jurisdicionalidade da apreciação da validade e da regularidade dos actos dos procedimentos eleitorais [artigo 243, n.º 2, alínea d) da CRM];
- As acções de impugnação de eleições e deliberações de órgãos de partidos políticos [artigo 243, n.º 2, alínea e) da CRM];

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

- A tutela jurisdicional dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos administrados (artigo 252 da CRM);
- O direito dos cidadãos de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos (artigos 62 e 252 da CRM.);
- A garantia do recurso de inconstitucionalidade e de ilegalidade de normas jurídicas (artigo 246 da CRM).

Portanto, a *tutela contenciosa* implica que a defesa dos direitos fundamentais seja levada a cabo pelos órgãos de natureza jurisdicional, com tudo quanto isso acarreta no modo de decidir e nos parâmetros de decisão⁵⁰.

O efeito prático dessa protecção desemboca em dois resultados⁵¹:

- Na (i) *desvalorização dos actos jurídico-públicos que violem os direitos fundamentais*; ou
- Na (ii) *imposição de deveres de indemnização de acordo com os mecanismos da responsabilidade civil*, mesmo colocando-se a hipótese de *responsabilidade penal*.

O texto da CRM refere especificamente essa dimensão, ao prescrever que “o cidadão pode impugnar os actos que violam os seus direitos estabelecidos na Constituição e nas demais leis”⁵².

Será que estão consagrados os mecanismos jurisdicionais necessários para uma tutela efectiva dos direitos fundamentais?

Uma das grandes lacunas que afecta a eficácia de jurisdição constitucional na tutela dos direitos fundamentais reside na falta do recurso de amparo.

O que é que o recurso de amparo traria mais no nosso sistema?

A pergunta supra é da autoria de Jorge Reis Novais, referindo-se à jurisdição constitucional Portuguesa, que nesta matéria assemelha-se à moçambicana e o mesmo responde nos seguintes termos⁵³:

- *Uma coisa muito simples. Todas as lesões de direitos fundamentais teriam possibilidade de tutela jurídica e, sendo lesões de garantias constitucionais, teriam tutela por parte da justiça constitucional. Mas, no fundo, isso é uma exigência de*

⁵⁰ Cfr. o artigo 62 da CRM.

⁵¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Moçambique*, 2015, p. 332.

⁵² Artigo 69 da CRM.

⁵³ NOVAIS, Jorge Reis, *Sim ou não ao recurso de amparo?* in Elival da Silva e Carlos Blanco de Moraes (coord.), *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e Brasil*, 2012, p. 244.

Estado de Direito e deveria ser algo completamente natural numa ordem jurídica de Estado de Direito que tem um Tribunal Constitucional.

4. Críticas ao sistema de tutela jurisdiccional dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional

A fiscalização da constitucionalidade é um dos mecanismos mais importantes para a garantia do respeito pela Constituição.

Embora a fiscalização da constitucionalidade vise em termos imediatos assegurar o respeito pela Constituição, ela tem como fim último a tutela dos direitos fundamentais, com vista a proteger a dignidade da pessoa humana.

Será que o sistema Moçambicano de fiscalização da constitucionalidade garante uma tutela efectiva dos direitos fundamentais?

A análise das atribuições e competências do Conselho Constitucional permite-nos concluir que o sistema de fiscalização da constitucionalidade em Moçambique não garante uma tutela efectiva dos direitos fundamentais, pois:

- O Conselho Constitucional só fiscaliza a constitucionalidade de actos normativos dos órgãos do Estado, ficando de fora dos actos administrativos ou políticos praticados pelos órgãos do Estado.
- A fiscalização da constitucionalidade é limitada aos actos normativos dos órgãos do Estado, ficando de fora os actos praticados por órgãos não pertencentes ao Estado.
- O Conselho Constitucional, não fiscaliza a inconstitucionalidade por omissão legislativa, o que leva a que a Constituição não esteja completamente regulamentada, o que gera omissões legislativas que lesam os direitos fundamentais dos cidadãos.
- O acesso à justiça constitucional pelos cidadãos é bastante limitado, pois só dois mil cidadãos é que podem solicitar a apreciação de inconstitucionalidade, conforme dispõe a alínea g) do n.º 2 do artigo 245 da CRM.
- A Constituição não prevê os direitos fundamentais de pessoas colectivas.
- O Conselho Constitucional não tem competências para dirimir conflitos entre órgãos do Estado, limitando-se apenas aos órgãos de soberania, alínea b) do n.º 1 do artigo 244.
- Não estabelece formalmente uma relação explícita e expressa entre a fiscalização da constitucionalidade e a protecção da dignidade da pessoa humana ou tutela dos direitos fundamentais.

- A inexistência do recurso extraordinário, ou da queixa constitucional, ou reclamação constitucional, não permite que os cidadãos tenham uma instância de recurso em caso de violação dos direitos fundamentais.
- Não permite o acesso individual do particular ao Conselho Constitucional.
- Os Tribunais comuns não têm competência para decidir em matéria de declaração da inconstitucionalidade, estando esta competência atribuída exclusivamente ao Conselho Constitucional.
- Não prevê os direitos fundamentais dos estrangeiros e apátridas.
- Um modelo de fiscalização da Constitucionalidade concentrado, sem recurso de amparo e limitado à declaração da inconstitucionalidade apenas de actos normativos dos órgãos do Estado, não oferece uma garantia de uma tutela efectiva dos direitos fundamentais.

Conclusão

A Constituição da República, consagra um catálogo extenso de direitos fundamentais, de natureza cívica, política, económica, social e cultural.

Embora haja um regime específico definido sobre os direitos, liberdades e garantias individuais, todo o catálogo dos direitos fundamentais configura uma unidade sistémica que visa a protecção da dignidade da pessoa humana.

Assim, o legislador Constituinte optou por uma abordagem aberta dos direitos fundamentais, pelo que a Constituição da República, não é a única fonte de direitos fundamentais, devendo considerar-se também factos supranacionais e infraconstitucionais.

Apesar da unidade sistémica, deve-se considerar que os direitos económicos, sociais e culturais têm um carácter programático e não são imediatamente exequíveis, pois exigem a criação de condições materiais pelo Estado em função dos recursos e meios disponíveis.

Contudo, não basta a existência de um catálogo extenso de direitos fundamentais para a sua efectivação. É necessário a consagração de mecanismos de tutela graciosa e jurisdicional efectivos.

A nível jurisdicional, as principais fragilidades da tutela dos direitos fundamentais resultam dos seguintes factores:

- A inexistência da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão legislativa;
- A inexistência do recurso de amparo, ou da reclamação constitucional ou ainda da queixa Constitucional;

- O Conselho Constitucional só fiscaliza e declara a inconstitucionalidade de actos normativos dos órgãos de Estado, deixando de fora os actos não normativos, e os actos normativos de entidades privadas, ainda que violem os direitos fundamentais, embora estes sejam de aplicação imediata e vinculem a todas entidades públicas e privadas.
- A falta de uma extensão formal expressa ou por analogia do regime dos direitos, liberdades e garantias individuais aos direitos económicos, sociais e culturais.
- A falta de previsão de direitos fundamentais de pessoas colectivas.
- A não consagração do direito de acesso ao direito e a tutela jurisdicional efectiva.
- A falta de uma conexão formal entre os direitos fundamentais e a protecção da dignidade da pessoa humana.
- A consagração de um sistema de fiscalização concentrado, e sem recurso de amparo, com o seu poder de cognição limitado aos actos normativos dos órgãos do Estado e sem a consagração do direito à tutela jurisdicional efectiva não permite uma tutela efectiva e eficaz dos direitos fundamentais pela jurisdição Constitucional.

Bibliografia

- ALEXANDRINO, José de Melo. *Sim ou Não ao recurso de amparo?* in Elival da Silva Ramos e Carlos Blanco de Moraes. *Perspectiva de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, Almedina, 2012.
- , *O papel dos tribunais na protecção dos direitos fundamentais*, texto da palestra proferida na Conferência alusiva ao 2.º Aniversário do Tribunal Constitucional de Angola, organizada pelo Tribunal Constitucional de Angola e pelo Instituto de Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 5 de Agosto de 2010, na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda.
- , *Os Tribunais e a Defesa Dos Direitos Fundamentais: Reflexões em torno da experiência Cabo-Verdiana*, in José Melo Alexandrino, *Elementos de Direito Publico Lusófono*, Coimbra Editora, 1.ª ed., Coimbra, 2011.
- AMARAL, Maria Lúcia, *Direito de acesso dos particulares à jurisdição constitucional*, intervenção proferida no seminário internacional sobre o Direito de Acesso à Justiça, realizado em Luanda em Novembro de 2011, disponível em CjCjplp.tribunal-constitucional.pt.
- ANDRADE, José Carlos Vieira, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Coimbra, 2016.

- BELEZA, Maria Dos Prazeres Pizarro, *Tutela Judicial efectiva e acesso dos cidadãos ao tribunal constitucional*, in Revista Julgar, n.º 29- 2006.
- BOTELHO, Catarina Santos, *O lugar do tribunal Constitucional no século XXI: Os limites funcionais da justiça constitucional na relação com os demais tribunais e com o legislador*, in Revista julgar, n.º 34, Janeiro-Abril, Edição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses., Almedina, Lisboa, 2018.
- , *A tutela directa dos Direitos Fundamentais, avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucionais*, Edições Almedina, Coimbra, 2010.
- , *Haja uma nova jurisdição Constitucional: Pela introdução de um mecanismo de acesso directo dos particulares ao Tribunal Constitucional*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 70. Vol. I/IV (2010).
- , *Acesso dos particulares ao Tribunal Constitucional? Uma esperada revisão constitucional disponível em <https://observador.PT>*.
- BRITO, José de Sousa, *A jurisdição Constitucional e princípio democrático*, in Tribunal Constitucional, *legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, colóquio do 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28 a 29 de Maio de 1993, Coimbra.
- CANAS, Vitalino, *O processo de fiscalização da Constitucionalidade e da legalidade pelo TC, Natureza e Princípios Estruturantes*. Coimbra Editora, Coimbra, 1986.
- , *Princípios Estruturantes dos Processos de Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade*, Lisboa 1985.
- , *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Reimpressão, Edições. Almedina, Coimbra, 2003.
- , *O Acesso a Justiça Constitucional, Comunicação proferida na Conferencia das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa, Luanda*, aos 24 de Junho de 2011.
- CISTAC, Gilles, *História Constitucional da Pátria Amada*, In Benjamim Pequeninino (coord.), *Evolução Constitucional da Pátria Amada*, MAPUTO, 2009, p. 14.
- , *O Conselho Constitucional como regulador do sistema jurídico-político moçambicano* in PINA Delgado, José e SILVA; Mário (orgs.), *Estudos em Comemoração do XX-º Aniversário da Constituição da República de Cabo Verde*, Edições do ESCJS, 2013.
- CONSELHO CONSTITUCIONAL, *Balanço de Actividades Desenvolvidas pelo Conselho Constitucional*, 2003-2008.
- COSTA, José Manuel M. Cardoso, *A jurisdição Constitucional em Portugal*, Coimbra Editora, 2.ª ed., Coimbra, 1992.
- , *A Tutela dos Direitos Fundamentais*, in *Documentação e Direito Comparado*, 5.º, 1981, pp. 201-227.
- , *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. Ed. Coimbra Editora, 1992.
- FONSECA, Guilherme, *Tribunais Constitucionais*, in Revista Julgar, Edição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Janeiro-Abril de 2018, Lisboa, 2018.

- GOMES, Carla Amado, *Pretexto e Texto da intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Centro de investigação de direito público, Lisboa, 2003, disponível em www.icjp.pt.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Moçambique*, Instituto do Direito de Língua Portuguesa, Lisboa, 2017.
- . *Manual de Direito Constitucional I*, 6.^a ed., Lisboa, 2016;
- . *Manual de Direito Constitucional II*, 6.^a ed., Almedina, 2006;
- GUENHA, João A. Ubisse, *O CC como órgão especializado na administração da justiça constitucional*, apresentado no seminário sobre jurisdição constitucional em Moçambique, Quelimane, 2008.
- GUERRA, Rosa Maria, *O recurso extraordinário de inconstitucionalidade: problemas da Configuração do regime jurídico e da natureza*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017.
- JUSTINO, Justino Felizardo, *O Regime Jurídico do Acesso dos Cidadãos à Justiça Constitucional Moçambicana, em Fiscalização concreta à Luz da Constituição de 2004*, Editorial Eundza, Beira, 2018.
- MENDES, Armindo Ribeiro, *Reforma e Simplificação do Processo Constitucional em Portugal*, in Elival da Silva Ramos e Carlos Blanco de Moraes, (coord.), *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, Almedina, 2012.
- MIRANDA, Jorge, *Controle da Constitucionalidade e Direitos Fundamentais*, in *Revista da EMERJ*, V.6. n.º 21, 2003, disponível em emerj.tjrj.jus.br.
- , *Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 6. Núm. 18. Septiembre-Diciembre, 1986, disponível em <https://dialnet.unirioja.es>.
- , *Aperfeiçoar a Constituição*, Edições Almedina, Coimbra, 2021.
- , *Direitos Fundamentais*, 2.^a ed., Edições Almedina, Coimbra, 2017.
- MORAIS, Carlos Blanco, *Que reformas para a justiça Constitucional Portuguesa*, in Elival da Silva Ramos e Carlos Blanco de Moraes, *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, Almedina, 2012.
- MOTA, Marcelo Moraes, *Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais e Concepções Democráticas*, trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília-DF nos dias 20, 21 e 22 de Novembro de 2008 e disponível no site www.publicadodireito.com.br.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, AAFDL Editora, Livro 2017.
- , *Direitos Fundamentais, Triunfos contra a Maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

a) **Constituição da República de Moçambique**

Constituição da República Popular de Moçambique de 1975, Publicada no BR n.º 1, I Série, de 25 de Junho de 1975;

Constituição da República de Moçambique de 1990, BR n.º 44, I Série, Suplemento, de 2 de Novembro de 1990;

Constituição da República de Moçambique de 2004, BR n.º 51, I Série, de 22 de Dezembro de 2004.

b) Legislação nacional

Lei n.º 4/2003, de 21 de Janeiro, Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

Lei n.º 9/2003, de 22 de Outubro, que aprova a Lei Orgânica do Conselho Constitucional e revoga a Lei n.º 4/2003, de 21 de Janeiro.

Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, que aprova a Lei Orgânica do Constitucional e revoga a Lei n.º 9/2003, de 22 de Outubro.

Lei n.º 2/2022, de 21 de Janeiro, que aprova a Lei Orgânica do Conselho Constitucional e revoga a Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto e a Lei n.º 5/2008, de 9 de Junho.

c) Legislação estrangeira

Assembleia da República, *Texto Final do Projecto da Constituição da República de Moçambique e Adenda*, V Legislatura. Maputo, 2004.

CANOTINHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa*, Lei do TC, 3.ª ed. revista, Coimbra, 1993.

Código Civil português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344 de 25/11/66 e actualizado até ao Decreto-Lei n.º 35/97, de 31/01.

Lei Constituição da República de Angola, Lei n.º 28/82 de 15, de Novembro, alterada pela Lei n.º 143/85, de 26 de Novembro, e pela Lei n.º 85/89, de 7 de Setembro.

Lei do Tribunal Constitucional de Portugal, Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, alterada pela Lei n.º 143/85, de 26 de Novembro e pela Lei n.º 85/89, de 7 de Setembro.

d) Sites da Internet

<http://Portal.Idp.emnuvens.com.br/observatório/article/view/517>.

Breve estudo sobre a procriação medicamente assistida no ordenamento jurídico português – Uma primeira aproximação ao tema

ARNALDO ABÍLIO MONDLANE* ¹

SUMÁRIO: Introdução. Ideia geral sobre a filiação. Breve história da procriação medicamente assistida. Prós e contras da procriação medicamente assistida. Regime jurídico da procriação medicamente assistida em Portugal. Apreciação crítica à lei da procriação medicamente assistida. Filiação resultante da procriação medicamente assistida. Conclusão.

RESUMO: O presente artigo estuda o instituto da procriação medicamente assistida, uma nova modalidade de procriação introduzida no Direito português, que, diferentemente da clássica, o biologismo, recorre a técnicas da medicina moderna. Para melhor apreciação, vamos apresentar uma ideia geral sobre a matéria, um breve historial, as posições favoráveis e contrárias, o regime jurídico da procriação medicamente assistida, uma apreciação crítica a algumas opções legislativas e, logicamente, o novo instituto no contexto da filiação.

PALAVRAS-CHAVE: procriação assistida, filiação, Portugal

ABSTRACT: This article studies the institute of medically assisted procreation, a new form of procreation introduced in Portuguese Law, which, unlike the classical one, the biologism, uses the technique of modern medicine. For a better appreciation, we will present a general idea on the matter, a brief history, such as positions for and against it, the legal regime of the medically assisted procreation,

* Jornalista de profissão (entre 1993–2004, nos jornais *mediaFAX*, *metical*, *vertical* e curta colaboração com o jornal Público de Portugal); Conservador dos Registos e do Notariado (2004–2013); Magistrado do Ministério Público (desde 2013) e docente universitário (desde 2006).

a critical assessment of some legislative options and, of course, the new institute in the context of filiation.

KEYWORDS: assisted procreation, filiation, Portugal

Introdução

O trabalho que aqui se desenvolve surge em cumprimento de uma das exigências da organização do II Curso de Pós-Graduação em Direito de Igualdade¹ do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade (Clássica) de Lisboa, havido entre 4 de março e 1 de julho de 2021.

O tema da igualdade continua a alimentar debates em quase todos os segmentos da sociedade, pois na desigualdade está sempre um interesse não revelado que acomoda vontades ocultas.

Em Portugal, pode afirmar-se categoricamente que a igualdade é fruto do 25 de Abril. No entanto, essa realidade não se terá refletido a contento no quotidiano dos cidadãos, melhor, das mulheres e dos homens, sobretudo das mulheres, o que não passou despercebido ao legislador, que fez os devidos arranjos na revisão constitucional de 1997, seguida da Lei da Paridade².

Porque preparámos a nossa tese de Doutoramento na área jurídico-familiar, identificámo-nos com os conteúdos ministrados nesta pós-graduação, porquanto muito contribuíram para ampliar o nosso horizonte sobre o trabalho que estamos a desenvolver. Mais, entre os assuntos a abordar na tese, consta a temática da filiação. Foi por esta razão que a escolha do tema desta apresentação recaiu sobre a Procriação Medicamente Assistida (PMA). Entendemos haver necessidade de um estudo específico deste instituto quer pela sua juventude, quer por ainda constituir um terreno movediço, mostrando-se aparentemente acolhido em vários países de expressão portuguesa de forma tímida e/ou titubeante, incluindo Moçambique, país do autor deste trabalho³.

¹ O curso foi ministrado por 17 professoras e 12 professores.

² Cf., a este respeito, Rêgo, Maria do Céu da Cunha, «Igualdade de Mulheres e Homens na Participação Política, 40 Anos de Abril», in *Notícias*, 91, julho-dezembro, Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género [s.l.], 2014, pp. 5-7.

³ Afirmamos que os países africanos de expressão portuguesa acolheram o instituto timidamente, na medida em que o Código Civil atual foi tornado extensivo às então províncias ultramarinas e, depois das respetivas independências, o diploma foi mantido. Cf. VICENTE, Dário Moura, «O Código Civil na Lusofonia: Constantes e Variáveis», in *Código Civil – Livro de Centenário*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2019, p. 274. O Código Civil dispõe o seguinte no seu artigo 1799.º: «A fecundação artificial não pode ser invocada para estabelecer a paternidade do filho procriado por

Com efeito, o tema relativo à PMA foi apresentado pela Professora Doutora Maria Margarida Silva Pereira, docente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 25 de março de 2021, que o designou «Igualdade e Mudança dos Paradigmas Dogmáticos no Direito da PMA e da GS».

O nosso estudo basear-se-á no Direito português porque este ordenamento jurídico possui um regime jurídico próprio sobre a PMA, uma matéria que conta com um tratamento densificado na doutrina, além de reconhecida jurisprudência. Neste leque de motivos, incluem-se razões histórico-culturais, na medida em que este Direito tem servido de matriz para o dos restantes países africanos que têm o português como língua oficial. Ademais, a tese que estamos a desenvolver tem, igualmente, o Direito português como seu objeto de estudo.

Quanto à metodologia, escolhemos como bússola uma das mais recentes obras da faculdade da autoria da Professora Doutora Margarida Seixas⁴, intitulada *Materiais de Apoio – Dissertações e Teses na FDUL*, por, entre outras razões, privilegiar os instrumentos legais em vigor no ensino superior português, especialmente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

meio dela nem para impugnar a paternidade presumida por lei.» No caso moçambicano, o dispositivo foi mantido mesmo na aprovação da Lei n.º 10/2004, de 25 de agosto, que derogou o Código Civil na parte relativa ao livro IV, pois aquele conteúdo foi inteiramente transposto para o artigo 211.º. Na atual lei (Lei n.º 22/2019, de 11 de dezembro), o legislador moçambicano mostra-se titubeante, equivocando-se, pois suprimiu aquele dispositivo. No entanto, no n.º 3 do artigo 255.º da Lei da Família, consta que «Não é admissível ao cônjuge ou companheiro da união de facto a impugnação da paternidade com fundamento em inseminação artificial se nela houver consentido». Este dispositivo cura dos requisitos e legitimidade para impugnação da paternidade presumida, ou seja, dos casos de nascimento na constância do matrimónio. No caso de Angola, por exemplo, o seu Código da Família aprovado pela Lei n.º 1/88, de 20 de fevereiro, que regula o instituto relativo à filiação, é omissivo quanto à inseminação artificial ou à própria PMA. No entanto, em 29 de janeiro de 2021, foi anunciada no sítio Web oficial do Governo a existência de um projeto de lei sobre a PMA (cf. <https://governo.gov.ao/ao/noticias/reproduc-a-o-assistida-pode-acontecer-no-pais/>, consultado em 16 de novembro de 2021). Cabo Verde tem em vigor o Decreto-Legislativo n.º 12-C/97, BO n.º 25, I Série, de 30 de junho, que dispõe da matéria sobre a filiação entre os artigos 196.º e 259.º. Contudo, não se refere ao instituto. A Guiné-Bissau fez algumas alterações ao Código Civil de 1966, sendo que a última ocorreu através do Decreto-Lei n.º 1/2010. Em São Tomé e Príncipe, vigora o Código da Família aprovado pela Lei n.º 19/2018, de 11 de outubro. Ao regular a temática da filiação, omitiu a inseminação artificial. Também Timor-Leste, cuja matéria jurídico-familiar é regulada pelo seu Código Civil, aprovado pela Lei n.º 10/2011, de 14 de setembro, não prevê a inseminação artificial e/ou PMA.

⁴ SEIXAS, Margarida, *Materiais de Apoio – Dissertações e Teses na FDUL*, AAFDL, Lisboa, 2020.

Ideia geral sobre a filiação

A filiação é das mais melindrosas matérias de que o Direito se tem ocupado, especialmente o da Família. A vontade de ter um ser que constitua nossa continuidade, quer ostentando o nome da nossa família, quer apresentando feições semelhantes às nossas ou às dos nossos parentes mais próximos, o desejo de imortalização da família, a ânsia da certeza da consanguinidade constituem um mosaico de inquietude sem paralelo e quase permanente na vida dos seres humanos, em todos os tempos da história, independentemente da raça, da cultura, da estratificação social, de convicções religiosas e da localização geográfica. Há quem diga que «continuar a espécie» constitui «a liberdade das liberdades», na medida em que se trata de «um imperativo biológico de todo o ser vivo», pelo que a procriação antecede os «direitos do homem»⁵.

Em tempos mais remotos, foi concebida, acolhida, difundida e dogmatizada a ideia segundo a qual a mãe é certa e o pai é uma incógnita, que se pode sintetizar no seguinte aforismo romano: *Mater sempre certa est, pater utem incertus*⁶. Entretanto, com o avanço da ciência e da tecnologia, este dogmatismo começa a desmoronar-se. Durante séculos, entendeu-se que a mãe é uma certeza, pois o parto pode ser assistido, testemunhado e comprovado, enquanto o verdadeiro contributo masculino para a existência de uma gravidez da qual resultará o parto é uma incógnita, algo não testemunhável, portanto, de difícil comprovação.

Foi ante a aparente incerteza da paternidade que o legislador português preferiu recorrer a soluções legais, com pendor de comodidade à vontade masculina, como algo compensatório às limitações naturais do homem no contexto da procriação e/ou filiação. Assim, partindo do pressuposto de que o casamento constitui a base sobre a qual a sociedade quis fundar a família⁷, o legislador português, desde o primeiro Código Civil (de 1867), vulgo Código de Seabra, instituiu a regra segundo a qual o filho que fosse concebido ou nascido no seio da sociedade conjugal tinha como pai o marido da mãe⁸. Além do mais, nascendo

⁵ Terré *apud* OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 35.

⁶ Cf. CARRILHO, Fernanda, *Dicionário de Latim Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 256. V., igualmente, COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação*, Petrony, Coimbra, 2019, p. 64.

⁷ Parafraseando Visconde de Seabra. cf. SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Investigação da Paternidade Illegítima no Direito Civil Português*, Tipografia Mário Antunes Leitão, Porto, 1925, p. 21.

⁸ Como nota prévia, importa referir que tanto o Código de Seabra como a versão primitiva do Código Civil de 1966 designavam por filhos legítimos os nascidos e/ou concebidos dentro do casamento e de ilegítimos os nascidos fora da conjugalidade. Assim, o artigo 101.º do Código de Seabra determinava: «São havidos por legítimos os filhos nascidos de matrimónio legitimamente contraído, passados cento

a criança fora do casamento, o pai estaria livre de estabelecer a filiação, de forma voluntária, perfilhando-a⁹, ignorando-se, até aos dias de hoje, que a fonte primária sobre a paternidade de um filho é a própria mãe que, independentemente do seu estado civil e do nível de escolaridade, foi, na mais das vezes, quem desejou a gravidez, sonhando em ter descendente para o que idealizou, definiu e escolheu a figura de pai para o futuro filho.

Também se sabe da experiência comum que os casos de infertilidade numa sociedade conjugal são, regra geral, assumidos pela mulher, dado os estereótipos dominantes sobre esta matéria.

Na vigência do primeiro Código Civil português, já referido, foi definida a discriminação da descendência entre filhos legítimos e ilegítimos, sendo que a paternidade daqueles se estabelecia por presunção, enquanto a dos últimos dependia, *prima facie*, da vontade paterna, por se entender que a incerteza da paternidade é aparentemente maior numa relação fora do casamento.

Para coroar a comodidade masculina, a investigação da paternidade era, por regra, proibida, sendo admitida em três situações excepcionais, a saber: existência de um escrito do pai no qual declara a paternidade; achando-se o filho em posse de estado; e no caso de estupro violento ou rapto, coincidindo o nascimento com o período do facto criminoso (artigo 130.º do Código de Seabra).

Também a ideia do instituto da adoção visou, na sua origem, acomodar a aflição dos casais que dificilmente conseguiam ter filhos. Claro que, com a evolução, muitas alterações sucederam, como o banimento da distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, incluindo a mudança da perspetiva sobre a adoção, que atualmente é vista como gravitando à volta do interesse da criança desvalida, que deve possuir pais de modo que cresça de forma harmoniosa, atento ao famigerado princípio de interesse superior da criança [n.º 4 do artigo 36.º e n.ºs

e oitenta dias depois da celebração dele, ou dentro dos trezentos dias subsequentes à sua dissolução ou à separação dos cônjuges, judicialmente decretada.» Quanto a filhos ilegítimos, o mesmo diploma permitia a sua perfilhação, isto é, o pai podia reconhecê-los como seus filhos, desde que não resultassem de uma relação adulterina (sendo um dos progenitores casado no momento da concepção com pessoa diversa do seu consorte) e/ou incestuosa (filho de pais parentes), também denominados espúrios (cf. os artigos 122.º e 134.º do Código de Seabra). Por seu turno, o n.º 1 do artigo 1801.º CC, que revogou o de Seabra, dispunha: «Presume-se legítimo o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da mãe.» Presentemente, o n.º 1 do artigo 1826.º CC dispõe: «Presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da mãe tem como pai o marido da mãe.»⁹ Nos termos do artigo 1824.º CC: «São ilegítimos todos os filhos não considerados legítimos», portanto, os que não nasceram nem foram concebidos no seio da sociedade conjugal. Atualmente, o artigo 1847.º CC indica: «O reconhecimento do filho nascido ou concebido fora do matrimónio efectua-se por perfilhação ou decisão judicial em ação de investigação.»

1 e 2 do artigo 69.º, ambos da Constituição da República Portuguesa (CRP), e n.º 1 do artigo 3.º da Convenção Sobre os Direitos da Criança].

A vontade humana de gerar descendentes é tão voraz, que a ciência médica encontrou como solução para quem não consiga, *per se* – isto é, da forma comum, da procriação –, ter descendência, mecanismo técnico-científico comumente designado PMA. O mecanismo não é consensual, constituindo, por conseguinte, um tema «fraturante»¹⁰.

Outra novidade introduzida nos finais do século passado é a legitimação de constituição de família monoparental desde a origem, sabido que na história portuguesa o modelo de família foi biparental, podendo tornar-se monoparental na decorrência de fenómenos sociais, designadamente a morte e o divórcio. A monoparentalidade tem conexão estreita com a PMA, pois admite-se que qualquer mulher adira a essas técnicas [n.º 3 do artigo 4.º da Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA)].

Breve história da procriação medicamente assistida

A filiação natural, ou seja, a decorrente de ato sexual, e a adoção não são as únicas fontes jurídicas da parentalidade, na medida em que o Direito português reconhece uma outra solução, no caso, a PMA, embora o recurso a esta última não dependa do poder discricionário do seu beneficiário.

Com o decurso do tempo, o evoluir da ciência médica, a aceitabilidade de novos valores pela sociedade portuguesa, a influência doutrinária, a globalização – que na Europa remonta a tempos muito recuados, embora não fosse designada como tal¹¹ –, 20 anos depois da primeira Constituição democrática¹², criou-se a Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias¹³. Entretanto, por «vicissitudes políticas»¹⁴, só 20 anos mais tarde se institu-

¹⁰ PEREIRA, Maria Margarida Silva, *Direito da Família*, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2018, p. 784.

¹¹ Bastaria o exemplo sobre a aplicação do Direito comum entre os países europeus.

¹² A primeira Constituição democrática é a de 1976. A Comissão foi criada em 1986 e a Lei em 2006.

¹³ Cf. CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva, *Direito da Família – Tópicos Para Uma Reflexão Crítica*, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2011, p. 235.

¹⁴ REIS, Rafael Vale e, «Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – a Criminalização do Recurso à Maternidade de Substituição e Outras Opções Legais Duvidosas», in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa da Direito da Saúde* (ano 7, n.º 13, janeiro-junho), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 73. V. igualmente ROSEIRA, Maria de Belém, «O Processo de Elaboração da Lei n.º 32/2006», in *Legislação e Jurisprudência*, n.º 45 (janeiro-março), Lisboa, 2007, pp. 55-57. Recorde-se que, na manhã do dia da votação da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, um grupo de 78 333 cidadãos endereçou uma petição ao Presidente da Assembleia da República pedindo a não aprovação da LPMA

cionalizou a PMA¹⁵, através da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho¹⁶, que já vai na sétima alteração legislativa¹⁷.

A feitura dessa lei resultou dos projetos de lei n.º 141/X (Bloco de Esquerda), n.º 151/X (Partido Socialista), n.º 172/X (Partido Comunista Português) e 176/X (Partido Social Democrata – PSD). Por conseguinte, pode afirmar-se que a LPMA espelha a vontade do povo português, apesar da reconhecida «crise de representatividade e de legitimação» decorrente de elevadas taxas de abstenção eleitoral¹⁸.

Aparentando um meio de reprodução desejado por algum segmento da sociedade portuguesa, em maio de 1985, ter-se-ão iniciado os primeiros casos de prática da inseminação artificial no país. Para o efeito, dois anos antes, portanto, em 1983, alguns técnicos nacionais terão beneficiado de estágio no estrangeiro¹⁹. Nesse contexto, 12 anos antes da aprovação da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, o Estado comprometeu-se a aprofundar o estudo da PMA para suprir a esterilidade (n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 3/84, de 24 de março).

sem que a tivesse submetido ao crivo do referendo. Entretanto, a LPMA foi aprovada no início da noite desse dia. Este dissídio – incluindo outras situações que no entendimento de alguns deputados configuravam ilegalidade e inconstitucionalidades, quer formal (a remessa da lei para o Presidente da República a promulgar) antes de findar o prazo dentro do qual os deputados podiam apresentar as suas reclamações), quer material [violação de instrumentos internacionais dos quais Portugal é parte, designadamente a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Convenção de Oviedo) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), além da problemática eugenia, permitindo a triagem de embriões, inexistência do limite de idade da mulher na concepção, a indeterminação do número de vezes que um dador pode doar, dignidade da mulher, confidencialidade, gestação de substituição, violação da biparentalidade] – determinou que pelo menos 32 deputados interpussem pedido para a declaração da ilegalidade e da inconstitucionalidade. O Tribunal Constitucional sentenciou a desfavor dos pedidos (disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordao/20090101.html>, consultado em 1 de novembro de 2021).

¹⁵ No fim da primeira metade do século passado, concretamente em 1949, durante o IV Congresso dos Médicos Católicos, a Igreja Católica, através do Papa Pio XII, manifestou-se contra a fecundação artificial, admitindo, porém, a intervenção médica para a fertilização do esperma ou para a conformação dos genitais femininos para a procriação – cf. SANTOS, Eduardo dos, *Direito da Família*, Almedina, Coimbra, 1985, pp. 242-243, e <https://www.vatican.va/content/pius-xii/pt/speeches/1949.index.html>, consultado em 25 de abril de 2021.

¹⁶ O primeiro diploma foi o Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro, que tratava a PMA como «procriação artificial humana». Foi publicado no Boletim da República I Série, n.º 221/1986.

¹⁷ Com efeito, a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, foi sendo atualizada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, Lei n.º 58/2017, de 25 de julho, Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, e Lei n.º 48/2019, de 8 de julho.

¹⁸ Cf. NOVAIS, Jorge Reis, *Teoria das Formas Políticas e dos Sistemas de Governo*, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2019, p. 83.

¹⁹ Cf. ROSEIRA, Maria de Belém, «O Processo de Elaboração da Lei n.º 32/2006», ob. cit., p. 55.

Portanto, no caso português, a existência da PMA, na altura restringida à inseminação artificial, deveu-se à necessidade de resolver problemas de esterilidade. Aliada à esterilidade está a necessidade de corrigir situações de infertilidade e de patologia dos fetos. Entretanto, a PMA evoluiu de tal sorte, que atualmente reivindica a mesma dignidade conferida à procriação biológica e, logicamente, da filiação²⁰.

Na União Europeia, cujo Tribunal relevante (o Tribunal Europeu sobre os Direitos Humanos) se tem confrontado com o «caráter mutante»²¹ do instituto familiar, é hoje impossível referir-mo-nos à matéria jurídico-familiar, especialmente a PMA, sem olharmos para o que de relevante há neste campo.

Geograficamente, parece poder considerar-se os países anglo-saxónicos, designadamente a Inglaterra e os Estados Unidos da América, como países nos quais se abordou o instituto da PMA pela primeira vez. A eles juntam-se casos bíblicos de adultério de Jacob com uma serva, mediante aparente consentimento da sua mulher, Raquel, para que o filho que nascesse desse envolvimento fosse entregue ao casal. Salientam-se ainda os casos de Abraão, Sara e Hagar²².

Resumidamente, conta-se que, em Inglaterra, no ano de 1978, uma mulher se recusou a entregar o bebé ao casal que a contratara para gestação e posterior renúncia da maternidade. Nos Estados Unidos, narra-se algo semelhante: o casal William Stern e Elisabeth Stern (ambos de 41 anos), na impossibilidade da procriação da mulher, negociou com o casal Mary Beth Whitehead (de 29 anos) e Richard (de 37 anos) para que a mulher do segundo casal recebesse os gâmetas masculinos de William Stern e que a criança que nascesse fosse entregue ao primeiro casal, mediante uma retribuição pecuniária. Infelizmente, o segundo casal recusou-se entregar a criança, o que obrigou o casal contratante a mover ação judicial. No entanto, os casos desta natureza remontam a meados do século XX²³.

²⁰ Cf. PEREIRA, Maria Margarida Silva, *Direito da Família*, ob. cit., p. 783.

²¹ PEREIRA, Maria Margarida Silva, «O Conceito de Vida Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem Face a Turismo Reprodutivo e Maternidade de Substituição (a Propósito da Decisão do Tribunal Pleno de 24 de Janeiro de 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, Queixa n.º 25358/12)», in *JULGAR*, n.º 32, Almedina, Coimbra, 2017, p. 262.

²² Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2020, p. 216, e RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe Para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 9.

²³ Cf. OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe Há Só Uma (Duas)!* O Conceito de Gestação, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pp. 8, 11, 13-14, 87-95; PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., pp. 216 e 217; e RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe Para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, ob. cit., pp. 6 e 9.

Parece não haver exatidão quanto à localização no tempo deste fenómeno. Todavia, a literatura jurídica indica que alguém terá nascido em 1952 com o recurso a técnicas de PMA²⁴.

Antes da introdução da PMA em Portugal, Guilherme de Oliveira²⁵ pronunciou-se sobre o assunto destacando quatro aspetos com relevância jurídica: a) o enquadramento jurídico do novo instituto no sistema jurídico português então vigente²⁶; b) a problemática do conhecimento da ascendência genética em inseminação heteróloga²⁷; c) o destino dos embriões excedentários na fertilização *in vitro*²⁸; e, por último, d) o contrato de gestação²⁹.

Prós e contras da procriação medicamente assistida

Desde a sua origem, a PMA é vista como forma de escravização da mulher, dado que ocorre, regra geral, entre uma mulher de posses e outra desprovida de recursos, quer financeiros, quer patrimoniais, incluindo fraco ou nulo acesso à academia. Na atualidade, a Índia é apontada como o paradigma da triste realidade, tendo florescido o negócio de mulheres que, independentemente do estado civil, geram crianças para terceiros. Mais, a PMA pode motivar o tráfico de mulheres e crianças de sexo feminino para a exploração do corpo com o fim de se gerar bebés, além da potencialidade de prejuízo do desenvolvimento harmonioso da criança devido à sua separação da gestante. Em contrapartida, a

²⁴ Cf. LOUREIRO, João Carlos, «O Nosso Pai é Dador n.º XXX: A Questão do Anonimato dos Dadores de Gâmetas na Procriação Medicamente Assistida Heteróloga», in *Revista Portuguesa de Direito da Saúde – Lex Medicinæ*, ano 7, n.º 13, janeiro/junho de 2010, p. 5.

²⁵ Cf. OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina*, ob. cit., pp. 5–30.

²⁶ Relativamente ao ordenamento jurídico, foi revista a CRP, especialmente nos artigos 24.º, 26.º, 36.º e 69.º. Seguiu-se o Código Penal (artigos 158.º e 214.º) e o Código Civil (artigos 1801.º e 1839, n.º 3). No essencial, concluiu que, embora não haja previsão expressa da PMA, a legislação relevante não se mostrava contrária, além de já prever a necessidade do aprofundamento do estudo da prática da inseminação artificial (n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 3/84, de 24 de março).

²⁷ Sobre o conhecimento da ascendência genética, mostrou duas posições, recomendando que, para o efeito, se deve ter a filiação adotiva como matriz. Assim, a ocultação da ascendência genética estaria em consonância com a filiação adotiva, mas, em sentido contrário, teria de se revogar o artigo 1987.º do Código Civil.

²⁸ No tocante ao destino dos embriões excedentários, propôs a técnica da crioconservação.

²⁹ Quanto ao contrato de gestação, defendeu igualmente a analogia ao instituto de adoção, devendo permitir-se que a mulher gestante preste o seu «consentimento livre e esclarecido», o que deve ocorrer depois do parto.

maternidade é algo diverso da gravidez e do parto³⁰, de tal modo que o nascimento e a maternidade são dois factos sujeitos a registo, sendo que o primeiro pode ocorrer sem o segundo, no caso de crianças abandonadas [cf. as alíneas a) e b) do artigo 1.º, os artigos 105.º a 108.º, o n.º 1 do artigo 112.º e o artigo 116.º do Código do Registo Civil].

As técnicas da PMA geram ansiedade na mulher e, pior, porque nem sempre desaguam no resultado desejado, criam confusão entre o desejo e o direito à parentalidade.

Constitui, igualmente, argumento contrário o desvio de parcos recursos de que os Estados dispõem, deixando um indeterminado número de pessoas à sua sorte, mormente em matérias de saúde. Ademais, algumas das técnicas da PMA, designadamente a maternidade de substituição, podem pôr em causa a identidade da criança, incluindo a sua integridade, quer física, quer moral. Assinalam-se, ainda, o risco de «florescimento de um negócio de produção e comercialização de embriões e recém-nascidos»³¹ e o risco de abandono do recém-nascido pelo casal comitente, provocando perturbação da identificação da progenitora³².

Noutro diapasão, no contexto do ordenamento jurídico português, acredita-se que a PMA veio colmatar um «vazio legislativo»³³, dado que o recurso à inseminação artificial já era uma realidade no país, além de que uma lei completamente proibitiva pode ser defraudada pelos seus destinatários e a incriminação não seria eficaz. Há ainda a considerar que a procriação se prende com razões culturais e exigência social, na perspetiva da «continuidade» e ou «prorrogação da existência» da espécie humana, a que, perante impossibilidade de procriar a partir de ato sexual, nem sempre a adoção consegue responder³⁴.

Regime jurídico da procriação medicamente assistida em Portugal

A República Portuguesa funda-se, entre outros princípios, na «dignidade da pessoa humana» (artigo 1.º CRP) e remete à lei ordinária o estabelecimento

³⁰ Cf. PEREIRA, Maria Margarida Silva, *Uma Gestação Inconstitucional: O Descaminho da Lei da Gestação de Substituição*, disponível em <http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/>, consultado em 22 de agosto de 2022.

³¹ OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina*, ob. cit., pp. 41 e 42.

³² Cf. PEREIRA, Maria Margarida Silva, *Uma Gestação Inconstitucional: O Descaminho da Lei da Gestação de Substituição*, ob. cit., p. 281.

³³ CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva, *Direito da Família – Tópicos Para Uma Reflexão Crítica*, ob. cit., p. 235.

³⁴ MAGALHÃES, Sandra Marques, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 17.

de garantias com vista à prevenção e ao combate a quaisquer comportamentos capazes de atentar contra a dignidade humana (n.º 2 do artigo 26.º CRP). No capítulo referente à família, elege-a como «elemento fundamental da sociedade», pelo que o Estado se compromete a criar condições para a realização dos seus membros³⁵, mormente os cônjuges e os filhos, cabendo a si legislar sobre a PMA, com a salvaguarda da «dignidade da pessoa humana» [n.º 1 e al. e) do n.º 2, ambos do artigo 67.º CRP].

No tocante à legislação infraconstitucional, destaca-se o Decreto do Presidente da República n.º 1/2001³⁶, de 3 de janeiro, que ratificou a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina.

Ato contínuo, o legislador fixou as regras para a materialização da PMA através da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho³⁷, sem descurar o respeito pela dignidade humana dos envolvidos no processo (n.º 1 do artigo 3.º). No seu artigo 2.º, enumera de forma exemplificativa as seis situações nas quais se poderá recorrer à procriação assistida, a saber: 1) inseminação artificial; 2) fertilização *in vitro*; 3) injeção intracitoplasmática de espermatozoides; 4) transferência de embriões, gâmetas ou zigotos; 5) diagnóstico genético pré-implantação; e 6) outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias. A estas técnicas junta-se a gestação de substituição (artigo 8.º LPMA). A primeira e a segunda técnicas ocorrem no organismo da gestante, sendo designadas *in vivo*, e as restantes em aparelhos próprios para o efeito, daí a terminologia *in vitro*³⁸. A enumeração não é taxativa, admitindo a lei «outras técnicas laboratoriais» [al. f) do n.º 1 do artigo 2.º LPMA] e gestação de substituição (n.º 2 do artigo 2.º LPMA).

Se a PMA nasceu como meio para curar situações de infertilidade e/ou patologias dos fetos, parece que muito rapidamente passou a ser usada como meio para suprir qualquer tipo de impossibilidade de procriar³⁹.

No primeiro capítulo, o legislador determina que a PMA é um meio subsidiário e não alternativo (n.º 1 do artigo 4.º), na medida em que só a ela se

³⁵ Sabe-se que família é um agrupamento humano de pessoas interligadas entre si por vínculos tutelados pelo Direito, designadamente casamento, parentesco, afinidade e adoção (v. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 14).

³⁶ Diário da República, n.º 2/2001, Série I-A de 3 de janeiro de 2001.

³⁷ Entre as várias alterações que esta lei já conheceu, há a destacar, entre outras, a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, relativa à responsabilidade penal das pessoas coletivas e equiparadas; a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, que alargou o âmbito dos beneficiários da PMA; e a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que introduziu a gestação de substituição.

³⁸ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 197.

³⁹ Cf. PEREIRA, Maria Margarida Silva, *Direito da Família*, ob. cit., p. 789.

pode recorrer quando nas condições comuns não se consiga procriar ou para contornar possível transmissão de doença genética grave, não dependendo, por isso, do livre-arbítrio de alguém.

Na verdade, o legislador português prevê a PMA como método subsidiário para homens e alternativo para mulheres (n.ºs 1 e 3 do artigo 4.º LPMA), realidade vista como tratamento desigual entre sexos, podendo desembocar na inconstitucionalidade⁴⁰. Assim, têm legitimidade para o uso da PMA todas as mulheres. Quanto aos homens, só quando padeçam de uma doença grave como SIDA e/ou encontrando-se numa situação de infertilidade (n.º 2 do artigo 4.º LPMA)⁴¹. Acresce-se que também casais de homens estão excluídos do acesso à PMA (n.º 1 do artigo 6.º LPMA). Na verdade, se lhes fosse permitido, podiam recorrer à gestação ou maternidade de substituição, o que suscitaria o envolvimento de duas mulheres, pois a lei proíbe que a gestante seja dadora de qualquer ovócito (n.º 3 do artigo 8.º LPMA).

A PMA, cujo acesso é permitido a quem tenha 18 anos⁴² ou mais (n.º 2 do artigo 6.º LPMA), pode ser sexuada e assexuada. Ali, recorre-se a materiais genéticos de um homem e de uma mulher; aqui, aos componentes genéticos de apenas uma das pessoas físicas, sendo o caso emblemático desta última modalidade a clonagem. No entanto, o Direito português prevê a PMA sexuada e proíbe a última (n.º 1 do artigo 7.º LPMA), pelo que acarreta sanção de privação de liberdade de um a cinco anos (n.º 1 do artigo 36.º LPMA)⁴³.

Nos termos do n.º 5 do artigo 15.º LPMA, proíbe-se a menção no assento de nascimento dando conta de que o titular do registo resultou das técnicas de PMA. Cremos que é recomendável que, à semelhança dos assentos de filhos resultantes de relações incestuosas e dos adotados, o assento seja declarado secreto [al. a) do artigo 1866.º CC e artigo 133.º CRC].

Além da divisão da PMA em sexuada e assexuada, conforme resulte do material genético de um homem e de uma mulher (para o primeiro caso) ou do material genético de apenas um deles, ela ainda pode ser homóloga ou heteróloga. No primeiro caso, os gâmetas são do casal ou do homem e da mulher vivendo em união de facto. No segundo, o material genético usado foi colhido em terceira pessoa, diversa dos cônjuges ou dos companheiros⁴⁴. Na heterologia, pode ser que o material genético seja todo ele de terceiros ou uma parte de

⁴⁰ Cf. *idem*, *Uma Gestação Inconstitucional: O Descaminho da Lei da Gestação de Substituição*, ob. cit.

⁴¹ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 205.

⁴² Recorde-se que a maioridade é a partir dos 18 anos de idade (cf. artigo 122.º CC).

⁴³ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., 2020, pp. 195 e 196.

⁴⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 198. No mesmo sentido, v. MAGALHÃES, Sandra Marques, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, ob. cit., p. 19.

um terceiro e outra de um dos membros do casal ou companheiros beneficiários. Lá, fala-se de PMA heteróloga total; cá, de PMA parcial⁴⁵.

No âmbito da integração de Portugal na União Europeia, a par da necessidade da ampliação do horizonte sobre a percepção destas matérias, relativamente à heterologia, sublinha-se o caso *Campanelli, Giovani e Teodoro c. Italie*, no qual o TEDH terá decidido que «a gestação de substituição heteróloga praticada no estrangeiro não constitui fonte de relação familiar»⁴⁶.

No capítulo dos princípios, a PMA guia-se fundamentalmente pelos seguintes: dignidade da pessoa humana [artigo 1.º; n.º 3 do artigo 26.º; e al. e) do n.º 2 do artigo 67.º, todos da CRP, e n.º 1 do artigo 3.º LPMA], o da igualdade ou da não discriminação, verdade biológica e taxatividade dos meios⁴⁷.

O primeiro princípio constitui um dos «fundamento(s) e limite(s) do Estado democrático» e um «*standard* de proteção universal»⁴⁸. Mais, «[o] Direito existe para as pessoas», pelo que a pessoa é o «fim em si mesmo». A dignidade da pessoa humana deve ser apreciada *vis-à-vis* o direito à investigação (artigo 42.º CRP) e a constituição de família (n.º 1 do artigo 36.º CRP)⁴⁹. É decorrente deste princípio a proibição do negócio de compra e venda de materiais

⁴⁵ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 198.

⁴⁶ PEREIRA, Maria Margarida Silva, «O Conceito de Vida Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem Face a Turismo Reprodutivo e Maternidade de Substituição (a Propósito da Decisão do Tribunal Pleno de 24 de Janeiro de 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, Queixa n.º 25358/12)», ob. cit., p. 273. O que efetivamente sucedeu foi o seguinte: um casal italiano (Giovani Campanelli e Donatina Paradiso), que pretendia ter um filho, depois de gorada a tentativa de proceder à adoção internacional de uma criança, decidiu recorrer às técnicas da PMA, concretamente à gestação de substituição. Para o efeito, a mulher viajou até à Rússia com material genético do marido para a inseminação no útero de uma mulher russa. À sua revelia, a entidade russa procedeu à inseminação com material genético diverso do de Campanelli. A criança nasceu e foi registada na Rússia com a filiação de Campanelli e Paradiso. Dois meses depois, Paradiso regressou à Itália com o filho. O consulado italiano na Rússia comunicou o facto às autoridades judiciais e executivas. O Tribunal de menores decidiu retirar-lhes a criança para uma instituição a fim de ser adotada, o que veio a acontecer. Inconformado, o casal recorreu ao TEDH, cuja primeira instância manteve a decisão da separação da criança do casal, mas condenou o Estado italiano a indemnizar Campanelli e Paradiso por danos morais. O Estado recorreu ao tribunal pleno, que deu razão à Itália.

⁴⁷ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., pp. 201-204. V., igualmente, OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 454 e 455.

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada* (arts. 1.º a 107.º), Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 198 e 200.

⁴⁹ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira, «A Reserva da Intimidade da Vida Privada e Familiar», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002 (pp. 9-25), p. 9, e PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 202.

genéticos (artigo 18.º LPMA). Também se proíbe, em regra, a maternidade de substituição, dado que a aparente multiparentalidade pode desencadear crise de identidade da criança, a gestante pode constituir «incubadora» de filhos alheios, e também porque as relações jurídico-familiares em Portugal não se constituem por contrato, integrando o leque de bens «indisponíveis» para as partes por razões de «interesse público»⁵⁰.

Ainda assim, parece que a dignidade humana não é respeitada na sua plenitude. Desde logo, quando não se reconhece à gestante o direito de não abdicar da maternidade ou de que, à semelhança da adoção, lhe fossem dados pelo menos seis meses após o parto para decidir entre a abdicação da qualidade de mãe ou não⁵¹.

O princípio da igualdade ou da não discriminação (artigo 13.º; n.º 2 do artigo 26.º; e n.º 4 do artigo 36.º, todos da CRP, e n.º 2 do artigo 3.º LPMA), em termos específicos para a lei *sub judice*, consiste na proibição da discriminação relativa ao modo do nascimento com a PMA.

A verdade biológica é aqui mais vincada, pois muitos dos casos resultam de casais, pelo que há tendência da coincidência entre os pais biológicos e jurídicos. No entanto, este princípio comporta três exceções: com recurso a gâmetas masculinos de fora do casal, não haverá coincidência entre o pai biológico e o pai jurídico; uma mulher casada ou vivendo em união de facto com a beneficiária das técnicas do PMA pode tornar-se mãe sem ter sido progenitora (cf. o n.º 1 do artigo 20.º LPMA); e a gestação de substituição – trata-se dos casos em que a mãe jurídica não foi a gestante (v. n.º 7 do artigo 8.º LPMA). As exceções enquadram-se na «vontade de desenvolver um projeto parental»⁵².

Segundo o princípio da taxatividade dos meios, a filiação estabelece-se apenas pelos modos previstos imperativamente na lei. Isto significa que qualquer outro meio será nulo (v. n.º 12 do artigo 8.º LPMA). Porém, a alínea f) do n.º 1 do artigo 2.º da LPMA admite «outras técnicas laboratoriais», não se concordando com a existência do princípio de *numerus clausus*.

No campo jurisprudencial, há elementos suficientes que nos comprovam que as técnicas da PMA são uma realidade no território português.

⁵⁰ RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe Para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, ob. cit., pp. 48-49, 51, 60 e 115.

⁵¹ Cf. PEREIRA, Maria Margarida Silva, *Uma Gestação Inconstitucional: O Descaminho da Lei da Gestação de Substituição*, ob. cit.

⁵² OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família*, ob. cit., p. 455.

Apreciação crítica à lei da procriação medicamente assistida

Em todas as sociedades humanas, parece claro que a procriação é, por regra, biológica. Por razões inerentes às qualidades do ser humano, foi admitida a adoção. No entanto, recentemente, entrou em voga a PMA, cuja lei (a portuguesa) merece alguns reparos, dado que o recurso às técnicas da PMA não deve, de modo algum, ignorar a Ética⁵³ e também porque a Constituição portuguesa se funda na defesa da dignidade humana (artigo 1.º CRP).

A avidez pela parentalidade é tal, que qualquer barreira de ordem legal poderá ser escangalhada a fim de se acomodar o desejo. Atentando aos fins do Direito, mormente a justiça e a segurança jurídica, sabe-se que o grau de importância que lhes é conferido por cada Estado é variável, por diversas razões. É nessa variabilidade do grau de importância dos fins do Direito que as comunidades políticas têm regulado o Direito diversamente. É assim que os países que optarem pela rigidez, no sentido de respeitar a natureza humana, evitando a sua coisificação, poderão estimular o recurso ao turismo de PMA, mobilizando os seus próprios cidadãos para fraude à lei. Certamente, as consequências são imprevisíveis.

Um dos problemas que se levantam relativamente à PMA prende-se com a heterologia. No essencial, é de ética duvidosa o uso de material genético de uma terceira pessoa, o dador, numa sociedade em que existem crianças desvalidas passíveis de adoção. A situação é tão estranha, que no início se defendeu a ocultação total do dador para evitar interferências negativas deste na família beneficiária e o não envolvimento desse dador em eventuais responsabilidades para as quais nunca se predispôs. Posteriormente, entendeu-se que se trata de um direito do novo ser conhecer as origens ou a ascendência, concretamente o genoma por razões médicas e não exatamente o dador⁵⁴.

No confronto entre o direito de conhecer as origens e o da manutenção em anonimato de terceiros corresponsáveis pela génese de uma pessoa, recomenda-se a sobrelevação do direito dos primeiros, na medida em que «a historicidade deve falar em primeiro lugar»; cada um deve «saber de onde vem». Também porque «o amor e a felicidade» não são incompatíveis «com cumplicidade consigo próprio»⁵⁵.

⁵³ Cf. PEREIRA, Maria Margarida Silva, *Direito da Família*, ob. cit., p. 782.

⁵⁴ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira, *A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida*, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&ids-c=65580&ida=65542, consultado em 2 de fevereiro de 2021.

⁵⁵ PEREIRA, Maria Margarida Silva, «O Conceito de Vida Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem Face a Turismo Reprodutivo e Maternidade de Substituição (a

A lei consagra a regra do sigilo sobre os participantes da PMA, incluindo o próprio ato (n.º 1 do artigo 15.º LPMA). Não obstante, há duas exceções que permitem que o novo ser conheça o genoma e o próprio dador, quer a seu pedido, quer por sentença judicial (n.ºs 2, 4 e 5 do artigo 15.º LPMA). Em contrapartida, o direito ao conhecimento implica o modo de conceção, informação genética relevante para efeitos médicos e identidade do dador. Mais, a questão do anonimato põe em causa as estatísticas. Por isso, deve distinguir-se o anonimato da confidencialidade⁵⁶.

Há, igualmente, crítica sobre o acesso às técnicas da PMA – se, por um lado, o legislador determina que a PMA é subsidiária (n.º 1 do artigo 4.º LPMA), por outro, permite que toda a mulher lhe tenha acesso, sem qualquer condicionamento (n.º 3 do artigo 4.º LPMA). Ou seja, a PMA é alternativa para a mulher, mas subsidiária para o homem⁵⁷.

No tocante à noção legal da gestação de substituição, há quem entenda que, na parte final, ao invés de se referir que a gestante renuncia aos poderes e deveres inerentes à maternidade, o ideal seria indicar que a gestante reconhece a qualidade jurídica de mãe à beneficiária⁵⁸.

É sobre gestação de substituição ou maternidade de substituição que o tema da PMA mais preocupações levanta. Desde logo porque o legislador determina que o filho que nascer tem como mãe a mulher portadora, ou seja, aquela que der à luz, solução do Código Civil (CC) (primeira parte do n.º 1 do artigo 1796.º CC). Esta realidade é estranha, pois, como forma de desincentivar a prática, atribui-se a criança, a título sancionatório, a quem não tem projeto parental, o que contraria o superior interesse do futuro ser⁵⁹. Mais, trata-se de uma solução que não se enquadra no tradicional esquema da filiação que privilegia a biparentalidade em toda a sua extensão, pois pouco se importa com a paternidade. Pior, contraria a sistemática da tradição do Direito português assente no biologismo, a base dos impedimentos matrimoniais⁶⁰. O importante

Propósito da Decisão do Tribunal Pleno de 24 de Janeiro de 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, Queixa n.º 25358/12», ob. cit., pp. 278 e 282.

⁵⁶ Cf. LOUREIRO, João Carlos, «O Nosso Pai é Dador n.º XXX: A Questão do Anonimato dos Dadores de Gâmetas na Procriação Medicamente Assistida Heteróloga», ob. cit., pp. 8 e 9.

⁵⁷ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 205.

⁵⁸ *Idem*, *ibidem*, pp. 217 e 218.

⁵⁹ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira, *A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida*, ob. cit. V., igualmente, PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., pp. 229-232.

⁶⁰ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, «Mãe Portadora – A Problemática da Maternidade de Substituição», in *Estudos de Direito da Bioética*, José de Oliveira Ascensão (coord.), Vol. II, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 338 e 340, e ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.),

é que a determinação da filiação tenha em consideração o que seja mais relevante para a criança⁶¹.

Uma outra crítica prende-se com a linguagem empregue nalguns dispositivos legais da LPMA, conduzindo à ideia de coisificação do material genético, pois refere-se à doação deste (n.º 1 do artigo 10.º; n.ºs 2 e 3 do artigo 15.º; e n.º 3 do artigo 25.º, todos da LPMA). Ora, doam-se coisas – «se o elemento genético não é coisa, não pode ser objeto de doação». A crítica é igualmente extensiva à composição do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, que obedece a um critério político, além da aparente liberdade concedida às clínicas⁶².

No Reino Unido, no período pós-parto, permite-se o relacionamento entre os comitentes e a gestante e, logicamente, a criança mantém o convívio com as duas mães, sendo que a gestante estabelece a maternidade jurídica enquanto pondera a tomada de uma decisão consciente, até que o tribunal formalize a nova filiação da criança⁶³.

Filiação resultante da procriação medicamente assistida

A ideia da filiação é sempre aquela lógica que reside na pretensão de identificar os progenitores de uma certa pessoa (descensorial), assim como os filhos de algum casal ou de uma pessoa determinada (ascensorial)⁶⁴. É o último sentido que nos interessa.

A filiação derivada da PMA é distinta da clássica, esta resultante do ato sexual: a resultante da PMA assenta no consentimento prévio à conceção (n.º 1 do artigo 14.º conjugado com os n.ºs 1 e 2 do artigo 20.º LPMA conjugado com o n.º 3 do artigo 1839.º CC), enquanto a clássica, por regra suscitada após o nascimento, se baseia na presunção da paternidade do marido da mãe, pressupondo que a conceção e/ou o nascimento tenha ocorrido na vigência do casamento dos progenitores (primeira parte do n.º 2 do artigo 1796.º conju-

«O Início da Vida», in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Almedina, Coimbra, 2008, p. 24.

⁶¹ Cf. BARBAS, Stela, «Investigação da Filiação», in *Estudos de Direito da Bioética*, José de Oliveira Ascensão (coord.), Vol. II, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Almedina, Coimbra, 2008, p. 31.

⁶² ASCENSÃO, José de Oliveira, *A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida*, ob. cit.

⁶³ PEREIRA, Maria Margarida Silva, «O Conceito de Vida Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem Face a Turismo Reprodutivo e Maternidade de Substituição (a Propósito da Decisão do Tribunal Pleno de 24 de Janeiro de 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, Queixa n.º 25358/12)», ob. cit., nota de rodapé n.º 52, p. 284.

⁶⁴ SANTOS, Eduardo dos, *Direito da Família*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1999, p. 436.

gado com o n.º 1 do artigo 1826.º, ambos do CC) e/ou no reconhecimento, voluntário ou judicial, conforme resulte de perfilhação⁶⁵ ou de um processo de investigação de paternidade (n.º 2 do artigo 1796.º CC *in fine* conjugado com o artigo 1847.º, ambos do CC)⁶⁶.

No caso da filiação consequente da PMA, a lei refere-se à «determinação da parentalidade» (epígrafe do artigo 20.º LPMA); na filiação natural, o legislador mantém a expressão «estabelecimento da filiação» (epígrafe do artigo 1796.º CC e ss.). Enquanto na primeira pode haver biparentalidade heterossexual, homossexual (mas só para duas mulheres, excluindo homens) ou monoparentalidade feminina (n.ºs 1, 2 e 3 da LPMA), na segunda, a filiação assenta na biparentalidade heterossexual. No caso da monoparentalidade (filiação clássica), há obrigatoriedade da averiguação oficiosa e/ou da investigação (artigos 1808.º, 1814.º, 1864.º, 1865.º e 1869.º CC), realidades incompatíveis com a PMA (n.º 3 do artigo 20.º LPMA)⁶⁷, pois essa realidade é esclarecida antes da conceção⁶⁸.

A filiação decorrente da PMA é consequência de um projeto parental (cf. n.ºs 1 e 2 do artigo 20.º LPMA); na filiação natural, tanto pode resultar de um projeto parental ou não. Aliás, pode até ser forçada, embora a lei recorra ao eufemismo de reconhecimento judicial (cf. artigos 1864.º e 1869.º CC).

A filiação de uma criança que nasceu na sequência das técnicas da PMA tem o seu registo completo no tocante à ascendência, já que, mesmo que um dos progenitores não esteja presente, o registo é efetuado com a menção dos nomes dos pais a partir do documento no qual consta o consentimento prévio ao processo de PMA (cf. n.º 2 do artigo 20.º LPMA).

Atentando às fontes jurídico-familiares, da filiação homóloga resulta o laço de parentesco. Mas, da filiação heteróloga, surge «relação familiar inominada»⁶⁹. No entanto, aprofundando o quadro jurídico português, tem de se lançar mão à interpretação. Desta, pode deparar-se com o seguinte: a filiação decorrente

⁶⁵ Reconhecimento voluntário do filho nascido ou concebido fora do matrimónio (v. artigo 1847.º CC). Essa perfilhação ou reconhecimento voluntário pode ocorrer através de uma das seguintes formas: declaração prestada perante o funcionário do registo civil, testamento, escritura pública e termo lavrado em juízo (artigo 1853.º CC).

⁶⁶ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., pp. 193 e 194.

⁶⁷ Cf. *idem*, *ibidem*, p. 194.

⁶⁸ Na sua versão original, e diferentemente do Código Civil, a LPMA referia-se à «determinação» da filiação e não ao «estabelecimento» da filiação. Fruto das sucessivas alterações legislativas, a LPMA abraçou a expressão «determinação da parentalidade», na medida em que permite a maternidade dupla, e abandonou a presunção da paternidade. V. OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família*, ob. cit., p. 453, e PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2018, p. 160.

⁶⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 237.

da PMA não é a única forma de constituição dos vínculos familiares – existe a clássica, a resultante do ato sexual, e a adoção. O legislador equipara os filhos adotivos aos filhos naturais (artigo 1586.º CC e n.º 1 do artigo 1986.º CC). Ademais, os adotivos são apenas tratados como filhos sem nenhuma outra menção, em homenagem ao princípio do superior interesse da criança [al. a) do artigo 3.º do Regime Jurídico do Processo de Adoção (RJPA)]. Assim, parece de se propor o entendimento segundo o qual o parentesco está para além do sangue, desde que se estabeleça juridicamente a ascendência entre quem exerce o papel de pai e a criança. Portanto, doutrinalmente ou *de jure condendo*⁷⁰, ao invés de se referir a uma «relação familiar inominada», parece ser consentâneo com o Direito contemporâneo da família que seja denominada de parentesco.

O último aspeto prende-se com a filiação com recurso às técnicas de PMA de forma ilícita, sobretudo no caso de inseminação homóloga *post mortem*. A filiação terá de ser estabelecida a favor dos beneficiários⁷¹. Esta situação não parece muito estranha no Direito português, na medida em que se aproxima de uma das formas de perfilhação por testamento [al. b) do artigo 1853.º CC]. Como se sabe, o testamento é aberto *post mortem*, reconhecendo-se aí a paternidade.

Conclusão

Apreciando os antecedentes da LPMA, tanto a produção legislativa como a jurisprudencial, fica claro que se está perante um instituto complexo e em aperfeiçoamento, pelo que a aplicação da LPMA exigirá o recurso às regras de interpretação e aplicação da lei, atentando à unidade do sistema jurídico e ao processo de integração de lacunas, nos termos gerais de Direito (n.º 1 do artigo 9.º CC e n.º 3 do artigo 10.º CC)⁷².

À complexidade e ao aperfeiçoamento acresce o facto de o instituto ser fraturante, na medida em que afronta os paradigmas da concepção. Esta realidade exige muitas cautelas, sob pena da subversão das regras jurídicas por puro capricho, subtraindo ao Direito a sua primária função de regular as relações entre as pessoas na sociedade para a paz social.

Sobre a gestação de substituição, parece razoável uma mãe disponibilizar o seu material genético à gestante com a finalidade de assumir o filho. Mas já é estranho que alguém que não tenha material genético com idoneidade

⁷⁰ Cf. OLIVEIRA, Fernando, *Breve Glossário de Latim para Juristas*, 4.ª ed., Cosmos, Lisboa, 1996, p. 27.

⁷¹ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., pp. 241 e 242.

⁷² Cf. *idem*, *ibidem*, p. 201.

suficiente para a conceção nem capacidade para se tornar gestante adquira uma criança, numa sociedade em que existe adoção. Aqui, o bebé é pura mercadoria; a gestante, simples objeto; e a fornecedora do material genético cai numa negligência inconsciente.

No tocante à origem das relações jurídico-familiares, quer-nos parecer que a PMA devia ser incluída no leque das fontes jurídico-familiares, juntamente com o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção (artigo 1576.º CC).

Quanto aos homens homossexuais, aqui pode olhar-se para a figura da inexistência. Parece claro a qualquer pessoa que dois homens não têm o mínimo de correspondência para a procriação. É verdade que o Direito serve os interesses das pessoas, mas os seus princípios não podem ser manipulados apenas para acomodar interesses que não tenham a mínima correspondência com a natureza humana.

Sítios Web

<https://www.vatican.va/content/pius-xii/pt/speeches/1949.index.html>, consultado em 25 de abril de 2021.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida*, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=65580&ida=65542, consultado em 2 de fevereiro de 2021.

PEREIRA, Maria Margarida Silva, *Uma Gestação Inconstitucional: O Descaminho da Lei da Gestação de Substituição*, disponível em <http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/>, consultado em 22 de agosto de 2022.

<https://governo.gov.ao/ao/noticias/reproduc-a-o-assistida-pode-acontecer-no-pais/>, consultado em 16 de novembro de 2021.

Legislação

Constituição da República Portuguesa

Código Civil

Lei da Procriação Medicamente Assistida

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal de 3 de março de 2009, Proc. n.º 963/06 (disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>, consultado em 1 de novembro de 2021)

A dupla valoração normativa dos atos tributários e o caso paradigmático do erro imputável aos serviços

JOSÉ AVILEZ OGANDO*

SUMÁRIO: 1. *A dupla valoração normativa dos atos tributários.* 2. *O caso paradigmático do erro imputável aos serviços:* 2.1. *A posição da doutrina e da jurisprudência;* 2.2. *Tomada de posição.* 3. *Conclusões.*

RESUMO: Este texto integra a dogmática do Direito Constitucional e do Direito Administrativo revelando a especialidade da atividade de aplicação de normas substantivas de Direito Fiscal face às demais atuações da administração. Pretende-se mostrar como a maior exigência do princípio reforçado da legalidade tributária face ao princípio geral da legalidade administrativa – constitutivo aliás do princípio tipicidade e em certa medida justificador da autonomia do Direito Fiscal – conduz à não degradação dos direitos dos contribuintes não afetados pelo dever fundamental de pagar impostos, em meros interesses legalmente protegidos. Por fim analisa-se a consequência desta constatação ao nível do procedimento e processo tributário, em especial no que diz respeito à adequada compreensão da expressão legal “erro imputável aos serviços”.

ABSTRACT: This text integrates the dogmatic from Constitutional Law and Administrative Law, to reveal the peculiarities of the activity of application of substantive Tax Law norms in relation to other activities of the administration. It is intended to show how the greater requirement of the reinforced principle of tax legality with respect to the general principle of administrative legality – constitutive of the typicality principle and to a certain extent justifying the autonomy of Tax Law – leads to the non-degradation of the rights of taxpayers not affected by the fundamental duty to pay taxes, into mere legally protected interests. Finally,

* Advogado na SGFC Advogados. Mestre em Direito. Doutorando em Direito.

the consequence of this finding at the level of the tax procedure and process is analyzed, especially with regard to the adequate understanding of the legal expression “error attributable to the services”.

1. A dupla valoração normativa dos atos tributários

1.1. Um dos aspetos essenciais à apreensão da relação jurídico-fiscal consiste na integração das ligações existentes entre a malha de normas que produzem efeitos no plano substantivo (normas de decisão material) com as normas que regulam o exercício dos poderes-deveres procedimentais da administração (normas de ação). Neste contexto devemos reconhecer a existência de uma dupla vinculação no plano da atividade administrativa de imposição de tributos. É que esta deve não só respeitar a precedência e preeminência de lei (n.º 2 do artigo 103.º e al. i) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP) e ser orientada com vista à realização do interesse público da juridicidade da tributação (n.º 2 do artigo 266.º da CRP), entendido como critério geral de exercício dos poderes-deveres da administração, como deve ainda respeitar os direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos dos particulares, direitos e interesses que aquela atividade é suscetível de enfraquecer (n.º 1 do artigo 266.º e n.º 3 do artigo 103.º da CRP).

Com efeito, o pagamento de impostos assenta num dever fundamental que dá resposta a um conjunto de decisões tomadas pelo Estado quanto à preponderância de certas necessidades públicas sobre as necessidades privadas. A satisfação das necessidades financeiras do Estado fiscal, por realizar-se à custa de uma parcela do produto da economia, baseia-se no regular funcionamento do sistema económico. Sistema que como é sabido, tem como pilares fundamentais os direitos à propriedade privada e à livre iniciativa económica sintetizados no direito à livre disposição dos bens próprios como garantia da liberdade económica e pessoal. Ora, foi precisamente para proteger estes bens que entre o dever fundamental de pagar impostos e a necessidade de proteção da esfera privada se interpôs o direito em matéria fiscal, de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias a não “*ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da constituição, que tenha natureza retroativa ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei*” (n.º 3 do artigo 103.º da CRP).

Não será assim de estranhar que as situações jurídicas instrumentais que se desenvolvem no campo do procedimento tributário, visem tutelar, não só as posições ativas da administração, mas também o respeito pelos direitos dos administrados, a começar pela proteção da sua esfera patrimonial contra quais-

quer imposições que excedam o legalmente exigido¹. No centro destes interesses temos o ato tributário, que não obstante ter, como condição de validade a sua conformidade com a relação material subjacente, a verdade é que para o futuro, é ele que passa a valer. É a sua abstração² que permite a centralização dos elementos da obrigação de imposto necessários à determinação da prestação dela resultante, num único suporte por todos conhecido, que daí em diante passa a servir de *referente do exercício de direitos*³.

1.2. Ora, como é sabido, em geral o legítimo exercício dos poderes da administração através de atos administrativos envolve uma declaração sobre o Direito do caso concreto, que frequentemente implica a compressão ou a degradação dos direitos subjetivos dos particulares no mero interesse juridicamente protegido quanto à legalidade desses atos⁴. Nesse sentido fala-se em direito enfraquecido ou comprimido para designar o fenómeno de degradação de um direito subjetivo num interesse protegido por lei à legalidade da decisão⁵. Nestes casos, tais interesses tornam-se na posição jurídica simétrica ao ato de

¹ ALBERTO XAVIER, *Conceito e Natureza do Acto Tributário*, 1972, pp. 475-476.

² Como ensinam ALBERTO XAVIER, *Conceito e Natureza do Acto Tributário*, 1972, p. 537 citando A. FERRER CORREIA em *Lições de Direito Comercial*, Vol III, 1975, p. 47, o ato tributário apresenta-se como um ato abstrato, que ao cristalizar os direitos e deveres emergentes da obrigação de imposto aos termos por ele declarados, ganha uma existência independente da situação material que lhe deu origem. Esta qualidade, própria dos demais atos da administração, é-lhe atribuída, tanto na vertente de abstração formal, traduzida na sua aptidão para desempenhar uma multiplicidade de funções, como na sua vertente de abstração material, por via da qual o ato, uma vez praticado, passa a valer independentemente dos factos que lhe deram origem e do fim por ele visado. A abstração material do ato tributário é o que explica que depois da definição imperativa da tributação a realizar, a potencial fluidez dos diferentes entendimentos que possam existir quanto aos elementos da relação material de imposto passa a apenas poder ser invocada por referência à situação por ele declarada, que assim passa a servir de centro de intersecção das diferentes posições jurídicas em jogo.

³ É como ato administrativo que a natureza instrumental do ato tributário releva, concretizando a previsão legal abstrata nos casos individuais. O traço distintivo deste ato está na sua capacidade de proceder, com efeitos jurídicos externos, à fixação global da situação jurídica complexa emergente da obrigação tributária individual e concreta. Através dele, ambas as partes da relação tributária ficam vinculadas aos termos por ele declarados, possibilitando aos contribuintes o comportamento libertatório das suas obrigações e a abertura das vias impugnatórias que visam assegurar a tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos e habilitando a administração a desencadear a execução coerciva do direito de crédito à prestação nele fixada.

⁴ JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *A Revogação dos Actos Administrativos*, 2.^a ed., 1985, pp. 98-104.

⁵ A este propósito PAULO OTERO *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 2013, p. 240, refere-se a direitos subjetivos perfeitos, que serão aqueles que não podem ser condicionados ou enfraquecidos por via de uma atuação administrativa preventiva ou condicionante, por oposição aos direitos enfraquecidos que designa por direitos subjetivos imperfeitos.

autoridade exercido, garantindo apenas aos particulares o recurso a instrumentos que de controlo da legalidade do exercício dos poderes da administração⁶.

Acontece que, como nos ensina Alberto Xavier, sendo o ato tributário, por força do princípio da tipicidade, estritamente vinculado, nele não se manifesta qualquer poder de disposição que possa provocar o enfraquecimento ou a degradação de direitos subjetivos em meros interesses legalmente protegidos. Isto porque, formando-se a obrigação de imposto instantaneamente com a verificação dos factos tributários, a dívida de imposto está constituída muito antes de o ato tributário ser praticado⁷.

No entanto – dizemos nós – isto será assim se a factualidade declarada no ato corresponda à verdade material e tanto as normas aplicadas, como as operações realizadas de acordo com as mesmas, estiverem conformes com a lei e o Direito e forem compatíveis com as demais normas do bloco legal.

A verdade é que isto nem sempre acontece, sendo concebível que o ato declarativo de factos desconformes com a situação material subjacente venha a estabilizar-se na ordem jurídica pelo decurso dos prazos de recurso aos meios de tutela da sua legalidade, consolidando a obrigação de imposto erradamente declarada no ato. Nestes casos, o ato tributário, ao produzir, por via da abstracção, um efeito de *descolamento* entre a realidade subjacente e a realidade declarada⁸, pode atingir a esfera jurídica do contribuinte na parte que *vai para além* do recorte anteriormente feito no âmbito da obrigação fiscal, em resultado da interseção entre facto e norma. Nestas situações, pode dizer-se que o ato tributário terá um *efeito potencialmente constitutivo*, na medida em que – salvo nos casos de nulidade – produzirá “efeitos jurídicos, que podem ser destruídos com eficácia retroativa se o ato vier a ser anulado por decisão proferida pelos tribunais administrativos ou pela própria Administração” (n.º 2 do artigo 163.º do CPA), efeitos estes que o decurso dos prazos de impugnação graciosa e contenciosa em regra permite consolidar.

Sucede que, mesmo nestes casos, esta degradação de direitos dos particulares não ocorrerá como dá testemunho a possibilidade de acionamento da responsabilidade civil do Estado⁹ imposta pelo artigo 22.º da CRP, no caso

⁶ ALBERTO XAVIER, *Conceito e Natureza do Acto Tributário*, 1972, p. 456. Um exemplo clássico desta compressão ou enfraquecimento de direitos é o direito do funcionário ao vencimento que resultará enfraquecido face ao exercício do poder disciplinar de suspensão.

⁷ ALBERTO XAVIER, *Conceito e Natureza do Acto Tributário*, 1972, pp. 521-522.

⁸ Que para todos os efeitos é a que passa a valer, exceto no domínio da discussão da legalidade do ato tributário.

⁹ Cfr. ainda o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, aprovado pela Lei n.º 67/2007 de 31 de dezembro.

por violação do seu artigo 103.º n.º 3. É certo que, com o decurso do prazo de pagamento, a prestação de imposto torna-se imediatamente exigível, procedendo-se desde logo à sua execução coerciva, em conformidade com a estrutura *solve et repete* do contencioso tributário. No entanto não só não existe qualquer interesse público na tributação ilegalmente obtida, como a arrecadação ilegal de tributos é contra esse mesmo interesse público, já que rompe o consentimento estruturalmente necessário à sustentabilidade do Estado fiscal, colocando em causa a paz social e o *status quo* político e prejudica valores essenciais da Constituição económica¹⁰.

Além disso, resultando o imposto num fenómeno impositivo de natureza obrigacional, logo situado no plano do *deve* e do *haver*, a limitação do seu exercício não deve ser feita através de uma passiva e genérica remissão ao direito de propriedade privada, mas antes mediante o estabelecimento de limites ao exercício desse mesmo poder. Apenas com a interposição, entre o direito de proteção da esfera privada e o dever fundamental de pagar impostos, de um direito fundamental¹¹, como aquele formulado no n.º 3 do artigo 103.º da CRP, pode adequadamente impedir-se que o direito do particular confrontado com uma liquidação ilegal de imposto que decidiu pagar para obstar ao desencadear da cobrança coerciva da dívida, se torne num direito enfraquecido, e se transforme em interesse legalmente protegido.

Daí que o direito dos particulares a não serem tributados ilegalmente se apresente estruturalmente como um *direito subjetivo público*, por se traduzir num poder para a prossecução de interesses simultaneamente públicos e privados¹² – já que nele se alinham a juridicidade ínsita no Estado de Direito e a necessidade de proteger a esfera privada de abusos cometidos pela administração no exercício de poderes fiscais¹³ –, que além do mais figura na Constituição como direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias previstas no catálogo (artigo 17.º da CRP) a *não ser obrigado a pagar impostos*

¹⁰ Como refere ALBERTO XAVIER, *Aspetos Fundamentais do Contencioso Tributário*, 1972, pp. 100, o abuso do poder tributário tem por efeito colocar uma parcela do património do particular em condições de não ser aproveitado em virtude do pagamento do imposto e consequentemente na privação das utilidades decorrentes da subtração dessa parcela patrimonial.

¹¹ Como defendem JOSÉ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., 2012, p. 81, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., 2003, p. 405, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 3.ª ed., 2000, p. 151, JOSÉ CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, 1997, p. 186, nota 5, SALDANHA SANCHES, *O ónus da prova no processo fiscal*, Lisboa, 1987, p. 5.

¹² MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 6.ª ed., 1951, p. 168.

¹³ Esfera privada que, como vimos, é um pilar fundamental do princípio do Estado fiscal já que assenta por sua vez na estruturação da economia como uma economia de mercado, livre e concorrencial.

inconstitucionais ou ilegalmente liquidados e pagos (n.º 3 do artigo 103.º e artigo 17.º da CRP).

1.3. Donde, ao contrário do que muitas vezes sucede perante o exercício de poderes de autoridade, de degradação de direitos subjetivos em interesses legalmente protegidos, o exercício de poderes tributários não degrada ou enfraquece os direitos subjetivos dos particulares à proteção da parcela da sua esfera privada não afetada pelo conteúdo do dever fundamental de pagar impostos. Porque limitando-se o ato tributário a proceder ao natural desenvolvimento da obrigação de imposto previamente constituída, revelando e declarando a prestação apta a extingui-la por cumprimento, a esfera privada permanece em geral intacta. Além disso, o exercício de poderes tributários não degrada o direito subjetivo dos particulares não abrangido pelo seu dever fundamental de pagar impostos, porque aquele se encontra protegido por um limite constitucional ao exercício dos poderes tributários, instituído mediante atribuição aos particulares do direito fundamental a não pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroativa ou cuja liquidação e cobrança se não faça nos termos da lei. Direito que, além de possuir um conteúdo imediatamente vinculante da administração, em termos idênticos às demais normas que informam a sua atividade, permanece intacto perante qualquer ato de autoridade que o pretenda comprimir.

Pelo que além do limite *interno* em que a juridicidade da tributação se traduz, o exercício dos poderes tributários encontra ainda um limite *externo* que será o direito fundamental previsto no n.º 3 do artigo 103.º da CRP. Esta constatação conduz-nos a reconhecer a existência de dois níveis de vinculação dos atos tributários: o da sua submissão à juridicidade tributária com vista à correta manifestação da vontade funcional do legislador expressa no âmbito da sua reserva de lei parlamentar (n.º 2 do artigo 266.º e al. i) do n.º 1 do artigo 165.º e n.º 2 do artigo 103.º da CRP); e o nível do dever de respeito pelos direitos subjetivos dos particulares, onde se inclui a direta aplicação do direito fundamental à legalidade na tributação (n.º 1 do artigo 266.º, n.º 3 do artigo 103.º, artigo 17.º e n.º 1 do artigo 18.º da CRP).

Apesar de ambas estas realidades constituírem afinal expressões do mesmo princípio, mantendo entre si inegáveis zonas de sobreposição, elas funcionam como perspetivas parcelares da mesma realidade. A primeira perspetiva está ao nível da prossecução das *atribuições* da administração fiscal na medida em que a parcela de interesse público que a lei lhe incumbe de prosseguir implica, como competência das competências, a aplicação das normas de que depende a prossecução dessa mesma parcela de interesse público e consequentemente a conformidade e compatibilidade da sua atuação com a juridicidade. Neste

nível de vinculação, a administração deve exercer os seus poderes-deveres tributários no quadro de um procedimento imparcial marcado pelo inquisitório com vista à descoberta da verdade material, de modo a que possa exprimir a necessária adesão do conteúdo dos seus atos às situações materiais subjacentes a que se dirigem. A segunda perspectiva está ao nível do exercício das *competências* do autor do ato, na medida em que os poderes funcionais da administração devem ser exercidos com respeito pelos deveres legais que sobre si impendem, entre os quais se conta o dever de respeito pelos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos dos particulares, que em matéria de impostos incluem o direito fundamental a apenas pagar impostos aprovados por leis válidas e constitucionais e cuja liquidação e cobrança seja feita nos termos da lei.

1.4. Note-se que o ato tributário pode ser visto como *conduta objetivamente desconforme* com o quadro legal que lhe corresponde, caso em que se diz que o ato é *ilegal*. Mas a contradição do ato com a lei pode resultar de ele ser praticado com violação de algum dever legal de com ela se conformar – seja ele um dever instrumental ou o dever de respeito por direitos não enfraquecíveis dos particulares – e nesse caso se diz que o ato além de ilegal é ainda *ilícito*¹⁴. Trata-se de duas valorações autónomas da maior importância que podem incidir sobre o mesmo ato: ao passo que a ilegalidade traduz um juízo de reprovação pela desconformidade do ato com a lei, a ilicitude é um juízo relativo a uma conduta marcada por uma violação de um dever legal do agente que a praticou¹⁵. Pelo que os atos ilegais da administração podem ser também ilícitos quando na sua execução ocorreu preterição de algum dever legal.

A distinção entre os juízos de valor autónomos de ilegalidade e ilicitude tem interesse quanto ao ato tributário por produzirem em regra consequências diferentes: ao passo que a ilegalidade conduz à anulabilidade ou à declaração de nulidade, a ilicitude conduz à responsabilidade civil e consequentemente à obrigação de indemnizar. Assim, pode o ato ser desconforme com o quadro legal que lhe corresponde e essa desconformidade não se dever à violação de qualquer dever por parte do órgão que o pratica. No entanto, é preciso ter em conta que, como se viu, os atos tributários ilegais são frequentemente ainda

¹⁴ Como a propósito se pode ler no n.º 1 do artigo 9.º da Lei 67/2007, de 31 de dezembro, “Consideram-se ilícitas as ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infringam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”.

¹⁵ ALBERTO XAVIER, *Aspetos Fundamentais do Contencioso Tributário*, 1972, pp. 99-101. No nosso ordenamento a distinção resulta desde logo do artigo 9.º da Lei n.º 67/2007 de 31 de dezembro. Ver ainda SOARES MARTINEZ, *Filosofia do Direito*, 2003, p. 555.

ilícitos por violação do dever de respeito pelo direito subjetivo público dos particulares (n.º 1 do artigo 266.º da CRP), com a estrutura de uma liberdade e natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (artigo 17.º da CRP), a não pagar impostos inconstitucionais ou cuja liquidação e cobrança se não faça nos termos da lei.

É este fenómeno de *dupla valoração normativa* dos atos tributários que permite explicar a difícil consolidação dos atos anuláveis e o frequente dever de revisão oficiosa do ato tributário¹⁶, mesmo depois de esgotados os meios previstos na lei para a sua impugnação graciosa e/ou contenciosa. Este meio, a ser despoletado tanto a pedido dos contribuintes como por iniciativa da administração permite reparar situações de injustiça grave ou notória, além de outras, em que a administração pretenda ilegítimamente fazer-se prevalecer da consolidação de situações originadas pela sua própria violação de deveres legais de conduta a que se encontra adstrita no exercício da atividade administrativa.

2. O caso paradigmático do erro imputável aos serviços

Das considerações que antecedem resulta que o ato tributário pode ser desconforme com o quadro legal que lhe corresponde, sendo por isso *ilegal*, e essa desconformidade não se dever à violação de qualquer dever por parte do órgão que o pratica, não sendo por isso *ilícito*. É o caso dos atos praticados sem erro imputável aos serviços, cuja desconformidade com a lei não resulta da inobservância de qualquer dever por parte da administração (n.º 1 do artigo 43.º da LGT). Por isso devem ser considerados ilegais, mas não ilícitos, os atos relativamente aos quais a administração não tenha violado qualquer dever, tendo cumprido todas as formalidades exigidas por lei e procedido à sua aplicação de acordo com o material probatório disponibilizado ao longo do procedimento, e ainda assim, o seu ato conclusivo não reflete a situação material subjacente resultando num ato discordante com a obrigação de imposto constituída.

É o que acontece nas situações de erro de facto na autoliquidação ou naquelas em que esta não tenha sido efetuada de acordo com orientações genéricas emitidas pela administração tributária, em que não haverá erro imputável aos serviços, mas antes erro imputável ao contribuinte. Em ambos os casos, além de a impugnação do ato dever ser obrigatoriamente precedida de reclamação graciosa que permita o posterior reconhecimento e correção do erro praticado pelo contribuinte (n.º 1 do artigo 131.º do CPPT), não haverá naturalmente

¹⁶ Como veremos adiante, “no prazo de quatro anos após a liquidação ou a todo o tempo se o tributo ainda não tiver sido pago, com fundamento em erro imputável aos serviços” (n.º 1 do artigo 78.º da LGT).

lugar a juros indemnizatórios. O legislador vai neste mesmo sentido ao determinar, no n.º 2 do artigo 43.º da LGT que se considere “*haver erro imputável aos serviços nos casos em que, apesar de a liquidação ser efetuada com base na declaração do contribuinte, este ter seguido, no seu preenchimento, as orientações genéricas da administração tributária, devidamente publicadas*”¹⁷.

2.1. A posição da doutrina e da jurisprudência

Apesar da proposição com a qual concordamos, de que o conceito de *erro* deve ser entendido por contraposição ao conceito de *vício*, este abrangendo quaisquer ilegalidades formais e substanciais na ação da administração, que sejam suscetíveis de conduzir à anulação do ato¹⁸, tem-se entendido¹⁹, quanto a nós erradamente, que o erro imputável aos serviços que fundamenta o direito a juros indemnizatórios refere-se apenas ao erro sobre os pressupostos de facto ou ao erro sobre os pressupostos de Direito. Assim, têm os nossos tribunais superiores entendido que a anulação de um ato de liquidação unicamente fundada em vício formal da responsabilidade da administração, não implica a existência de erro de que resulte pagamento da dívida tributária em montante superior ao devido. Deste modo têm ficado excluídos do direito a juros indemniza-

¹⁷ Aliás nestes casos, em que se considera haver *erro imputável aos serviços*, e em que a ilegalidade da autoliquidação decorre de matéria exclusivamente de Direito, os particulares são muito justamente dispensados de apresentar reclamação graciosa necessária, pois não se justifica uma pronuncia obrigatória prévia da administração (n.º 3 do artigo 131.º do CPPT). A anterior redação do n.º 2 do artigo 78.º da LGT revogada pela al. h) do n.º 1 do artigo 215.º da Lei n.º 7-A/2016 de 30 de março, estatua que “*Sem prejuízo dos ónus legais de reclamação ou impugnação pelo contribuinte, considera-se imputável aos serviços, para efeitos do número anterior, o erro na autoliquidação*”. Tratava-se de uma redação criticável na medida em que naturalmente nem todos os erros da autoliquidação devam ser considerados erros imputáveis aos serviços, mas apenas aqueles que possam ser reconduzidos à *parcela do ato imputável à administração*. Por isso, somos de opinião que, *de iure condendo*, deverá a lei considerar expressamente como imputável aos serviços para efeitos da sua revisão, a ilegalidade da autoliquidação nos casos previstos no n.º 3 do artigo 131.º do CPPT, sem prejuízo desse entendimento ser atualmente possível à luz de uma defensável interpretação extensiva do artigo 78.º da LGT, como também entende PAULO MARQUES, *A Revisão do Acto Tributário*, 2017, pp. 185-196.

¹⁸ JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES (coord.), *Lei Geral Tributária Comentada e Anotada*, 2015, p. 360.

¹⁹ Ver jurisprudência assente do STA dos acórdãos de 29/10/2008 (proc. 622/08), de 21/01/2009 (proc. 0945/08), de 09/09/2009 (proc. 0369/09), de 04/11/2009 (proc. 665/09), de 08/06/2011 (proc. 0876/09), de 20/01/2010 (proc. 0942/09), de 07/09/2011 (proc. 416/11), de 30/05/2012 (proc. 410/12), de 02/12/2015 (proc. 01610/13), de 11/28/2018 (proc. 087/18.0BALSb). Veja-se também o acórdão do TC n.º 83/2014, que sobre esta matéria também se pronunciou.

tórios, casos como os de violação do direito de participação dos particulares ou de desconsideração dos elementos novos carregados para o procedimento pelo particular, em violação do princípio da descoberta da verdade material. Trata-se de casos em que, quanto a nós, verificam-se ilegalidades que são também ilicitudes, porque imputáveis a condutas realizadas em violação de deveres de conduta por parte da administração e do dever de respeito pelas garantias dos contribuintes, todos naturalmente com potencial influência direta sobre o resultado do procedimento.

Em defesa daquela tese, Jorge Lopes de Sousa²⁰ refere que dos vícios de forma resultantes da violação de normas que regulam a atividade da administração “*não implica que tenha havido lesão da situação jurídica substantiva*”. Para este autor, nos casos em que há a certeza que a prestação patrimonial foi indevidamente exigida, isto é, naqueles em que ocorre a anulação de um ato tributário por não se verificarem os pressupostos de facto ou de direito em que deva assentar, compreende-se que a LGT atribua uma indemnização baseada em presunção e não faça idêntica atribuição nos casos em que a ilegalidade cometida não implique a ilegalidade *material* da própria prestação. Isto sem que, acrescenta, “*na sequência de uma anulação derivada de vício procedimental ou de forma ou incompetência o contribuinte que se sinta lesado nos seus direitos patrimoniais, esteja legalmente impedido de exigir judicialmente a reparação a que se julgue com direito*”, em ação destinada a efetivar a responsabilidade civil extracontratual do Estado²¹.

²⁰ JORGE LOPES DE SOUSA, *Código do Procedimento e de Processo Tributário*, I, 2011, p. 532.

²¹ Artigo 22.º da CRP e Lei n.º 67/2007 de 31 de dezembro. A nosso ver, remeter os contribuintes para a ação destinada a efetivar a responsabilidade civil extracontratual do Estado corresponde a declarar a incapacidade do contencioso tributário para resolver os seus próprios problemas, além de ser um entendimento contrário ao princípio da plenitude dos meios processuais, nos termos do qual a todo o direito de impugnar corresponde o meio processual mais adequado de o fazer valer em juízo (artigo 97.º n.º 2 da LGT). Além disso, é igualmente contrário ao princípio da tutela jurisdicional efetiva (artigo 9.º da LGT, 96.º da CPPT e n.º 4 do artigo 268.º da CRP), pois não só impõe custos acrescidos aos particulares, como leva aqueles que confiaram no procedimento tributário e num sentido razoável da lei e mesmo assim as suas pretensões de juros indemnizatórios improcederam com aquele fundamento, a verem mais tarde esgotado o prazo legal de recurso à ação, dado o atual tempo de decisão dos tribunais administrativos e fiscais. Segundo JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA e MAFALDA CARMONA, “*O princípio pro actione no procedimento administrativo – Ac. do STA de 22.1.2004, p. 2064/03*”, CJA, pp. 38 e segs., o princípio *pro actione* ou do favorecimento processual impõe que, sendo as leis processuais um instrumento para a realização da justiça, devam evitar-se as situações de denegação de justiça por excessivo formalismo. Além disso, como reiteram por diversas vezes e muito bem ao longo da sua obra, SERENA CABRITA NETO e CARLA CASTELO TRINDADE, *Contencioso Tributário*, Vol. I, 2017, por exemplo a p. 518, a subsistência da dicotomia existente no procedimento e processo tributário entre os meios administrativos e os meios formais tributários típi-

No mesmo sentido, vão Serena Cabrita Neto e Carla Castelo Trindade entendendo que “*não faz sentido indemnizar o contribuinte que sempre teria de proceder ao pagamento do tributo e só tem direito à devolução da quantia paga por razões que ultrapassam o ato subjacente*”²². Segundo estas autoras, serão de afastar quaisquer dúvidas relativas à constitucionalidade desta solução, porque apesar do direito previsto no n.º 3 do artigo 103.º da CRP, a não atribuição de juros indemnizatórios não constitui uma aceitação da legalidade de atos de liquidação que padecem de vícios formais. Estas autoras citam ainda Jesuíno Alcântara Martins e Costa Alves, referindo que a anulação de um ato tributário com fundamento em caducidade do direito à liquidação “*não implica a existência de qualquer erro sobre os pressupostos de facto ou de direito*”²³. No mesmo sentido, Paulo Marques entende que o erro imputável aos serviços “*cinge-se às situações em que está afetada a definição da relação tributária entre as partes, designadamente a existência de casos em que fisco cobra uma prestação tributária com carácter indevido, o que não será o caso de existir o vício de incompetência ou de forma*”²⁴.

2.2. Tomada de posição

2.2.1. Não podemos acompanhar estas teses. O exercício de um poder depois de decorrido o prazo de caducidade, além de ser *ilegal* e por isso anulável por vício de incompetência relativa, é ainda *ilícito* e por isso gerador de responsabilidade pelos danos causados, por violar o dever de respeitar o direito subjetivo público do contribuinte (artigos 55.º da LGT, 4.º do CPA e n.º 1 do artigo 266.º da CRP) a apenas pagar impostos cuja liquidação seja feita nos termos da lei (n.º 3 do artigo 103.º da CRP). Além disso, a culpa é presumida na prática de atos jurídicos ilícitos (n.º 2 do artigo 10.º da Lei 67/2007, de 31 de dezembro), presunção que é precisamente função do n.º 1 do artigo 43.º da LGT assegurar.

Mas recuemos um pouco: a determinação do sentido e alcance da expressão *erro imputável aos serviços* não tem que ver com a conveniência ou falta dela

cos, dificulta a ação dos intervenientes incluindo a administração tributária e não adianta na proteção dos contribuintes, bem pelo contrário.

²² SERENA CABRITA NETO e CARLA CASTELO TRINDADE *Contencioso Tributário*, Vol. I, 2017, pp. 219-222.

²³ JESUÍNO ALCÂNTARA MARTINS e COSTA ALVES, *Procedimento e Processo Tributário: uma perspetiva prática*, 2015, p. 69.

²⁴ PAULO MARQUES, *A Revisão Oficiosa do Acto Tributário*, 2017, pp. 246-247.

quanto ao pagamento de juros indenizatórios nos casos de pagamento indevido da prestação tributária por força de atos anulados por vícios formais.

O erro consiste numa *forma incorreta de tomar uma decisão*. Não se trata de uma qualidade do ato em si, da declaração do Direito nele contida, mas antes do modo como ele é praticado. O erro tem lugar quando no decurso de um procedimento de tomada de decisão, o seu autor viola um qualquer dever a que esteja obrigado. Nestes casos, o ato não só é desconforme com a lei, como deve sofrer a consequência associada à circunstância de ter sido produzido com violação de um dever legal.

E do ato ilegal por vício de forma não se diga não produzir desconformidade entre a prestação por ele declarada e a relação jurídica tributária que lhe serve de base, por duas ordens de razão: primeiro, porque as formalidades legalmente exigidas servem para assegurar adequados padrões de segurança jurídica, mas também para que exista concordância entre a prestação declarada no ato e a relação tributária subjacente. Defender que a sua preterição não significa que a prestação tributária não seja indevida, equivale a declarar a irrelevância da sua integração no procedimento legal de produção de atos tributários. Em segundo lugar, porque basta a simples possibilidade de a preterição de tais formalidades influir na decisão final, para que a receção dos mesmos na ordem jurídica deva ser pura e simplesmente rejeitada, uma vez que não estão asseguradas as mínimas condições de fidedignidade exigidas por lei. É o que resulta do regime da anulabilidade, aplicável aos atos praticados com ofensa dos princípios ou outras normas jurídicas aplicáveis (artigo 163.º n.º 1 do CPA) e da própria Constituição, ao declarar no n.º 3 do seu artigo 103.º que ninguém pode ser obrigado a pagar impostos cuja liquidação se não faça nos termos da lei. E se o contribuinte, confrontado com um ato praticado nestas condições, pagar a dívida de maneira a evitar a sua cobrança coerciva, estará em todo o caso a realizar um *pagamento indevido da prestação tributária* (n.º 1 do artigo 43.º da LGT).

Ora, os poderes-deveres de natureza formal estão ligados ao procedimento precisamente devido à sua natureza instrumental quanto ao seu ato conclusivo. É para garantir que o ato tributário reproduza fielmente a situação material subjacente, que o legislador nele integra determinadas formalidades que reputa de essenciais. E reputa-as de *essenciais* pela relevância *potencial* que essas formalidades podem ter no apuramento de casos concretos, sem as quais a fiabilidade dos seus atos conclusivos, sobretudo em procedimentos massificados como é o caso dos procedimentos tributários, não pode ser garantida²⁵.

²⁵ A afirmação fácil de que a inobservância de formalidade *essencial* em determinado procedimento não teve qualquer influência no ato tributário, não deve levar-nos a esquecer que a concreta relevância de formalidades essenciais apenas pode ser verdadeiramente avaliada depois de elas serem cumpridas.

Como exemplos desta relevância temos o direito dos contribuintes à participação nas decisões que lhes digam respeito, que se justifica a luz do princípio do contraditório, mas também do princípio da descoberta da verdade material, já que ninguém se encontra em melhor posição do que o contribuinte para aportar ao procedimento elementos relevantes ao completo apuramento da obrigação de imposto. Temos ainda o prazo de caducidade do poder-dever de liquidação de tributos²⁶, porque além do direito que os particulares devem ter a alguma estabilização das suas relações com a administração, devem ainda ter a segurança de saber que não lhes serão exigidos impostos muitos anos após a verificação dos factos que lhes deram origem. É que o decurso de um determinado prazo torna inaceitáveis os factos apurados, desde logo pela maior dificuldade da sua contraprova.

Todas estas exigências legais têm finalidades bem definidas, a começar pelo objetivo de garantir que o ato resultante do procedimento reflita a factualidade efetivamente verificada, e assim exprima realmente a vontade funcional do legislador. Pelo que, ainda que se pretenda defender, segundo um *juízo de prognose póstuma*, que a preterição destas formalidades não afeta o resultado final da atividade administrativa de gestão fiscal, bastará a mera suscetibilidade ou potencial de afetar a decisão final tomada no procedimento, para que a mesma deva ser rejeitada *tout court*, além de ser qualificada como aquilo que é: um *erro imputável aos serviços*.

2.2.2. Além disso, o risco da ilegalidade dos atos da administração, por preterição de formalidades consideradas essenciais²⁷, influir substancialmente no ato conclusivo do procedimento, deve correr por conta da administração e não dos particulares. Como nota Rui Duarte Moraes, o entendimento doutrinal e jurisprudencial atrás descrito tem por efeito a antecipação ilegal e artificial do vencimento da obrigação tributária nos casos em que o pagamento tenha sido realizado com vista a obstar a diligências de cobrança, uma vez que, vindo a liquidação a ser anulada por vício de forma, o imposto apenas se tornará exigível depois de emitido um segundo ato tributário sem a parte viciada²⁸. Esta

Além de que em procedimentos de massa as formalidades essenciais são estabelecidas precisamente para obstar aos elevados custos associados ao estabelecimento de procedimentos que não as observem. Finalmente, como escrevem ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.^a ed., 1985, p. 390, o erro na forma de processo deve envolver uma *inutilização de todos os atos praticados* na medida em que dela resulte uma *diminuição das garantias de defesa*.

²⁶ Que como vimos, constitui uma garantia dos contribuintes sujeita a reserva de lei parlamentar.

²⁷ Pela lei, pela Constituição e por resultarem de direitos dos particulares.

²⁸ RUI DUARTE MORAIS, *Manual de Procedimento e de Processo Tributário*, 2016, p. 372.

antecipação do momento em que se vence a prestação tributária declarada em ato produzido com erro exclusivamente imputável à administração é evidentemente uma restrição ilegítima do direito dos contribuintes a não pagar impostos cuja liquidação se não faça nos termos da lei (n.º 3 do artigo 103.º da CRP), sendo causadora de prejuízos (artigo 22.º da CRP), que devem naturalmente ser ressarcidos.

Assim, o *erro* é uma qualificação que se refere ao *modo como o ato é produzido*, e será *imputável aos serviços* quando esse erro lhes deva ser atribuído. Entender esta expressão de outro modo implica desconsiderar a presunção de que o legislador se soube exprimir em termos adequados (artigo 9.º n.º 3 do CC, aplicável *ex vi* do n.º 1 do artigo 11.º da LGT). Mas mesmo aqui, aquelas teses falham o alvo, porque a *ratio* que se encontra por detrás do uso da expressão “*erro imputável aos serviços*” que encontramos no procedimento tributário resulta da distinção entre atos que apenas são ilegais e os atos que além de ilegais são ainda ilícitos por violação de um dever legal a cargo da administração. Pois ao passo que a ilegalidade é causa de invalidade, a ilicitude conduz ao dever de indemnizar²⁹.

Não temos dúvidas que, violando a administração um dever a que está obrigada na produção de um ato tributário, comete um *erro* que pode ser *imputado aos serviços*. Se na sequência desse erro for realizado o pagamento indevido da dívida tributária, então deve o contribuinte ser indemnizado pelo período que o montante prestado esteve indevidamente entregue a quem a ele não tinha, nessa altura, direito. Não indemnizar os contribuintes que paguem indevidamente imposto cuja liquidação se não faça nos termos da lei corresponde a obrigar os contribuintes a proceder ao seu pagamento, em clara violação do n.º 3 do artigo 103.º da CRP. É a administração e não os contribuintes quem deve suportar o custo resultante das ilicitudes que lhe são imputáveis. Se a ilicitude não influi na exigibilidade a final da prestação tributária, a administração terá a possibilidade de o demonstrar quando praticar o ato sem a parte viciada, e será então, tarde e não cedo, devido a erro imputável aos serviços, que a dívida tributária deverá ser exigida.

Do mesmo modo que, quando retardada a liquidação de parte ou da totalidade do imposto devido por facto imputável ao sujeito passivo, são devidos juros compensatórios (n.º 1 do artigo 35.º da LGT), quando por alguma razão

²⁹ Só fará sentido que o efeito da anulação respeite apenas ao reembolso em singelo do imposto indevidamente prestado, sem que se admita a constituição do dever de indemnizar, caso se reconheça a ilegalidade do ato, mas não a ilicitude da conduta imputável à administração, por violação de algum dever legal a que esteja adstrita por ser a entidade legalmente encarregue da condução do procedimento tributário. Ver ALBERTO XAVIER, *Aspetos Fundamentais do Contencioso Tributário*, 1972, p. 100.

imputável à violação de um dever legal da administração haja de restituir-se ao contribuinte algum montante por este indevidamente pago, deve entender-se existir erro imputável aos serviços gerador da obrigação de pagamento de juros indemnizatórios (artigo 43.º da LGT)³⁰. A não ser assim, o direito do contribuinte à proteção da sua esfera privada perante a atuação da administração violadora de deveres legais que sobre si impendem, tornar-se-ia num direito enfraquecido, em violação do n.º 3 do artigo 103.º da CRP e do direito ao ressarcimento do prejuízo causado pela restrição ilegítima do seu direito (artigo 22.º da CRP, aplicável por remissão do seu artigo 17.º).

Constatamos assim que uma das particularidades do Direito dos impostos é a circunstância de este ser em grande medida informado pelo direito fundamental previsto no n.º 3 do artigo 103.º, da CRP. Particularidade de tal modo significativa que impede o direito dos particulares à proteção da sua esfera privada e à livre disposição dos seus bens de se converter em direito enfraquecido em consequência do exercício de poderes de autoridade administrativa na declaração de direitos tributários, transformando-o em simples interesse legalmente protegido, e sujeitando as condutas que os violem ou restrinjam ao regime geral e particular aplicável aos direitos, liberdades e garantias.

3. Conclusões

Podemos agora apreciar como o exercício de poderes tributários não degrada o direito subjetivo dos particulares à proteção da parcela da sua esfera privada não afetada pelo conteúdo do dever fundamental de pagar impostos. Primeiro, porque limitando-se o ato tributário a proceder ao natural desen-

³⁰ Por esta mesma razão são assimilados a erro imputável aos serviços, as situações previstas no n.º 3 do artigo 43.º da LGT, em que são devidos juros indemnizatórios: “a) Quando não seja cumprido o prazo legal de restituição oficiosa dos tributos; b) Em caso de anulação do acto tributário por iniciativa da administração tributária, a partir do 30.º dia posterior à decisão, sem que tenha sido processada a nota de crédito; c) Quando a revisão do acto tributário por iniciativa do contribuinte se efectuar mais de um ano após o pedido deste, salvo se o atraso não for imputável à administração tributária. d) Em caso de decisão judicial transitada em julgado que declare ou julgue a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma legislativa ou regulamentar em que se fundou a liquidação da prestação tributária e que determine a respetiva devolução.”. Nos dois primeiros casos está em causa a violação do dever de imediata e plena reconstituição da situação que existiria se não tivesse sido cometida a ilegalidade (artigo 100.º da LGT), no terceiro caso temos um atraso de tal ordem do cumprimento do prazo legal de decisão, que o legislador a partir de certa altura começa a considerar injustificável, passando por isso a ligar a *erro imputável aos serviços* (n.º 1 do artigo 56.º e n.º 1 do artigo 57.º da LGT). Finalmente, no último caso o que está em causa é evidentemente a violação do dever de respeito pelo direito subjetivo público dos contribuintes a apenas pagar impostos que hajam sido criados nos termos da Constituição (n.º 3 do artigo 103.º da CRP).

volvimento da obrigação de imposto previamente constituída, a esfera privada permanece em geral intacta. Depois, porque esta encontra-se protegida por um limite constitucional ao exercício dos poderes tributários, instituído mediante atribuição aos particulares do direito fundamental que, além de possuir um conteúdo imediatamente vinculante da administração, em termos idênticos às demais normas que informam a sua atividade, permanece intacto perante atos de autoridade que o pretendam comprimir.

Pelo que os atos tributários estão condicionados por dois níveis de vinculação: o da correta expressão da legalidade tributária com vista à correta manifestação da vontade funcional do legislador expressa no âmbito da sua reserva de lei parlamentar (n.º 2 do artigo 266.º, al. i) do n.º 1 do artigo 165.º e n.º 2 do artigo 103.º da CRP); e o nível do cumprimento das vinculações legais de que depende o exercício das posições jurídicas ativas da administração, seja as que se impõem por força do interesse público no exercício da função administrativa³¹, sejam as que decorram da obrigação de respeito pelos direitos subjetivos dos particulares, onde se inclui a aplicação direta do direito fundamental a não pagar impostos inconstitucionais ou ilegalmente liquidados e cobrados (n.º 1 do artigo 266.º, n.º 3 do artigo 103.º, artigo 17.º e n.º 1 do artigo 18.º da CRP).

O ato tributário está assim sujeito a duas valorações autónomas de desconformidade face ao quadro legal que lhe corresponde: o ato será ilegal por estar em contradição com a lei, vício que conduz à anulabilidade ou à declaração de nulidade, e será ainda ilícito se for praticado com violação de algum dever legal a que a administração estiver sujeita, caso em que a desconformidade é conducente à responsabilidade civil e à obrigação de indemnizar³². O erro consiste numa forma incorreta de tomar uma decisão e será imputável aos serviços quando lhes deva ser atribuído. A *ratio* que se encontra por detrás da expressão “*erro imputável aos serviços*” que encontramos na lei resulta da distinção entre atos que apenas são ilegais e os atos que além de ilegais são ainda ilícitos por violação de um dever legal a que a administração está adstrita.

O encerramento por decurso do tempo dos diferentes meios impugnatórios dos atos tributários em geral pode ter o mesmo efeito que a constituição de direitos sobreponíveis às relações jurídicas previamente constituídas ou na ausência destas, a direitos dos particulares. Mas como a juridicidade tributária é reforçada por um direito de natureza análoga, repugna-lhe que a sanção da ilegalidade dos atos tenha lugar por mero decurso do tempo. Sendo por isso

³¹ Vinculações em que, dada a sua natureza de *poderes-deveres*, a administração não é livre no seu exercício.

³² Estamos em crer encontrar-se por construir uma dogmática própria da ilegalidade dos atos tributários, tema que pensamos terá interesse ser abordado em texto autónomo.

que no procedimento tributário, o esgotamento dos prazos previstos na lei para o recurso a certos meios impugnatórios em muitos casos não preclui o direito a mais tarde suscitar a apreciação da ilegalidade dos atos tributários.

Não significa isto qualquer aproximação ao regime da nulidade já que, apesar de em certos casos a ilegalidade dos atos tributários poder ser arguida muito depois de decorrido o prazo de reclamação ou impugnação, a regra continua a ser a da sua anulabilidade, o que significa que em regra os atos em discussão produzirão efeitos jurídicos, que podem ser destruídos com eficácia retroativa, caso venham a ser anulados por decisão proferida pelos tribunais ou pela própria administração. Além disso, o pedido de revisão oficiosa do ato tributário está condicionado à existência, não de ilegalidade, mas de erro imputável aos serviços, duplicação de coleta ou de injustiça grave ou notória³³.

Nestes termos, o prazo de consolidação definitiva dos atos tributários não coincide com o esgotamento dos prazos para a sua impugnação administrativa ou contenciosa, sempre que a ilegalidade resulte de erro imputável aos serviços ou dê origem a situações de injustiça grave ou notória, caso em que a discussão da legalidade do ato ainda pode ter lugar no âmbito do acionamento da revisão oficiosa do ato tributário, em regra desencadeado antes do decurso de quatro anos após a liquidação, ou a todo o tempo, se o tributo ainda não tiver sido pago.

Esgotados estes prazos, a relação material de imposto, tal como se encontra configurada no ato tributário ilegal, em princípio consolida-se, em virtude da caducidade do poder de praticar o ato tributário sem a ilegalidade cometida, *exceto nos casos de nulidade* (n.º 3 do artigo 102.º do CPPT).

³³ Apesar do paralelismo evidente da expressão “*injustiça grave ou notória*” com a cláusula alemã das nulidades por natureza, nenhuma das qualificações desencadeadores da revisão dos atos tributários constitui causa de ilegalidade, não podendo por isso servir de base a qualquer teoria de invalidades mistas. A primeira por se referir a “*injustiça*” e não a ilegalidade; e as expressões “*erro imputável aos serviços*” e “*duplicação de coleta*” por serem na verdade causas de ilicitude, referindo-se à violação de deveres de conduta por parte da administração no exercício das suas funções. Não obstante se conceda que este tipo de violação pode não estar presente nos casos da “*duplicação de coleta*”, sempre que esta se deva a negligência do contribuinte, estamos em crer que mesmo nestes casos esta acabe por se reconduzir a evidentes *injustiças graves ou notórias*.

O High Frequency Trading serve de amplificador do Risco Sistémico durante eventos catastróficos globais, tais como a Pandemia de COVID-19?

DIOGO PEREIRA COELHO***

SUMÁRIO: *Introdução. I. High Frequency Trading: 1. Evolução histórica; 2. Enquadramento legal; 3. Negociação algorítmica: definição e principais características; 4. Negociação algorítmica de alta frequência: definição e principais características. II. Das estratégias de negociação associadas ao HFT: estamos perante formas de manipulação de mercado: 1. Das estratégias de negociação associadas ao HFT; 2. Das formas de manipulação de mercado associadas ao HFT; 3. Considerações finais. III. O risco sistémico associado ao HFT aumenta com o impacto de eventos catastróficos globais nos Mercados Financeiros, tais como a Pandemia de COVID-19?: 1. Do risco sistémico associado ao HFT; 2. Do flash crash de 6 de Maio de 2010: em especial, o papel do HFT; 3. Do impacto de eventos catastróficos globais, tais como a Pandemia de COVID-19 nos Mercados Financeiros: o risco sistémico associado ao HFT aumenta?: a. Do impacto da Pandemia de COVID-19 nos Mercados Financeiros: a comparação histórica com outros surtos de doenças contagiosas; b. Do aumento notável da volatilidade em consequência do impacto da Pandemia de COVID-19*

* Diogo Pereira Coelho é licenciado em Direito e Mestre em Direito das Empresas pela FDUL. É ainda pós-graduado em E-Commerce, Direito das Sociedades, Corporate Governance, Corporate Finance e Corporate Finance Digital, todas organizadas pelo CIDP da FDUL. Exerceu funções de Business Implementation Manager no BNP Paribas (2017-2018), de docente do Curso Profissional de Técnico de Serviços Jurídicos no Instituto para o Desenvolvimento Social e de Advogado Associado na Carlos Pinto de Abreu e Associados – Sociedade de Advogados, SP, RL. Atualmente centra a sua prática nas áreas do Direito Penal Económico e Financeiro, do Direito Digital e das Novas Tecnologias, do Direito Fiscal e do Direito Contraordenacional, Regulatório e Compliance. É membro efetivo do Forum Penal e do Legal Experts Advisory Panel da Fair Trials.

** Este artigo é escrito ao abrigo do antigo acordo ortográfico. Trata-se de um contributo baseado num primeiro estudo, que foi realizado no âmbito do trabalho de avaliação final do Módulo Intensivo de Especialização em Corporate Finance Digital, organizado pelo Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2020.

nos Mercados Financeiros; c. Quais são as principais razões do impacto da Pandemia de COVID-19 nos Mercados Financeiros?; d. O risco sistémico associado ao HFT aumenta com o impacto de eventos catastróficos globais nos Mercados Financeiros, tais como a Pandemia de COVID-19? Conclusão. Bibliografia citada.

Introdução

O interesse por esta FinTech teve como origem na “caça às bruxas” resultante da Grande Crise Financeira de 2007–2008. Nessa altura, foram várias as questões que se levantaram na busca de possíveis responsáveis e possíveis causas, tendo a tecnologia de negociação algorítmica de alta frequência (doravante abreviadamente designada por HFT, com base na tradução inglesa *high frequency trading*) sido apontada como uma das possíveis respostas para as muitas questões¹. Compreende-se porquê. É possível aceder imediatamente (ao milissegundo ou mesmo nanossegundo) a todas as informações relativas às múltiplas e diversas variações dos preços dos valores mobiliários praticados nos mercados financeiros, e isto antes de todos os outros intermediários financeiros e investidores disporem de tecnologia para o efeito (nem que seja por meros segundos)².

Algumas estatísticas dão conta que apenas 10% das transacções nos mercados financeiros americanos e europeus de acções, derivados e *comodities*³, não são

¹ DUHIGG, Charles, (2009) in *Stock Traders Find Speed Pays*, in *Milliseconds*, The New York Times, Julho 2009, acessível em: <https://www.nytimes.com/2009/07/24/business/24trading.html> (consultado em 02.08.22).

² Isto significa que, no momento em que a informação de valorização de apenas um centímo de determinado valor mobiliário se torna acessível nos monitores dos mercados financeiros, já dispomos, no mesmo milissegundo, de tal informação. Esse conhecimento, com apenas alguns milissegundos de antecedência, é bastante para que possamos comprar milhares de acções pelo preço actual, além de ainda criar condições para que as possamos vender logo de seguida, novamente em apenas alguns milissegundos, pelo novo preço, isto é, mais caras em 1 centímo. A título de exemplo, “se estivermos a falar de 100.000 acções, e atendendo ao facto de que a valorização de cada acção foi em cerca de 1 centímo, isso significa que o investidor ganhou, em apenas alguns milissegundos, 100.000 centímos”, o que perfaz o valor de € 1.000,00 (mil euros). Acresce que, por dia, são realizadas em todo o mundo milhares de milhões de transacções com base nestas premissas, ou seja, nesta FinTech de negociação algorítmica (de alta frequência), podendo os ganhos atingir valores inimagináveis, mesmo estando em causa pequenas valorizações de preços. Vide a este respeito GILBERTO, Fernando, (2015) *Negociação Algorítmica de Alta Frequência: Negócios à velocidade da luz*, VidaEconómica, 2015, pp. 19–20.

³ É a palavra utilizada para descrever produtos de baixo valor agregado, ou seja, artigos de comércio que não sofrem processos de alteração, como frutas, legumes, cereais e determinados metais.

realizadas através de algoritmos e/ou sem qualquer assistência humana⁴, o que significa que são investidos bilhões “em plataformas de negociação eletrônica assentes em sistemas de comunicações com velocidades próximas da luz”, como é o caso da HFT⁵. Face ao exposto, estamos perante um tema atual que, apesar de cada vez mais estudado e regulado, continua a despertar alguns sentimentos antagônicos entre os intervenientes dos mercados financeiros, concretamente junto dos *traders*, reguladores, académicos e do próprio público em geral⁶, não havendo entendimento se estamos perante uma tecnologia cujo impacto pode ser considerado positivo ou negativo. A resposta para essa questão acaba por

⁴ Vide a este respeito CHENG, Evelyn, (2017) *Just 10% of trading is regular stock picking, JPMorgan estimates*, CNBC, Junho 2017, acessível em: <https://www.cnbc.com/2017/06/13/death-of-the-human-investor-just-10-percent-of-trading-is-regular-stock-picking-jpmorgan-estimates.html> (02.08.22); KIMANI, Alex (2018) *Goldman: Machines Are Taking Over Markets*, Nasdaq, 2018, acessível em: <https://www.nasdaq.com/articles/goldman-machines-are-taking-over-markets-2018-05-30> (02.08.22); & BURGER, Dani, (2017) *The U.S. Stock Market Belongs to Bots*, Bloomberg, Junho 2017, acessível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-06-15/it-s-a-quant-s-stock-market-as-computer-programs-keep-on-buying> (02.08.22).

⁵ Refira-se que no início de 2000, a negociação de alta frequência era apenas responsável por menos de 10% das ordens de capital. De acordo com dados da New York Stock Exchange (NYSE), o volume de comércio ampliou cerca de 164% entre 2005 e 2009. Em 2014, o relatório da European Securities and Markets Authority (ESMA) apresentava uma incidência de HFT na ordem dos 25%, essencialmente tendo em conta o total de transações executadas. Além disso, por referência ao volume total de ordens transmitidas ao mercado, a incidência era na ordem dos 60%. O dito relatório concluiu ainda que essa prevalência era mais elevada no âmbito da atividade desenvolvida em sistemas de negociação multilateral do que em mercados regulamentados. A este respeito vide GILBERTO, Fernando, (2015) *Negociação Algorítmica de Alta Frequência...*, op. cit. nota 2, p. 13; DUHIGG, Charles, (2009) in *Stock Traders Find Speed Pays...*, op. cit. nota 1; SUKUMAR, Nandini, (2011) *High-Frequency Trading Is 77% of U.K. Market, Tabb Group Says*, Bloomberg, Janeiro 2011, acessível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2011-01-24/high-frequency-trading-is-77-of-u-k-market-tabb-group-says> (02.08.22); KAUFMAN, Ted, (2017) *Breaking Wall Street's Boom, Bailout Cycle*, Huffpost, Março 2017, acessível em: https://www.huffpost.com/entry/breaking-wall-streets-boo_b_348494?guccounter=-1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly9wdC53aWtpcGVkaWEub3JnLw&guce_referrer_sig=AQAAAI-7gVKxfSPLUZZrxWzptBGrC4nBinUUm-fYpt-o2K9LkY30YXahRJBYfGZLjzNEyjHTA2W-dPsmidB9aCOLtN4CnQ0-zf213cDANtMPpjnBHI4qNDQSHXrN_s5AooTQJ91RH-0XwkOCraKrt-HigmzTwFhRnkhVNHkRXu7P3MPKq (02.08.22); McEACHERN GIBBS, Cristina, (2009) *Breaking it Down: An Overview of High-Frequency Trading*, InformationWeek: Wallstreet & Technology, Setembro 2009, acessível em: https://web.archive.org/web/20150402104736/http://www.wallstreetandtech.com/trading-technology/breaking-it-down-an-overview-of-high-frequency-trading/d/d-id/1262507?page_number=2 (02.08.22); THOMAS JR., Landon, (2009) *Secrets of Alleged Oil Price Manipulation Exposed*, CNBC, Setembro 2009, acessível em: https://web.archive.org/web/20150402154202/http://www.cnbc.com/id/32690802/Secrets_of_Alleged_Oil_Price_Manipulation_Exposed (02.08.22); & SANTOS ALMEIDA, Miguel, (2016) “Introdução à Negociação de Alta Frequência”, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, Número 54, CMVM, 2016, pp. 26-29.

⁶ GILBERTO, Fernando, (2015) *Negociação Algorítmica de Alta Frequência...*, op. cit. nota 2, p. 13.

depende de quem pergunta. Por um lado, os sujeitos (maioritariamente *private trading firms*) que usam HFT, suportados pelos artigos científicos de investigação que não abordam determinados riscos e cuja elaboração por eles próprios foi solicitada, enfatizam como e por que razão os mercados financeiros operam com mais eficácia. Neste sentido, defende-se que o impacto nos mercados financeiros se caracterizam pelos seguintes efeitos (positivos): (i) cada vez mais volume de transacções em cada vez menos tempo⁷; (ii) o aumento dos comportamentos estratégicos⁸; (iii) as interações alteram-se de *human-to-human to machine-to-machine*⁹; (iv) o aumento de liquidez garantido pelos *market makers*, em particular produtos menos transacionados e/ou em plataformas menos utilizadas¹⁰; (v) a redução dos *bid-ask spreads* (taxa de oferta/ procura) que, por norma, indica liquidez, estando este efeito associado ao anterior¹¹; (vi) o aumento da eficiência dos mercados e inerente moderação/ diminuição da volatilidade dos preços¹²; (vii) o aumento da velocidade da execução das ordens de compra ou de venda¹³; (viii) a redução dos custos de transacção associados a todos os

⁷ HALDANE, Andrew, (2011) *The Race to Zero*, speech given at the International Economic Association World Congress, Beijing, Julho 2011, p. 7, acessível em: <https://www.bis.org/review/r110720a.pdf> (02.08.22).

⁸ HALDANE, Andrew, (2011) *The Race to Zero...*, op. cit. nota 7, pp. 7-8.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Vide a este respeito LEE, Sang & ZUBULAKE, Paul, (2011) “The High-Frequency Game Changer – How Automated Trading Strategies Have Revolutionized the Markets”, Wiley Trading, Aitê, 2011, pp. 71-74; & KIRCHNER, Stephen, (2015) “High Frequency Trading: Fact and Fiction: Should HFT be hit with a Financial Transaction Tax? Policy, the journal of the Centre for Independent Studies”, Vol. 31, N.º. 4, 2015-2016, p. 10.

¹¹ BRECKENFELDER, Johannes, (2019) *Competition among high-frequency traders, and market quality*, European Central Bank (ECB) – Financial Research, Working Paper Series n.º 2290, Junho 2019, pp. 13- 14.

¹² Visto que a volatilidade se traduz na tendência de determinado preço ser alvo de alterações repentinas e inesperadas, o aumento de liquidez prepara os mercados financeiros para absorver instabilidades temporárias. Vide a este respeito BROGAARD, Jonathan, (2010) *High Frequency Trading and Volatility*, University of Washington, Julho 2010, acessível em: <https://www.managedfunds.org/industry-resources/industry-research/high-frequency-trading-and-volatility/> (02.08.22); o OICU-IOSCO, (2011) *Regulatory Issues Raised by the Impact of Technological Changes on Market Integrity and Efficiency*, Consultation Report, CR02/11, Julho 2011, acessível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCPD354.pdf> (02.08.22); KIRCHNER, Stephen, (2015) “High Frequency Trading...”, op. cit. nota 10, p. 10; & BRECKENFELDER, Johannes, (2019) *Competition among high-frequency traders...*, op. cit. nota 11, p. 15.

¹³ LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading: Market Manipulation and Systemic Risks From an EU Perspective*, Universität Zürich, Fevereiro 2012, p. 26, acessível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2108344 (02.08.22).

intervenientes¹⁴; (ix) o aumento dos proveitos dos investidores em função da dita redução de custos¹⁵.

Os reguladores e os sujeitos que não usam HFT tendem a criticar negativamente o respectivo impacto, defendendo que essa tecnologia pode alterar as condições de mercado e obstruir ordens individuais de execução¹⁶. Concretamente, são apontadas as seguintes razões: (i) o aumento de liquidez não é suficiente e, para além disso, é de qualidade efêmera, na medida em que é suportada através de preços e montantes diminutos¹⁷; (ii) a potencial conduta dos *markets makers* de sistemas de negociação multilateral em “tempos de crise”¹⁸; (iii) o efeito estabilizador gerado pela liquidez proporcionada pelo HFT na volatilidade dos preços pode vir a normalizar a anormalidade, ou seja, possíveis sinais ou mudanças não identificadas em virtude desse efeito estabilizador, podem vir a culminar num evento extremo de “normalização do desvio/ variação”¹⁹. Como tal, constata-se que a maioria das posições acabam por demonstrar que a utilização de HFT tem uma influência positiva nos mercados financeiros²⁰. Porém, esses efeitos positivos não podem descurar as condutas abusivas e ilegais que sejam identificadas no âmbito das estratégias de negociação associadas ao HFT²¹, na medida em que essas formas de manipulação devem servir de base para efeitos de estudo e investigação, com vista à criação de mecanismos eficientes que identifiquem outros eventuais casos de manipulação de mercados e, assim, mitiguem o risco sistémico que esta FinTech apresenta. Até porque

¹⁴ Vide a este respeito AUTORITEIT FINANCIËLE MARKTEN (AFM), (2010) *High Frequency Trading: The application of advanced trading technology in the European marketplace*, Novembro 2010, acessível em: <https://www.afm.nl/en/nieuws/rapporten/2010/hft-rapport> (02.08.22); & KIRCHNER, Stephen, (2015) “High Frequency Trading...”, op. cit. nota 10, pp. 9-10.

¹⁵ KIRCHNER, Stephen, (2015) “High Frequency Trading...”, op. cit. nota 10, p. 10;

¹⁶ AUTORITEIT FINANCIËLE MARKTEN (AFM), (2010) *High Frequency Trading...*, op. cit. nota 14.

¹⁷ FABOZZI, Frank, FOCARDI, Sergio & JONAS, Caroline, (2011) “High-Frequency Trading: Methodologies and Market Impact”, *Exchange Organizational Behavior Teaching Journal*, Vol. 19, 2011, págs. 7-37.

¹⁸ AUTORITEIT FINANCIËLE MARKTEN (AFM), (2010) *High Frequency Trading...*, op. cit. nota 14.

¹⁹ HALDANE, Andrew, (2011) *The Race to Zero...*, op. cit. nota 7, pp. 7-8.

²⁰ Aliás, o que não surpreende, na medida em que a evolução tecnológica e a crescente competitividade foi claramente incentivada pela regulação, com vista à obtenção de resultados considerados positivos para os mercados financeiros e para a economia em geral. Vide GOMBER, Peter, ARNDT, Björn, LUTAT, Marco & UHLE, Tim, (2011) *High-Frequency Trading*, Goethe University Frankfurt Faculty of Economics and Business Administration, Junho 2011, p. 37, acessível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1858626 (02.08.22); & LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading...*, op. cit. nota 13, p. 25.

²¹ GOMBER, Peter, ARNDT, Björn, LUTAT, Marco & UHLE, Tim, (2011) *High-Frequency Trading...*, op. cit. nota 20, p. 37.

a economia global se encontra atualmente perante um dos maiores desafios desde a Grande Depressão de 1929²²: as possíveis devastadoras consequências económicas resultantes da Pandemia de COVID-19²³. Declarada pela OMS em 11 de Março de 2020, esta pandemia obrigou grande parte dos Estados a decretar o estado de emergência e o confinamento obrigatório dos seus cidadãos²⁴. Em consequência desta situação, tanto os países mais afectados, como os países menos afectados, encontram-se no “grupo de risco económico”. Em jeito de consequência ou não, nos meses de Fevereiro, Março e Abril, todos de 2020, verificaram-se variações de preços, no mínimo, preocupantes, mas também sugestivas, conforme melhor veremos *infra*. Neste sentido, pergunta-se: o risco sistémico associado ao HFT aumenta com o impacto da Pandemia de COVID-2 nos mercados financeiros?

I. High Frequency Trading

Nas palavras do considerando (59) da Directiva dos Mercados de Instrumentos Financeiros II (doravante abreviadamente designado por DMIF II) “as tecnologias de negociação evoluíram significativamente na última década, sendo atualmente utilizadas amplamente pelos intervenientes no mercado. Muitos intervenientes no mercado recorrem atualmente à negociação algorítmica sempre que um algoritmo informático determina automaticamente os aspetos de uma ordem com uma intervenção humana mínima ou mesmo nula. Os riscos inerentes à negociação algorítmica deverão ser regulados”²⁵. Foi nesta lógica que a negociação algorítmica surgiu na DMIF II, essencialmente com o objectivo de “assegurar o funcionamento ordenado e eficiente dos mercados

²² Como é hoje sabido, a grande depressão perdurou ao longo da década de 1930, essencialmente até ao despoletar da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) – que, naturalmente, não veio melhorar a situação.

²³ O SARS-CoV-2 foi identificado pelas autoridades chinesas em Dezembro de 2019, em Wuhan, na República da China. A Organização Mundial da Saúde atribuiu o nome COVID-19 à doença que é provocada pela infeção provocada pelo novo coronavírus SARS-CoV-2. A este respeito vide os dados disponibilizados pelo SNS: <https://www.sns24.gov.pt/tema/doencas-infecciosas/covid-19/#-sec-2> (última consulta em: 02.08.22).

²⁴ À data da elaboração deste artigo, existem mais de seis milhões de mortes a nível global. Vide a este respeito os dados atualizados diariamente pela página de internet Worldometer, acessível em: <https://www.worldometers.info/coronavirus/> (última consulta em: 02.08.22).

²⁵ Directiva acessível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0065> (última consulta em: 02.08.22).

de instrumentos financeiros tendo em conta novas formas de negociação”²⁶. Cumpre, portanto, e antes de mais, compreender a origem destas “novas formas de negociação”, o seu enquadramento legal, as suas definições e as suas principais características.

1. *Evolução histórica*

Toda a gente conhece a expressão “tempo é dinheiro”, especialmente quando se trata de negócios. Ao longo do tempo²⁷, a diminuição do tempo necessário para efectuar transacções financeiras sempre foi um dos principais fins. Neste sentido, além de meios de comunicação como, a título de exemplo, o telegrama, o telefone, ou a rádio, existiram outras FinTech que contribuíram decisivamente para a celeridade dos processos²⁸. A Instinet, fundada em 1969 e considerada a primeira plataforma de negociação eletrónica a operar no mercado, possibilitava aos seus participantes transaccionarem acções fora dos mercados tradicionais²⁹. O sistema DOT (Designated Order Turnaround), implementado em 1977 permitia inserir ordens de forma electrónica e essas operações podiam ser visualizadas através de um *display book*³⁰. O CBT (Computer Based Trading) surgiu em 1980 e consistia na utilização de plataformas electrónicas para efectuar transacções financeiras³¹. O sistema Super-DOT é implementado na NYSE em 1984³². Mais tarde, já em 1990, o novo sistema electrónico de transacções financeiras apelidado de Electronic Communications Networks (ECN) permitiu aos investidores efectuarem transacções fora das bolsas tradicionais, às horas que desejassem e com custos por transacção reduzidos³³, tendo também sido neste seguimento que surgiram as *dark pools*³⁴.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ No início do século XIX, a família de banqueiros, os Rothschild, criaram condições para realizar com sucesso operações de arbitragem, concretamente recorrendo à utilização de pombos-correio. Esse mecanismo permitiu-lhes estar sempre à frente dos seus concorrentes no que diz respeito à informação relativa à evolução dos mercados. Vide a este respeito GILBERTO, Fernando, (2015) *Negociação Algorítmica de Alta Frequência...*, op. cit. nota 2, p. 20.

²⁸ GILBERTO, Fernando, (2015) *Negociação Algorítmica de Alta Frequência...*, op. cit. nota 2, p. 20.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ GILBERTO, Fernando, (2015) *Negociação Algorítmica de Alta Frequência...*, op. cit. nota 2, p. 21.

³² GILBERTO, Fernando, (2015) *Negociação Algorítmica de Alta Frequência...*, op. cit. nota 2, pp. 21-22.

³³ GILBERTO, Fernando, (2015) *Negociação Algorítmica de Alta Frequência...*, op. cit. nota 2, p. 22.

³⁴ As *dark pools* são instrumentos transaccionais constituídos através de plataformas electrónicas alternativas de negociação algorítmica de valores mobiliários (fora das bolsas tradicionais), totalmente automático e de cariz sigiloso. Aliás, normalmente têm natureza privada e são utilizadas por investi-

Em 1998, na senda da crescente popularidade das referidas tecnologias, o U.S. Securities and Exchange Commission decidiu legislar sobre essas matérias, nomeadamente através da Regulation Alternative Trading Systems (ATS), tendo reconhecido e regulado aquela atividade enquanto um meio de efectuar transacções financeiras de forma alternativa³⁵. No final do século XX, apesar das decisões de compra e venda ainda serem tomadas por seres humanos³⁶, a gestão de ativos já compreendia uma complexidade assinalável, dado o desenvolvimento de novos modelos matemáticos que rápido se tornaram substanciais para mitigar o risco já na altura associado³⁷. Como é hoje observável, a evolução não teve fim e depressa foram desenvolvidos novos sistemas cada vez mais fiáveis, com muitas mais opções e, acima de tudo, mais velozes. Aliás, os ditos desenvolvimentos culminaram exactamente com o início da aplicação de algoritmos, que foram incorporados nas estratégias em ambiente de transacções de alta frequência³⁸. O cenário atual da negociação de instrumentos financeiros revela-se, assim, suportado por uma crescente diversificação de plataformas de negociação concorrentes e em constante competição³⁹.

dores institucionais. Neste sentido, são caracterizadas pela opacidade das transacções, pelo anonimato dos contratantes e pela velocidade das operações. Em termos de procesos, também são realizados de forma anónima e todas as informações são de exclusivo acesso dos funcionários da *dark pool*, sendo que o órgão de supervisão apenas tem informação sobre o processo após concluída a respetiva transacção. A este respeito LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading...*, op. cit. nota 13, pp. 9-10; e QUELHAS, José Manuel, (2015) “High-Frequency Trading (HFT)”, Boletim de Ciências Económicas, Vol. LVIII, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2015, p. 388.

³⁵ GILBERTO, Fernando, (2015) *Negociação Algorítmica de Alta Frequência...*, op. cit. nota 2, p. 22.

³⁶ Depois da tomada de decisão pelo humano, esta era executada através de um sistema de execução automático – *automated execution system* – AES. A este respeito GILBERTO, Fernando, (2015) *Negociação Algorítmica de Alta Frequência...*, op. cit. nota 2, p. 23.

³⁷ Um dos principais objectivos do AES era o de libertar os colaboradores das correctoras, a fim de dedicarem mais tempo a negócios mais complexos e potencialmente mais lucrativos. A este respeito GILBERTO, Fernando, (2015) *Negociação Algorítmica de Alta Frequência...*, op. cit. nota 2, p. 23.

³⁸ A aplicação de algoritmos permitia, entre outros, criar uma abordagem apropriada para distintas situações do mercado. A este propósito GILBERTO, Fernando, (2015) *Negociação Algorítmica de Alta Frequência...*, op. cit. nota 2, p. 23; & SANTOS ALMEIDA, Miguel, (2016) “Introdução à Negociação de Alta Frequência”..., op. cit. nota 5, p. 23.

³⁹ Tanto a nível nacional, como europeu, a abolição da regra de concentração da execução de ordens em mercado regulamentado, proporcionada pela entrada em vigor da DMIF, em 2007, possibilitou o surgimento de condições favoráveis para o aumento da concorrência nas formas de negociação. Vide SANTOS ALMEIDA, Miguel, (2016) “Introdução à Negociação de Alta Frequência”..., op. cit. nota 5, pp. 23-24.

2. Enquadramento legal

Antes da análise relativa à negociação algorítmica e ao HFT, cumpre proceder à brevíssima análise do respectivo enquadramento legal atual, tanto a nível internacional, como a nível interno. Importa a nível europeu e internacional: (i) a Directiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014, relativa aos mercados de instrumentos financeiros (DMIF II)⁴⁰; (ii) a Directiva 2014/57/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Abril de 2014, relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado⁴¹; (iii) o Regulamento UE n.º 596/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Abril de 2014, relativo ao abuso de mercado (regulamento abuso de mercado)⁴²; (iv) o Regulamento n.º 600/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Maio de 2014, relativo aos mercados de instrumentos financeiros⁴³; (v) as Recomendações⁴⁴ da IOSCO⁴⁵ e as Orientações da ESMA⁴⁶. A nível interno, destaque para o Código dos Valores Mobiliários, principalmente para os artigos 289.º, 311.º, 317.º-E ao 317.º-H e 397.º-A.

⁴⁰ Acessível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0065> (última consulta em: 02.08.22).

⁴¹ Acessível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0057> (última consulta em: 02.08.22).

⁴² Acessível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0596> (última consulta em: 02.08.22).

⁴³ Acessível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0600> (última consulta em: 02.08.22).

⁴⁴ A este propósito OICU-IOSCO, (2011) *Market Developments: High Frequency Trading*, Agosto 2011, acessível em: https://www.iosco.org/research/pdf/Market_Developments_High_Frequency_Trading.pdf (última consulta em: 02.08.22).

⁴⁵ A IOSCO é o organismo internacional que engloba as autoridades reguladoras de valores mobiliários de todo o globo. Este organismo abrange 95% dos mercados de valores mobiliários em mais de 115 jurisdições, sendo responsável pela fixação dos padrões de regulação do setor dos valores mobiliários. A este propósito, vide a página de internet da CMVM, acessível em: <https://www.cmvm.pt/pt/Cooperacao/CooperacaoInternacional/comitestecnicos/Pages/iosco.aspx> (última consulta em: 02.08.22).

⁴⁶ Vide a este respeito EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA), (2012) *Guidelines on systems and controls in a highly automated trading environment for trading platforms, investment firms and competent authorities*, Fevereiro 2012, p. 4, acessível em: <https://www.esma.europa.eu/document/guidelines-systems-and-controls-in-automated-trading-environment-trading-platforms> (última consulta em: 02.08.22).

3. *Da negociação algorítmica: definição e principais características*

Nas palavras do artigo 4.º, n.º 1, ponto 39, da DMIF II (do qual a definição constante do artigo 317.º-E, n.º 7, do Código de Valores Mobiliários foi integralmente retirada), por negociação algorítmica entende-se a “negociação em instrumentos financeiros, em que um algoritmo informático determina automaticamente os parâmetros individuais das ordens, tais como o eventual início da ordem, o calendário, o preço ou a quantidade da ordem ou o modo de gestão após a sua introdução, com pouca ou nenhuma intervenção humana”. Neste sentido, não basta o encaminhamento, o processamento, a confirmação e a execução de ordens por via informática para estarmos perante uma negociação considerada algorítmica, já que a negociação algorítmica estabelece os próprios critérios de negociação, concretamente o início, o calendário, o preço, a quantidade ou o modo de gestão das ordens. Esses critérios são determinados por um algoritmo informático de forma autónoma, isto é, após a sua gênese, o algoritmo alcança uma “faculdade negocial autónoma”⁴⁷. Já a ESMA define “algoritmo de negociação” como o “[s]oftware informático baseado em parâmetros-chave definidos por uma empresa de investimento, ou por um cliente de uma empresa de investimento, que gera ordens a enviar automaticamente para plataformas de negociação em resposta a informações sobre os mercados”⁴⁸. Também aqui, está em causa a automatização da tomada de decisão e das operações de mercado, sendo essa a principal característica.

Obviamente que existem algoritmos mais eficazes do que outros, dependendo, por exemplo, da quantidade de informação que conseguem receber para que a ordem lançada seja segura, eficiente e, acima de tudo, célere⁴⁹. Aliás, é crucial garantir que a complexidade dos algoritmos criados não coloca em causa a celeridade da realização de transações, sendo este o elemento que, conforme melhor veremos no ponto seguinte, distingue a tradicional negociação algorítmica do “moderno” HFT.

⁴⁷ As decisões de investimento baseiam-se em critérios distintos, mas principalmente no que toca ao valor do produto financeiro. Neste sentido, é possível desenvolver um algoritmo que transmita uma ordem de compra quando determinado preço for alcançado, podendo outro algoritmo definir um valor distinto para que tal ordem ocorra. A este propósito vide QUELHAS, José Manuel, (2015) “High-Frequency Trading...”, *op. cit.* nota 34, pp. 371-372.

⁴⁸ Vide a este respeito EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA), (2012) *Guidelines on systems and controls...*, *op. cit.* nota 46, p. 6.

⁴⁹ O elemento velocidade, tanto na tomada decisão, como na execução dos algoritmos, reflete a grande vantagem desta FinTech, pelo menos, em termos de comparação com o trabalho humano, já que é indiscutivelmente inferior à velocidade que a decisão humana apresenta.

4. *Negociação algorítmica de alta frequência: definição e principais características*

Conforme supra negociação algorítmica é uma categoria ampla e integra todo e qualquer mecanismo de negociação que, ao aplicar “modelos computorizados”, delimita como, quando e onde executar uma determinada ordem relativa a um determinado produto financeiro⁵⁰. Já o HFT, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, ponto 40, da DMIF II, consiste na “técnica de negociação algorítmica de alta frequência”, caracterizada por “uma infraestrutura destinada a minimizar a latência⁵¹ de rede e de outros tipo”, que inclui, pelo menos, um dos seguintes sistemas para a entrada de ordens algorítmicas: a partilha de

⁵⁰ A este propósito, no que toca às classes de instrumentos financeiros sobre os quais o HFT incide, refira-se que abrange maioritariamente “ações, instrumentos não representativos de capital, divisas ou instrumentos do mercado obrigacionista”. No entanto, em qualquer dos casos, destacam-se os instrumentos que, tradicionalmente, revelam os maiores índices de liquidez. Vide SANTOS ALMEIDA, Miguel, (2016) “Introdução à Negociação de Alta Frequência”..., op. cit. nota 5, p. 25-28.

⁵¹ Por latência entende-se o espaço temporal entre uma ordem submetida ao mercado (ao intermediário) e a sua execução, modificação ou cancelamento. É comparada com o tempo de reação e mede-se em, segundos, milésimos de segundo ou milissegundos. Por outras palavras, quanto mais baixa a latência, melhor. Em consequência da baixa latência, observa-se igualmente uma redução dos “períodos médios de conservação dos títulos em carteira”. A título de exemplo, “numa análise efetuada com base em valores relativos à negociação acionista na Bolsa de Paris no final de 2012, por referência a ações com curta variação de preços, concluiu-se que 45% das ordens com limite de preço introduzidas no livro de ofertas foram canceladas menos de 1 segundo após o seu registo, que 26% das ofertas foram canceladas em menos de 100 ms, que 11% das ofertas foram canceladas em menos de 5 ms e que 4% das ordens registadas não permaneceu no livro de ofertas durante mais de 1 ms”. Tendo estes dados em conta, verifica-se que o HFT também se caracteriza-se por um elevado rácio de ofertas por transacção (*order-to-trade ratio*), na medida em que a discrepância entre o número de “ofertas introduzidas no mercado pelos operadores e o número de transacções efetivamente concretizadas num determinado período de tempo” é bastante considerável. O que não significa que a aplicação do HFT reduza o número de transacções efetivamente concretizadas, já que esses valores só serão diminutos quando comparados com “o número global de ofertas introduzidas e subsequentemente canceladas pelos operadores”. Conforme já exposto na introdução, a produção de baixos lucros num elevadíssimo número de transacções compreende o modelo de negócio intrínseco a esta FinTech. É por todas estas razões que alguns autores têm designando o HFT como “negociação de latência ultra-baixa” (*ultra low latency trading*). Vide a este respeito QUELHAS, José Manuel, (2015) “High-Frequency Trading...”, op. cit. nota 34, p. 372; SANTOS ALMEIDA, Miguel, (2016) “Introdução à Negociação de Alta Frequência”..., op. cit. 5, pp. 27-28; BANKS, Erik, (2014) *Dark Pools – Off-Exchange Liquidity in a Era of High Frequency, Program and Algorithmic Trading*, 2.ª ed., Houndmills: Palgrave Macmillan, 2014, pp. 147-149; & MIRA OLIVEIRA, Teresa, (2018) “‘High-Frequency Trading’ – O novo paradigma”, *Revista de Direito das Sociedades*, RDS X, 2018, p. 335.

instalações (*co-location*)⁵²; o alojamento de proximidade (*proximity hosting*)⁵³; ou o acesso eletrónico direto de alta velocidade⁵⁴. O HFT é definido, portanto, enquanto subdivisão da negociação algorítmica e consiste num “sistema de negociação que, a grande velocidade, analisa dados ou sinais do mercado e, em resultado, lança ou atualiza um grande número de ordens num curto período de tempo, em regra milissegundos”⁵⁵.

Perante o exposto, no âmbito da HFT considera-se que um segundo é uma eternidade. Por isso, o principal elemento distintivo entre o HFT e a genérica negociação algorítmica é o nível de sofisticação dos algoritmos de negociação

⁵² Por *co-location*, entendem-se o serviço/ sistema que possibilita aos sujeitos a partilha de servidores (*data servers*) e equipamentos informáticos, colocados de forma estratégica nas proximidades da rede de infraestruturas informáticas de HFT e programados para diminuir a latência. Em outras palavras, consiste no “alojamento de servidores informáticos dos operadores (alojados) nas instalações das bolsas de valores (alojadores) com o intuito de diminuir a distância entre os sistemas computacionais de transmissão e de recepção de ordens algorítmicas”. Portanto, a diminuição da distância reduz a “latência de rede” e aumenta a velocidade das operações. Muitas vezes, os proveitos são mensuráveis em microssegundos, porém, a celeridade propicia benefícios consideráveis “aos alojados que partilhem instalações com os alojadores”. Vide a este respeito QUELHAS, José Manuel, (2015) “High-Frequency Trading...”, op. cit. nota 34, p. 373; & GILBERTO, Fernando, (2015) *Negociação Algorítmica de Alta Frequência...*, op. cit. nota 2, p. 13.

⁵³ Por *proximity hosting*, entende-se a locação e a utilização, por parte dos operadores, de servidores informáticos de terceiros, estejam estes localizados nas adjacências das infraestruturas de HFT, em propriedades diferentes, ou mesmo em pontos estratégicos de acesso a múltiplas infraestruturas de HFT. Verifica-se que a *co-location* propicia menor latência do que a *proximity hosting*, embora a primeira signifique custos mais elevados para os operadores e limite as negociações a uma única plataforma. Já a *proximity hosting* diminui os custos operacionais por meio do *outsourcing* de servidores informáticos, além de facultar ainda o acesso a múltiplas plataformas de negociação. Vide QUELHAS, José Manuel, (2015) “High-Frequency Trading...”, op. cit. nota 34, pp. 374.

⁵⁴ Nas palavras do art.º 4.º, n.º 1, ponto 41, da Directiva 2014/65/UE, o “acesso electrónico directo de alta velocidade” consiste num “mecanismo através do qual um membro, participante ou cliente numa plataforma de negociação permite que uma pessoa utilize o seu código de negociação para que possa transmitir por via electrónica directamente à plataforma de negociação ordens relativas a um instrumento financeiro e inclui mecanismos que envolvam a utilização, por uma pessoa, da infra-estrutura do membro, participante ou cliente ou de qualquer sistema de conexão por ele disponibilizado para transmitir as ordens (acesso directo de mercado) e os mecanismos em que essa infra-estrutura não seja utilizada por uma pessoa (acesso patrocinado)”. Neste sentido, observe-se que em ambas as vertentes (acesso directo de mercado ou acesso patrocinado), a transmissão electrónica de ordens por quem não seja “membro, participante ou cliente” de uma plataforma de HFT fica dependente da autorização de utilização do “código de negociação” de quem seja “membro, participante ou cliente”. Vide a este respeito QUELHAS, José Manuel, (2015) “High-Frequency Trading...”, op. cit. nota 34, p. 375.

⁵⁵ Vide COMISSÃO EUROPEIA, (2010) *Public consultation review of the markets in financial instruments directive MiFID*, acessível em: https://ec.europa.eu/finance/consultations/2010/mifid/index_en.htm (última consulta em: 02.08.22).

aplicados⁵⁶, na medida em que os próprios mercados têm investido cada vez mais nesta FinTech, sobretudo no sentido de diminuir os períodos de latência e assegurar que as infraestruturas informáticas se encontram atualizadas e coadunáveis com as dos seus participantes⁵⁷. Não obstante, a velocidade deixará de ser encarada como a principal (e mais significativa) vantagem competitiva. Verifica-se uma adaptação dos investidores menos sofisticados às exigências dos mercados financeiros na era tecnológica, o que se tem traduzido na redução de lucratividade dos participantes⁵⁸. É com base nesta lógica que os investidores promovem atualmente esforços⁵⁹ no sentido de encontrar mecanismos que possibilitem a obtenção de previsões de mercado mais precisas, fiáveis e, claro, céleres⁶⁰. Com efeito, estuda-se atualmente a aplicação de modelos quantitativos ou mesmo a aplicação e o desenvolvimento de inteligência artificial, tema que não será desenvolvido no presente artigo⁶¹.

II. Das estratégias de negociação associadas ao HFT: estamos perante formas de manipulação de mercado?

Como praticamente todas as tecnologias, o HFT pode ser utilizado para cometer ilícitos, até porque conceitos como manipulação ou abuso de mercado

⁵⁶ O êxito do HFT deve-se maioritariamente à sua capacidade de tratar simultaneamente elevadas quantidades de informação, algo que não se encontra ao alcance dos investidores humanos que não utilizem esse tipo de tecnologias. A este propósito vide SANTOS ALMEIDA, Miguel, (2016) “Introdução à Negociação de Alta Frequência”..., op. cit. nota 5, p. 26.

⁵⁷ SANTOS ALMEIDA, Miguel, (2016) “Introdução à Negociação de Alta Frequência”..., op. cit. 5, p. 27.

⁵⁸ A vantagem competitiva inerente à velocidade deixou de ser significativa na última década. Repare-se que, em 2016, os proveitos encontravam-se na casa de apenas \$1.1 bilhões. Vide a este respeito LYNN, Theo, MOONEY, John G., ROSATI, Pierangelo & CUMMINS, Mark, (2019) *Disrupting Finance: FinTech and Strategy in the 21st Century*, Palgrave Studies in Digital Business & Enabling Technologies, Palgrave Macmillan, 2019, p. 66, acessível em: https://www.researchgate.net/publication/329487546_Disrupting_Finance_FinTech_and_Strategy_in_the_21st_Century (última consulta em: 02.08.22).

⁵⁹ Veja-se que entre 2009-2010, as estratégias de negociação associadas ao HFT eram consideradas pelos investidores sofisticados (que bem sabiam como obter vantagens em relação ao mero investidor humano) como autênticas “minas de ouro” – só em 2009, as receitas proporcionadas pelo HFT rodavam o montante de \$7.2 bilhões. Vide LYNN, Theo, MOONEY, John G., ROSATI, Pierangelo & CUMMINS, Mark, (2019) *Disrupting Finance*..., op. cit. nota 58, p. 66.

⁶⁰ Apesar de em Portugal o grau de implementação do HFT nos mercados financeiros não ser propriamente considerável, e a própria informação disponível ser bastante reduzida, através dos Relatórios Anuais da CMVM é possível identificar uma tendência de desenvolvimento nos últimos anos. Vide SANTOS ALMEIDA, Miguel, (2016) “Introdução à Negociação de Alta Frequência”..., op. cit. nota 5, p. 20.

⁶¹ LYNN, Theo, MOONEY, John G., ROSATI, Pierangelo & CUMMINS, Mark, (2019) *Disrupting Finance*..., op. cit. nota 58, p. 66.

são tão antigos quanto os próprios mercados financeiros. Aliás, são poucas as estratégias de negociação associadas ao HFT que não são consideradas formas de manipulação de mercado, havendo algumas cujas dúvidas se mantêm. Consequentemente tem-se verificado que determinadas estratégias de negociação/ formas de manipulação contribuem de forma significativa para o aumento do risco sistémico associado ao HFT, até porque algumas dependem de determinado contexto social e económico para serem aplicadas. Aliás, conforme melhor veremos *infra* no terceiro capítulo, além de contribuírem, podem mesmo servir de “gatilho” para causar um *flash crash*. Portanto, de forma a compreendermos o impacto da Pandemia de COVID-19 nos mercados financeiros e as inerentes implicações no risco sistémico associado ao HFT, cumpre, antes de mais, identificar as estratégias de negociação (lícitas) associadas ao HFT e as formas (ilícitas) de manipulação de mercado.

1. *Das estratégias associadas ao HFT*

O HFT não constitui, *per se*, uma estratégia de negociação em sentido próprio, mas sim, um meio para a utilização de diferentes tipos de estratégias de negociação, pelo que se identificam algumas categorias⁶² de estratégias consideradas lícitas e frequentemente associadas às condutas dos *high frequency traders*.

Primeiramente cumpre referir a estratégia de criação de mercado. Os *market makers*⁶³ asseguram a liquidez das bolsas de valores, concretamente garantem a compra e venda de títulos cotados consoante a delimitação continuada de um determinado preço de compra e venda, ou seja, através de uma submissão continuada de “ofertas em ambos os lados do livro de ofertas, vendendo-se continuamente um ativo ao preço da melhor oferta de venda e, em simultâneo, comprando-se ao preço da melhor oferta de compra”. A rentabilidade provém da apropriação do *bid-ask spread* do vasto volume de transacções realizadas⁶⁴. Associada a esta estratégia encontra-se a *passive market making*. Neste caso, a

⁶² SANTOS ALMEIDA, Miguel, (2016) “Introdução à Negociação de Alta Frequência”..., op. cit. nota 5, p. 8; & GOMBER, Peter, ARNDT, Björn, LUTAT, Marco & UHLE, Tim, (2011) *High-Frequency Trading*..., op. cit. nota 20, p. 24.

⁶³ Por norma, os *market makers* são instituições financeiras de crédito (bancos) ou sociedades corretoras. Neste caso, por criação de mercado entende-se “um especial papel na formação da oferta ou da procura decorrente de simples factualidade e não necessariamente de dever ou mera permissão legal”. Vide SANTOS ALMEIDA, Miguel, (2016) “Introdução à Negociação de Alta Frequência”..., op. cit. nota 5, p. 9.

⁶⁴ Mais, muitas plataformas oferecem “programas de incentivo à negociação”, ou seja, oferecem comissões aos intermediários financeiros que promovam a liquidez do mercado, constituindo essas

liquidez dos mercados é assegurada através da submissão de ordens em repouso não transaccionáveis (*non-marketable resting orders*) quando determinados preços são atingidos e não imediatamente. Desta forma, o HFT gera um elevado número de ordens canceladas ou modificadas enquanto é atualizado, sendo a rentabilidade mais uma vez retirada do *spread*⁶⁵.

Em segundo lugar, cumpre referir a estratégia de arbitragem. Sempre que os *market makers* apresentarem um atraso na atualização dos preços de determinada plataforma de negociação em relação ao preço de outras plataformas de negociação, estamos perante uma assimetria de preços, já que se geram momentaneamente “em diferentes mercados por referência a um mesmo instrumento financeiro”⁶⁶. Consequentemente pode suceder que determinado produto financeiro seja transacionado simultaneamente em mais do que uma plataforma de negociação, podendo o seu *ask price* numa plataforma apresentar provisoriamente (ainda que por segundos) uma redução em relação ao respetivo *bid price* noutra plataforma. A rentabilidade inerente a esta estratégia consiste na compra do produto com o preço mais reduzido, “lucrando-se com a venda onde a mesma se encontre mais elevada”⁶⁷.

Em terceiro e último lugar, destacam-se as estratégias direcionais. Por um lado, é possível estabelecer antecipadamente (*order anticipation*) um número elevadíssimo de *short positions* dependentes de alterações de preço em curtíssimos espaços de tempo. Por outro lado, é possível aplicar algoritmos de ignição momentânea (*momentum ignition*) para causar um aumento bastante acentuado nas ordens de compra ou de venda, atraíndo com isso outros investidores a seguir o exemplo⁶⁸. Caso estas vertentes sejam levadas ao extremo, conforme melhor veremos *infra*, podem ser consideradas formas de manipulação de mercado⁶⁹. Aliás, estas estratégias são qualificadas como especulativas, na medida

receitas uma fatia considerável no âmbito desta estratégia. Vide a este respeito SANTOS ALMEIDA, Miguel, (2016) “Introdução à Negociação de Alta Frequência”..., op. cit. nota 5, p. 9.

⁶⁵ LYNN, Theo, MOONEY, John G., ROSATI, Pierangelo & CUMMINS, Mark, (2019) *Disrupting Finance*..., op. cit. nota 58, p. 61-62.

⁶⁶ SANTOS ALMEIDA, Miguel, (2016) “Introdução à Negociação de Alta Frequência”..., op. cit. nota 5, p. 10.

⁶⁷ Refira-se que, em geral, as estratégias de arbitragem são consideradas como “úteis aos mercados”, já que acabam por corrigir as discrepâncias na formação dos preços e contribuem para a sua eficiência. Vide SANTOS ALMEIDA, Miguel, (2016) “Introdução à Negociação de Alta Frequência”..., op. cit. nota 5, p. 10.

⁶⁸ LYNN, Theo, MOONEY, John G., ROSATI, Pierangelo & CUMMINS, Mark, (2019) *Disrupting Finance*..., op. cit. nota 58, p. 62.

⁶⁹ Vide a este respeito o relatório final da EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA), (2015) *ESMA's technical advice on possible delegated acts concerning the Market Abuse Regulation*, acessível

em que os intermediários visam lucrar através “de uma evolução tida como expectável nas cotações”. Por outras palavras, interpretam diferentes tipos de sinais e de informações sobre os mercados para contribuir para a previsão de movimentos futuros das cotações⁷⁰. Essa previsão passa, muitas vezes, “pela adoção de estratégias de vocação mais oportunística, tendentes à descoberta de liquidez escondida nos livros de ofertas”⁷¹. Surgem, assim, diversas dúvidas no que respeita à licitude de determinadas condutas praticadas no âmbito das estratégias de negociação associadas ao HFT.

2. Das formas de manipulação de mercado associadas ao HFT

A nível europeu, o artigo 15.º do Regulamento (UE) n.º 596/2014, relativo ao abuso de mercado, proíbe a “manipulação de mercado ou a tentativa de manipulação de mercado”. A Directiva 2014/57/EU, igualmente relativa ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado, também se aplica aos “instrumentos financeiros negociados num sistema de negociação multilateral (MTF), admitidos à negociação ou para os quais tenha sido efectuado um pedido de admissão à negociação num MTF”, consagrando especificamente no seu artigo 5.º um conjunto de actividades de manipulação de mercado em tudo semelhante aos dizeres do artigo 12.º do Regulamento (UE) n.º 596/2014.

A nível interno⁷², são os artigos 378.º a 380.º-A do Código dos Valores Mobiliários que tratam os crimes contra o mercado pela via do abuso de informação e da manipulação do mercado. No entanto, a manipulação de mercado não é um conceito de fácil definição, já que podem ser várias as causas inerentes⁷³. Em todo caso, observa-se que a manipulação de mercado consiste na prática de determinadas condutas, que indicam falsas impressões ou informa-

em: <https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2015-224.pdf> (última consulta em: 02.08.22).

⁷⁰ Entre diversos outros parâmetros, a observação de padrões anteriores de evolução das cotações, notícias sobre o desenvolvimento de ordem macroeconómica, anúncios/ comunicados empresariais, relatórios de indústria, etc. Vide a este respeito SANTOS ALMEIDA, Miguel, (2016) “Introdução à Negociação de Alta Frequência”..., op. cit. nota 5, p. 11.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Nos termos do artigo 30.º do Regulamento (UE) n.º 596/2014 é atribuída às autoridades de supervisão nacionais a implementação de sanções administrativa. Já os artigos 7.º, 8.º e 9.º da Directiva 2014/57/EU atribuem competência aos Estados-Membros para imporem “sanções penais proporcionais e efetivas pela prática daqueles ilícitos”.

⁷³ LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading*..., op. cit. nota 13, pp. 29-36.

ções aos mercados, devendo este conceito ser conjugado com o conceito de manipulação dos preços (ou seja, “aquele que difere do que se observa pela conduta das legítimas forças da oferta e da procura”)⁷⁴. Nestes termos, um ou mais operadores induzem os restantes em erro, consubstanciando esta conduta um “obstáculo ao processo de formação e descoberta dos preços”⁷⁵. Perante este tipo de condutas, tanto os reguladores, como os próprios participantes de mercado procuram garantir que os mercados financeiros apresentem procedimentos justos, concretamente para efeitos de assegurarem um tratamento equitativo ou mesmo igualdade de oportunidades. Porém, esse cenário não reflete na rentabilidade e na lucratividade de todos os participantes. Pelo contrário, no contexto de um mercado regulamentado de forma musculada, apesar de os *high frequency traders* cumprirem com os requisitos procedimentais, verifica-se que, ao mesmo tempo, procuram lucrar à custa dos restantes participantes⁷⁶. É exactamente com base nestas permissas que o HFT possibilita o recurso a múltiplas estratégias manipulativas de mercado, sendo possível apontar aquelas que mais questões têm levantado⁷⁷.

Desde logo, importa referir a liquidez fantasma, que consiste na formação ilusória e pouco fiável do número de ofertas efectivamente existente no mercado, valor esse que serve de parâmetro no cálculo do nível de liquidez de mercado⁷⁸. Associada a essa estratégia manipulativa encontra-se o *spoofing*, pois potencia a “liquidez fantasma” através da emissão de falsas ordens e “da criação de um aparente desequilíbrio entre a oferta e a procura”, com o fim de

⁷⁴ Vide a este respeito o relatório da OICU-IOSCO, (2000) *Investigating and Prosecuting Market Manipulation*, Technical Committee of the International Organization of Securities Commissions, p. 13, acessível em: <https://docplayer.net/11240121-Investigating-and-prosecuting-market-manipulation-technical-committee-of-the-international-organization-of-securities-commissions.html> (última consulta em: 02.08.22).

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ KIRCHNER, Stephen, (2015) “High Frequency Trading...”, op. cit. nota 10, p. 14.

⁷⁷ GILBERTO, Fernando, (2015) *Negociação Algorítmica de Alta Frequência...*, op. cit. nota 2, p. 95-98; HAMZA, Haval Rawf, (2015) *The impacts of High-Frequency Trading on the financial market's stability*, MBA, Kent State University, 2015, pp. 27-31, acessível em: https://etd.ohiolink.edu/pg_10?0:-NO:10:P10_ACCESSION_NUM:kent1428416050 (última consulta em: 02.08.22); CARLOS ARENILLAS, (2012) *Hombres contra máquinas: High Frequency Trading*, Economía Exterior, 2012, pp. 24-27, acessível em: <http://www.carlosarenillas.es/docs/HombresContraMaquinas.pdf> (última consulta em: 02.08.22); & ROSE, Chris, (2010) *Dark Pools And Flash Orders: The Secret World Of Automated High-Frequency Trading*, Walden University, 2010, pp. 12-14, acessível em: https://www.researchgate.net/publication/293022520_Dark_Pools_And_Flash_Orders_The_Secret_World_Of_Automated_High-Frequency_Trading (última consulta em: 02.08.22).

⁷⁸ GILBERTO, Fernando, (2015) *Negociação Algorítmica de Alta Frequência...*, op. cit. nota 2, p. 95-98.

manipular o *bid-ask spread*⁷⁹. A forma de manipulação *layering* é uma variante de *spoofing* e traduz-se na emissão de um vasto número de falsas ordens em apenas um dos lados do mercado, com vista a criar a aparência de que existe uma elevada pressão e, assim, manipular o outro lado do mercado⁸⁰. Entre as formas de manipulação encontra-se ainda o *quote stuffing*, que consiste na emissão de um vasto volume de inesperadas ordens que são canceladas em milésimos de segundos, essencialmente com o desígnio de causar a paralisação do mercado. Deste tipo de conduta podem resultar restrições específicas ao acesso de mercado, em concreto por parte dos investidores menos sofisticados, dada a diminuta velocidade que as suas operações apresentam⁸¹. *Front running* e *smoking* são igualmente formas de manipulação de mercado. No primeiro caso são movidos esforços no sentido de obtenção antecipada de informação não disponível (a título de exemplo, o livro de ordens) e relativa a operações que ainda não se verificaram nas plataformas de negociação ou fora delas, sendo essa informação utilizada em benefício próprio⁸². O segundo caso equivale à inscrição de ordens com valores mais vantajosos do que aqueles que são praticados, de forma a induzir os *low frequency traders* a negociar. Os *high frequency traders* cancelam a ordem antes de a executarem, essencialmente com o objectivo retirarem proveitos do fluxo de ordens emitidas pelos *low frequency traders*⁸³. Por último, cumpre ainda referir *flash trading*, que consiste na utilização de algoritmos sofisticados, com vista a obter informações sobre as ordens dos outros participantes e milésimos de segundo antes de todos⁸⁴.

⁷⁹ CUMMING, Douglas, ZHAN, Feng & AITKEN, Michael, (2012) *High Frequency Trading and End-Of-Day Manipulation*, SSRN, 2012, p. 7, acessível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2109920 (última consulta em: 02.08.22).

⁸⁰ Vide a este respeito CUMMING, Douglas, ZHAN, Feng & AITKEN, Michael, (2012) *High Frequency Trading*..., op. cit. nota 79, p. 7; & COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CMVM), (2012) *Relatório Anual 2012 sobre a Atividade da CMVM e sobre os Mercados de Valores Mobiliários de 2012*, pp. 177-178, acessível em: <https://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/Publicacoes/RelatorioAnualDaCMVM/documents/relat%C3%B3rioanual2012.pdf> (última consulta em: 02.08.22).

⁸¹ KIRCHNER, Stephen, (2015) "High Frequency Trading...", op. cit. nota 10, p. 13.

⁸² Esta forma de manipulação encontra-se tipicamente associada ao regime de *co-location*. Vide os artigos 7.º, 8.º e 9.º do Regulamento UE n.º 596/2014, acessível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0596> (última consulta em: 02.08.22).

⁸³ HAMZA, Haval Rawf, (2015) *The impacts of High-Frequency Trading*..., op. cit. nota 77, pp. 27-31.

⁸⁴ Esta técnica pode significar o "gatilho" para a conduta de *front running*. Vide a este respeito CARLOS ARENILLAS, (2012) *Hombres contra máquinas*..., op. cit. nota 77, pp. 24-27.

3. Considerações finais

Apesar do exposto, o papel do HFT e o respectivo impacto na manipulação de mercado ainda é relativamente desconhecido e misterioso, já que não existe nenhuma categoria oficial de manipulação de mercado associada ao HFT. Não obstante, ainda que se considere que as estratégias de negociação associadas ao HFT expostas no ponto um do presente capítulo são lícitas, considera-se que, pelo menos, as condutas expostas no ponto dois, se prosseguidas por algoritmo configurado e posto em execução para o efeito, possam efectivamente constituir manipulação de mercado⁸⁵. Até porque se torna difícil não estabelecer paralelos entre as estratégias de negociação associadas ao HFT e as formas de manipulação de mercado associadas ao HFT, já que, em ambos os casos, tudo indica que estamos perante claras tentativas de ludibriar os investidores menos sofisticados⁸⁶.

III. O risco sistêmico associado ao HFT aumenta com o impacto de eventos catastróficos globais nos Mercados Financeiros, tais como a Pandemia de COVID-19?

Do Considerando (62) da DMIF II consta que as “tecnologias de negociação dão também origem a um certo número de riscos potenciais, tais como um maior risco de sobrecarga dos sistemas das plataformas de negociação, devido a grandes volumes de ordens e ao risco de a negociação algorítmica gerar ordens em duplicado ou erradas ou o funcionamento incorreto suscetível de perturbar o mercado”⁸⁷. Acresce que os *high frequency traders* reagem aos mesmos sinais

⁸⁵ LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading...*, op. cit. nota 13, p. 36.

⁸⁶ Vide a este propósito BERGE, Inge (2008) *Han Utlost Alarmen*, Nettavisen Økonomi, Novembro 2008, acessível em: <https://www.nettavisen.no/na24/han-utlost-alarmen/2408561.html> (última consulta em: 02.08.22); BROGAARD, Jonathan, (2010) *High Frequency Trading...*, op. cit. nota 12; FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY (FINRA), (2010) *FINRA Sanctions Trillium Brokerage Services, LLC, Director of Trading, Chief Compliance Officer, and Nine Traders \$2.26 Million for Illicit Equities Trading Strategy*, Setembro 2010, acessível em: <https://www.finra.org/media-center/news-releases/2010/finra-sanctions-trillium-brokerage-services-llc-director-trading-chief> (última consulta em: 02.08.22); FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY (FINRA), (2009) *SEC Approves New Consolidated FINRA Rules*, Regulatory Notice 09-72 de 2009, acessível em: <https://www.finra.org/rules-guidance/notices/09-72> (última consulta em: 02.08.22).

⁸⁷ Neste seguimento, o considerando (64) entende ainda que as “empresas de investimento e as plataformas de negociação deverão assegurar a aplicação de medidas rigorosas para garantir que a negociação algorítmica ou as técnicas de negociação algorítmica de alta frequência não criem perturbações no mercado e não possam ser utilizada para fins abusivos. As plataformas de negociação deverão igual-

de mercado e, por isso, tendem a transacionar no mesmo sentido. A este propósito, observa-se igualmente que aqueles recorrem com mais frequência a estratégias de negociação do que os investidores tradicionais ou menos sofisticados⁸⁸. Tendo isto em conta, verifica-se que este tipo de reações interligadas contribui para o aumento do risco sistémico associado ao HFT. Depois, em situações de volatilidade ou de incerteza, como é, aliás, a atual situação que ainda vivemos, os algoritmos revelam ainda especificidades técnicas preocupantes, especialmente no que toca à cotação das ofertas de compra e venda (ou falta dela).

1. *Do risco sistémico associado ao HFT*

O risco sistémico evidencia-se pela alta volatilidade dos preços de mercado e traduz-se nas dificuldades económicas causadas pelo pânico gerado em virtude de uma falha institucional e/ou de mercado, concretamente uma falha de determinada cadeia de mercados ou instituições, ou mesmo uma cadeia de défices financeiros substanciais por parte de determinadas instituições, que têm como resultado aumentos significativos do custo de capital e/ou mesmo a falta de capital⁸⁹. Em determinadas circunstâncias, a propagação do risco pode afectar a estabilidade de todo o sistema financeiro. De facto, crises financeiras com origem microeconomica podem causar externalidades macroeconomicas significativas, dependendo das expectativas gerais em relação aos preços dos produtos financeiros⁹⁰. É neste sentido que a transacção de inúmeros produtos, em ínfimos segundos, pode causar a deflagração de “crises financeiras sistémi-

mente assegurar que os seus sistemas de negociação são sólidos e foram adequadamente testados para lidar com maiores fluxos de ordens ou situações de tensão no mercado e que existem interruptores (circuit breakers) nas plataformas de negociação para parar ou restringir temporariamente a negociação se se verificarem subitamente movimentos de preços inesperados”.

⁸⁸ A este propósito vide DANISH FINANCIAL SUPERVISORY AUTHORITY (FSA), (2016) *Algorithmic trading on the NASDAQ Copenhagen*, Fevereiro 2016, acessível em: <https://www.finanstilsynet.dk/~media/Nyhedscenter/2016/Algoritmehandel-paa-danske-handelspladser-eng-pdf.pdf?la=en> (última consulta em: 02.08.22).

⁸⁹ Vide SCHWARCZ, Steven, (2008) “Systemic Risk”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, 2008, p. 204, acessível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008326 (última consulta em: 02.08.22); & KAUFMAN, George & SCOTT, Kenneth, (2003) “What Is Systemic Risk, and Do Bank Regulators Retard or Contribute to It?”, *The Independent Review*, Vol. VII, No. 3, Winter 2003, pp. 371– 391.

⁹⁰ LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading...*, op. cit. nota 13, p. 56.

cas”⁹¹. A este propósito, veja-se que a insolvência de instituições financeiras de crédito podem significar uma séria ameaça para o sistema financeiro enquanto um todo, visto que, além de constituírem importantes fontes de capital, ainda interpretam o principal papel em termos de pagamentos e liquidação⁹². Aliás, um clássico exemplo de risco sistémico, é a “corrida aos bancos” em “tempos de crise” e a subsequente cadeia de insolvências de instituições financeiras bancárias.

Sucede que, atualmente, determinadas empresas de cariz financeiro e não financeiro acessam os mercados financeiros de forma directa, para obter financiamento ou para investir, e isto sem necessidade de recorrerem a instituições financeiras de crédito para o efeito, ou seja, sem necessidade de intermediação⁹³. Foi e é neste contexto que o HFT veio densificar a dependência de tecnologia que os mercados financeiros atualmente apresentam, na medida em que permite aos participantes transacionar em velocidades e volumes nunca antes vistos⁹⁴. E paralelamente, os reguladores asseguraram estruturas de mercado competitivas e mecanismos que potenciaram a execução de ordens, com isso aumentando igualmente o número de sistemas de negociação multilateral.⁹⁵. Consequentemente, apesar de se observar um aumento da independência no âmbito dos mercados financeiros, verifica-se igualmente que os mercados se encontram cada vez mais conectados, factos que, *per se*, aumentam exponencialmente o contágio do risco⁹⁶.

É que, com vista à geração de lucros num ambiente que cada vez é mais competitivo, os *high frequency traders* investem fortemente no desenvolvimento tecnológico. Aliás, a redução dos custos de transacção encontra-se exactamente associada ao ambiente competitivo e tecnológico⁹⁷. Verifica-se, assim, que apesar de os *high frequency traders* correrem riscos baixos e baratos, fazem-no numa frequência extremamente alta. Pelo que se pergunta se o HFT absorve os riscos que corre e até que ponto esses riscos são impostos aos mercados financeiros.

⁹¹ BAUMANN, Nick, (2013) “Too fast to fail: are high-speed traders hurtling toward the next financial meltdown?”, *Mother Jones*, Vol. 38, n.º 1, 2013, p. 36; & QUELHAS, José Manuel, (2015) “High-Frequency Trading...”, *op. cit.* nota 34, pp. 235-298.

⁹² Vide LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading*..., *op. cit.* nota 13, p. 57; & ALEXANDER, Kern, DHUMALE, Rahul, & EATWELL, John, (2006) in *Global Governance of Financial Systems, The International Regulation of Systemic Risk*, Oxford University Press, 2006, p. 24.

⁹³ SCHWARCZ, Steven, (2008) “Systemic Risk”..., *op. cit.* nota 89, p. 200.

⁹⁴ LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading*..., *op. cit.* nota 13, p. 58.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ SERRITELLA, David, (2010) in “High Speed Trading Begets High Speed Regulation, SEC Response to Flash Crash, Rash”, *Journal of Law, Technology & Policy*, Vol. 2010 N.º 2, p. 437.

⁹⁷ LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading*..., *op. cit.* nota 13, p. 58.

ros ou mesmo ao sistema financeiro em geral⁹⁸. Superficialmente, a resposta parece ser positiva, visto que a atividade das *private trading firms* aparenta, em geral, ter um impacto positivo nos mercados financeiros. No entanto, tendo em conta o *supra* exposto a propósito das estratégias de negociação/ das formas de manipulação associadas ao HFT, identifica-se que, em concreto, algumas das principais fontes de risco sistémico derivam exactamente de determinadas condutas associadas ao HFT. O HFT coloca uma enorme pressão sobre os sistemas de negociação multilateral, essencialmente através do volume de ordens inscritas pelos algoritmos em alta frequência e da capacidade de transmissão exigida nesse ambiente de alta velocidade, podendo o excessivo número de mensagens causar efeitos cascata ou mesmo colapsar os mercados financeiros durante determinado tempo (nem que sejam segundos)⁹⁹. Depois, a liquidez fornecida pelos HFT *market makers* apresenta um défice de qualidade bastante preocupante, isto apesar de, em geral, ser considerada benéfica. A liquidez é fornecida, mas apenas por ínfimos espaços de tempo (nanossegundos, milissegundos, segundos...), sendo retirada com a mesma rapidez que é fornecida. Acresce que os *market makers* não são obrigados a publicar as cotações de mercado em tempos de crise, ao contrário dos *market makers* registados¹⁰⁰. Essa liberdade contribui para extremos movimentos de mercado e a extremas velocidades, como aconteceu, por exemplo, durante o *flash crash* de 6 de Maio de 2010, que melhor analisaremos *infra*.¹⁰¹ É perante este ambiente de alta frequência que os reguladores demonstram sérias dificuldades no acesso aos mercados ou mesmo na fiscalização das fontes de risco¹⁰². Face ao exposto, observa-se que *high-speed trading* pode causar *high-speed risks*¹⁰³, tendo o próprio Comité Europeu do Risco Sistémico¹⁰⁴ chamado a atenção da ESMA para o facto de o HFT

⁹⁸ LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading...*, op. cit. nota 13, pp. 58-59.

⁹⁹ LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading...*, op. cit. nota 13, p. 59; SERRITELLA, David, (2010) in “High Speed Trading...”, op. cit. nota 96, p. 438; & FABOZZI, Frank, FOCARDI, Sergio & JONAS, Caroline, (2011) “High-Frequency Trading...”, op. cit. nota 17, pp. 30-31

¹⁰⁰ FABOZZI, Frank, FOCARDI, Sergio & JONAS, Caroline, (2011) “High-Frequency Trading...”, op. cit. nota 17, pp. 27.

¹⁰¹ GOMBER, Peter, ARNDT, Björn, LUTAT, Marco & UHLE, Tim, (2011) *High-Frequency Trading...*, op. cit. nota 20, p. 53.

¹⁰² LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading...*, op. cit. nota 13, p. 59.

¹⁰³ FABOZZI, Frank, FOCARDI, Sergio & JONAS, Caroline, (2011) “High-Frequency Trading...”, op. cit. nota 17, pp. 30.

¹⁰⁴ Com vista a contribuir para a estabilidade financeira da UE, a missão do CERS consiste na prevenção e mitigação dos riscos sistémicos, concretamente através da reconhecimento dos riscos sistémicos e do inerente nível de prioridade, além da difusão de alertas sempre que determinado risco constitua um perigo relevante, e elaboração de recomendações para adoção de medidas de retificação, e, caso a situação assim o exija, a sua divulgação pública. Sobre o comité, vide a página de internet

ampliar o índice de transmissão de choques financeiros entre os mercados, com isso contribuindo para o risco sistémico¹⁰⁵.

2. Do flash crash de 6 de Maio de 2010: em especial, o papel do HFT

Considera-se que os *flash crashes* sempre constituíram umas das principais características dos mercados financeiros, pelo que não é possível afirmar que tenham origem na atualidade e/ou exclusivamente em virtude do HFT. Aliás, em 28 de Maio de 1962, numa altura em que, conforme *supra* exposto a propósito da evolução histórica, ainda não existiam transacções electrónicas¹⁰⁶, os preços de alguns dos principais produtos financeiros listados na NYSE caíram subitamente 9% em cerca de 12 minutos. Também em 1987, durante a *Segunda-feira negra* de 19 de Outubro, verificou-se uma súbita queda em cerca de 22.61% no Dow Jones Industrial Average Index¹⁰⁷. Neste sentido, os *flash crashes* traduzem-se no movimento súbito, por um período extremamente curto, do preço de determinado ou determinados produtos financeiros (efeito cadeia), concretamente numa queda extremamente rápida, profunda e volátil, mas seguida de uma imediata recuperação (nem que seja em parte), e isto sem que exista uma causa imediatamente aparente que justifique esse dito movimento brusco¹⁰⁸.

Foi exatamente isso que sucedeu no *flash crash* de 6 de Maio de 2010, durante o qual se registou no Dow Jones Industrial Average Index a maior queda diária até aquela data (998.50 pontos) – à qual se seguiu uma imediata recuperação de parte substancial das perdas (347.80 pontos). Em síntese, registaram-se severas flutuações de preços, concretamente nos principais índices de acções dos mercados de *futures* e de outros valores mobiliários, inclusive em cerca de oito mil títulos de acções individuais e fundos de investimento¹⁰⁹. Inicialmente surgiram rumores que o *flash crash* estaria associado a um alegado

da EUR-Lex, acessível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A0068> (última consulta em: 02.08.22).

¹⁰⁵ Vide EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA), (2012) *Guidelines on systems and controls...*, op. cit. nota 46, p. 4.

¹⁰⁶ Conforme *supra* exposto, a primeira plataforma de negociação eletrónica, a *Instinet*, foi apenas fundada em 1969.

¹⁰⁷ KIRCHNER, Stephen, (2015) “High Frequency Trading...”, op. cit. nota 10, p. 13.

¹⁰⁸ KIRCHNER, Stephen, (2015) “High Frequency Trading...”, op. cit. nota 10, p. 13.

¹⁰⁹ ZERVOUDAKIS, Fokion, LAWRENCE, Donald, GONTIKAS, George, & AL MEREY, Majd, (2018) *Perspectives on High-Frequency Trading*, Department of Computer Science, University College London, 2018, p. 10, acessível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Perspectives-on-High-Fre->

fat finger, ou seja, um erro na inscrição de determinada ordem de execução. No entanto, tanto no âmbito das investigações preliminares¹¹⁰, como do inquérito final conduzido juntamente pela SEC e pela CFTC, concluiu-se que um *fat finger* não reunia condições para originar anormalidades naquela velocidade e escala¹¹¹. Por outro lado, é necessário recordar que, durante aquele dia, os mercados financeiros se encontravam especialmente sob pressão, já que circulavam diversas notícias de cariz económico-político respeitantes aos elevados défices de dívida pública que os países da UE apresentavam, em especial a situação de incerteza relativa à República Helénica e à sua capacidade para cumprir as exigências impostas pelo FMI¹¹². Em resultado desse cenário ou não, a verdade é que se verificou a existência de *panic trading*, o que impactou severamente as diversas estruturas de mercado. Nas palavras do relatório de investigação preliminar divulgado pela SEC, após a queda de mercado (*first liquidity crisis*), verificou-se que a reação dos *market makers* (principais fornecedores de liquidez) provocou uma *second liquidity crisis*. Enquanto os tradicionais *market makers* aumentaram os *bid-ask spreads*, os *market makers* de HFT deixaram de cotar os respectivos preços e retiraram-se completamente dos mercados¹¹³. Sucede que no momento em que determinado *high frequency trader* opte por retirar-se e executar uma ordem de venda, que implique o movimento de um valor significativo e cujos algoritmos (porventura inadequados) não detetem instantaneamente uma eventual falta de liquidez (já que tudo acontece em segundos, inclusive e especialmente a *supra* referida *first liquidity crisis*), os mercados tendem a colapsar (apesar do efeito estabilizador causado pelo volume de transações) e o pânico alastra-se¹¹⁴.

Mais, durante o colapso, sucederam diversos atrasos na atualização dos preços de múltiplas plataformas de negociação em relação ao preço de outras

quency-Trading-Zervoudakis-Lawrence/96ebb277ff6034aea22345fc9af1b538512c7499 (última consulta em: 02.08.22).

¹¹⁰ Vide a este respeito U.S. COMMODITY FUTURES TRADING & U.S. SECURITIES & EXCHANGE COMMISSION, (2010) *Preliminary Findings Regarding the Market Events of May 6 2010, Report of the Staffs of the CFTC and SEC to the Joint Advisory Committee on Emerging Regulatory Issues*, de Maio 2010, acessível em: <https://www.sec.gov/sec-cftc-prelimreport.pdf> (última consulta em: 02.03.22).

¹¹¹ SHAPIRO, Mary, (2010), *Testimony Concerning the Severe Market Disruption on May 6, 2010*, SEC, Maio 2010, acessível em: <http://www.sec.gov/news/testimony/2010/ts051110mls.htm> (última consulta em: 02.08.22).

¹¹² Vide U.S. Commodity Futures Trading & U.S. Securities & Exchange Commission,, (2010) *Preliminary Findings...*, op. cit. nota 110.

¹¹³ Vide a este respeito o U.S. Commodity Futures Trading & U.S. Securities & Exchange Commission,, (2010) *Preliminary Findings...*, op. cit. nota 110.

¹¹⁴ LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading...*, op. cit. nota 13, p. 63.

tantas¹¹⁵. É exactamente perante essa assimetria de preços que, por norma, os *high frequency traders* aplicam a estratégia de arbitragem que, por sua vez, contribui para a disseminação do movimento de queda dos preços de mercado e para próprio efeito cascata, na medida em que a rentabilidade associada a esta estratégia se traduz na compra do produto com o preço mais reduzido, “lucrando-se com a venda onde a mesma se encontre mais elevada”¹¹⁶. Como se não bastasse, para além da retirada massiva dos *market makers* de HFT dos mercados financeiros causar uma severa perda de liquidez e de “empurrar” os preços para o nível mais baixo de sempre até aquela data, ainda deixou os restantes *market makers* sem outras opções senão proceder à cotação dos preços de forma irracional, com isso agravando as disfuncionalidades dos mercados durante o *false crash*¹¹⁷. Paralelamente, considera-se ainda que determinado ou determinados *high frequency traders* podem ter aplicado uma das formas de manipulação *supra* expostas, em especial a “estratégia” de *quote stuffing*, que consiste na emissão de um vasto volume de inesperadas ordens que, em milésimos de segundos, são imediatamente canceladas, essencialmente com o desígnio de causar a paralisação do mercado – porém, até à presente data, não se reuniram provas suficientes desse facto¹¹⁸. Aliás, sublinhe-se a dificuldade sentida pelos reguladores na reconstituição¹¹⁹ dos eventos do dia 6 de Maio, principalmente devido às sofisticadas e velozes tecnologias aplicadas pelo HFT¹²⁰.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ SANTOS ALMEIDA, Miguel, (2016) “Introdução à Negociação de Alta Frequência”..., op. cit. nota 5, p. 10.

¹¹⁷ Em virtude desta súbita retirada de liquidez, foram concluídas mais de 20.000 transacções em menos de 20 minutos e a preços 60% ou mais distantes das cotações de preço que vigoravam minutos antes. Aliás, face às cotações de preço irracionais, veja-se que algumas dessas operações chegaram até a ser executadas a preços igualmente irracionais, como \$0,01 ou \$100.000. A este propósito LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading*..., op. cit. nota 13, p. 63-64.

¹¹⁸ LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading*..., op. cit. nota 13, p. 63.

¹¹⁹ Conforme consta do relatório preliminar elaborado em conjunto pela SEC e pela CFTC, “the reconstruction of even a few hours of trading during an extremely active trading day in markets as broad and complex [...] – involving thousands of products, millions of trades and hundreds of millions of data points – is an enormous undertaking”. Vide a este respeito U.S. Commodity Futures Trading & U.S. Securities & Exchange Commission, (2010) *Preliminary Findings*..., op. cit. nota 110.

¹²⁰ Refira-se que em 2015, após 5 anos de investigação, alegadamente foi encontrado o principal responsável do *flash crash* de 6 de Maio de 2010, tendo as autoridades norte-americanas concluído que na génese do problema esteve a configuração ilícita do algoritmo, concretamente com vista a aplicar a *supra* exposta forma de manipulação de mercado apelidada de *spoofing* – foram realizadas múltiplas “transacções fantasmas” no mercado de *futuros*. Nesse seguimento, em Abril de 2015, foi detido Navinder Singh Sarao, acusado de estar na origem do *flash crash* de 2010 e de ter lucrado cerca de 40 milhões de dólares com a sua conduta. Vide a este respeito CAETANO, Edgar V., (2010) *Um londrino pacato terá causado o flash crash de 2010 nos EUA*, Observador, 2015, acessível em: <https://>

Apesar do aqui exposto, há quem defenda que o HFT contribui para a “fase de mitigação da volatilidade”, concretamente ao continuar a fornecer liquidez aos mercados durante este tipo de evento, com isso evidenciando um efeito estabilizador, ao invés de destabilizador¹²¹. Não obstante, não deixa de ser sugestivo que a taxa de lucratividade associada ao HFT aumente precisamente em situações de extrema volatilidade e exactamente durante a fase de mitigação da volatilidade que, *per se*, significa um óbvio e inegável incentivo para os *high frequency traders*¹²². Constata-se, portanto, a influência do HFT na dinâmica de mercado e, consequentemente, o papel fundamental que desempenhou na evolução e desenvolvimento do caso-exemplo de 6 de Maio¹²³.

2. Do impacto de eventos catastróficos globais, tais como a Pandemia de COVID-19 nos Mercados Financeiros: o risco sistémico associado ao HFT aumenta?

Com base no até agora exposto, apesar de divididos em diferentes regiões, países, sistemas e estruturas, verifica-se que atualmente os mercados financeiros se encontram cada vez mais interconectados (*global economic market system*). Ao conjugarmos essa interconectividade com a velocidade e a complexidade dos processos e estratégias (duvidosas ou não) associadas ao HFT, identifica-se um claro aumento do risco sistémico¹²⁴. Até porque “*flash crashes, like car crashes, may be more severe the greater the velocity*”¹²⁵. Mas mais do que isso, identifica-se

observador.pt/2015/04/22/um-londrino-pacato-tera-causado-o-flash-crash-de-2010-nos-eua/ (última consulta em: 02.08.22).

¹²¹ Em 22 de Agosto de 2013, ocorreu o denominado *flash freeze* do NASDAQ, no qual a sessão do NASDAQ esteve durante mais de 3 horas interrompida “por força de um problema técnico no sistema que fornece cotações à bolsa”. Tal fenómeno deveu-se a um significativo “crescimento do tráfego de dados” não suportado pela capacidade de transmissão do sistema – concretamente não aguentou tanta informação em tão pouco tempo. Vide a este propósito BELL, Holly A., (2014) *An Analysis of Global HFT Regulation: Motivations, Market Failures, and Alternative Outcomes*, Mercatus Center Working Paper No. 14-11, Novembro 2014, p. 30-31, acessível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2689321 (última consulta em: 02.08.22).

¹²² KIRCHNER, Stephen, (2015) “High Frequency Trading...”, op. cit. nota 10, p. 13.

¹²³ A atual interconectividade do nosso sistema de mercados financeiros, combinada com a crescente dependência de estratégias e sistemas de negociação totalmente automatizados, representam sérios riscos sistémicos. Vide LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading...*, op. cit. nota 13, pp. 63-64.

¹²⁴ É certo que o HFT multiplica a capacidade de transmissão e a velocidade das transações, também evidencia as imperfeições de mercado. Vide a este respeito LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading...*, op. cit. nota 13, pp. 76-80.

¹²⁵ LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading...*, op. cit. nota 13, p. 81.

que as zonas cinzentas persistem. Até certo nível, ninguém parece realmente compreender o que se passa. Ao que tudo indica, o HFT pode ser utilizado enquanto “arma de transacções em massa”, ou seja, ao invés de visarem simplesmente um único produto financeiro, hoje em dia é possível visar simultaneamente inteiros mercados (!)¹²⁶. Consequentemente, *the sky is the limit*, mesmo a hipótese de, numa espécie de ciberataque terrorista, ocorrer uma massiva operação de *quote-stuffing* direcionada para os principais mercados financeiros¹²⁷.

Também conforme até agora exposto, observa-se que determinados eventos globais possam constituir o cenário perfeito para os *high frequency traders* seguirem determinada estratégia de negociação ou, até mesmo, adoptarem determinada forma de manipulação de mercado. Especialmente, em contexto de eventos catastróficos globais, como *in casu*, a actual Pandemia de COVID-19. Curiosamente, em 15 de Janeiro de 2020, na classificação de eventos em termos de impacto económico, o World Economic Forum, no seu *Global Risk Report 2020*¹²⁸, além de classificar o tópico *infectious diseases* em décimo, ainda considerou esse cenário bastante improvável. A atenção dos grandes empresários e dos políticos presentes estava principalmente direccionada para as fontes de risco tradicionais e para os problemas ambientais – o que se viria a alterar radicalmente passadas algumas semanas, como é hoje sabido¹²⁹.

a. *Do impacto da Pandemia de COVID-19 nos Mercados Financeiros: a comparação histórica com outros surtos de doenças contagiosas*

Desde logo, refira-se que nenhum outro surto de doença infecciosa impactou os mercados financeiros de uma forma tão severa e devastadora como a Pandemia de COVID-19, incluindo a Cripe espanhola de 1918-1920, com uma taxa de óbitos na casa dos 2.0% da população mundial àquela data¹³⁰, em

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading*..., op. cit. nota 13, p. 81; & HALDANE, Andrew, (2011) *The Race to Zero*..., op. cit. nota 7, p. 19.

¹²⁸ Vide WORLD ECONOMIC FORUM (WEF), (2020) *Global Risk Report 2020*, j aneiro 2020, acessível em: <https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2020> (última consulta em: 02.08.22).

¹²⁹ RAMELLI, Stefano, & WAGNER, Alexander, (2020) *What the stock market tells us about the consequences of COVID-19, Mitigating the COVID Economic Crisis: Act Fast and Do Whatever It Takes*, VoxEU, The Centre for Economic Policy Research, Março 2020, acessível em: <https://voxeu.org/article/what-stock-market-tells-us-about-consequences-covid-19> (última consulta em: 02.08.22).

¹³⁰ BAKER, Scott R., BLOOM, Nicholas, DAVIS, Setven J., KOST, Kyle, SAMMON, Marco, & VIRATYOSIN, Tasaneeya, (2020) *The Unprecedented Stock Market Reaction to COVID-19*, Becker Friedman Institute

concreto, cerca de 40 milhões de pessoas. Aliás, no que respeita às estimativas atuais, alguns dos *worst-case scenarios* são exactamente baseados nesse evento que, em termos de taxa de óbitos, foi apenas ultrapassado pela Peste Negra, no século XIV, onde 60 a 200 milhões de pessoas perderam as suas vidas num indêntico período de tempo. No entanto, não se encontra nenhum registo, ou sequer uma notícia de jornais da época, que conecte determinado movimento de mercado ao desenvolvimento da pandemia¹³¹. Mais recentemente, encontramos os casos-exemplos das epidemias de SARS de 2002-2004¹³² e de Ébola de 2013-2016¹³³ que, por sua vez, originaram apenas curtas e modestas variações na volatilidade de determinados mercados. Já a Gripe das aves (2003-2010) e a Gripe suína (2009), mal foram registadas para estes efeitos¹³⁴. Verifica-se, portanto, que em termos de comparação histórica (seja ela relacionada com um evento catastrófico similar ou não) que o severo impacto da Pandemia de COVID-19 nos mercados financeiros não tem precedentes, sendo certo que a recente queda de mercado chega a atingir pontos mais profundos que na época

for Economics at the University of Chicago, 2020, p. 1, acessível em: <https://bfi.uchicago.edu/working-paper/the-unprecedented-stock-market-reaction-to-covid-19/> (última consulta em: 02.08.22).

¹³¹ Na hipótese da Pandemia de COVID-19 atingir as mesmas proporções que atingiu, por exemplo, a Crise espanhola, dadas as especificidades da nossa civilização atual (maior número de pessoas e, acima de tudo, globalizadas), o número de mortos pode rondar os 80 milhões. Nesse caso, por outro lado, é praticamente impossível calcular o impacto que o pânico originado por tal situação poderia ter nos mercados financeiros e na economia global. Vide a este respeito NUNO FERNANDES, (2020) in *Economic effects of coronavirus outbreak (COVID-19) on the world economy, Preliminary and subject to revisions as new data is released*, IESE Business School Spain, 2020, p. 4, acessível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3557504 (última consulta em: 02.08.22).

¹³² Entre 2002-2003, a doença infecciosa SARS propagou-se desde Guangdong, na China, até diversos outros países do continente asiático. Após a sua contenção, feitas as contas, registaram-se mais de 8 mil contaminados e mais de 900 mortes. Em termos económicos, estima-se numa redução de 0.5 a 1% no crescimento da China. De acordo com o dados do Banco Mundial, os custos da SARS para a economia global rondaram os \$54 biliões. Restam, portanto, muitas dúvidas quanto ao real impacto do COVID-19. Vide NUNO FERNANDES, (2020) in *Economic effects of coronavirus...*, op. cit. nota 131, p. 7.

¹³³ Segundo os registos oficiais, a propagação do vírus Ébola causou mais de 11 mil mortes. Em termos de impacto económico, estimam-se perdas no valor de \$53 biliões, além da queda no PIB de múltiplos países da África Ocidental (a título de exemplo, só República da Serra Leoa caiu 20% em 2015). Verifica-se que o impacto do surto em termos de propagação não foi muito elevado (pelo menos, segundo consta dos dados oficiais). No entanto, e em termos de comparação, o impacto económico foi devastador e até mesmo duradouro – o PIB da República da Libéria caiu em cerca de 8% de 2013 a 2014, e isto apesar da taxa de óbitos ter diminuído durante o mesmo período. Vide a este respeito NUNO FERNANDES, (2020) in *Economic effects of coronavirus...*, op. cit. nota 131, p. 5.

¹³⁴ BAKER, Scott R., BLOOM, Nicholas, DAVIS, Setven J., KOST, Kyle, SAMMON, Marco, & VIRATYOSIN, Tasaneeya, (2020) *The Unprecedented Stock Market Reaction to COVID-19...*, op. cit. nota 130, pp. 1-3.

da Grande Crise Financeira de 2007-2008 ou mesmo da Grande Depressão de 1929¹³⁵.

b. *Do aumento notável da volatilidade em consequência do impacto da Pandemia de COVID-19 nos Mercados Financeiros*

Os mercados financeiros colapsaram em Março de 2020. A maioria dos índices de todo mundo registaram a maior queda diária de sempre na sua história. A título de exemplo, o Dow Jones Industrial Average Index registou no dia 16 de Março de 2020 a sua maior queda diária de sempre, concretamente (2.977 pontos). Múltiplas empresas de renome assistiram à queda da cotação dos preços das suas ações em cerca de severos 80% – e isto, em poucos dias ou mesmo horas¹³⁶. O índice de volatilidade (VIX)¹³⁷ dos mercados encontra-se mais alto do que nunca, estando perto ou mesmo a ultrapassar os índices máximos que se verificavam durante a Grande Crise Financeira de 2007-2008¹³⁸. Neste sentido, observa-se que novos casos reportados fora da China aumentam o índice de volatilidade, ou que a taxa de óbitos tem um impacto significativo no aumento do índice, em especial a taxa de óbitos também fora da China. Com efeito, observa-se que a propagação do COVID-19 aumenta a volatilidade dos mercados.¹³⁹ A este propósito, repare-se que o mercado apresentou diferentes reações iniciais face à Pandemia de COVID-19, que se dividem essencialmente em três períodos apelidados de forma irónica: *Incubation*; *Outbreak*, e *Fever*¹⁴⁰.

¹³⁵ ADRIAN, Tobias, & NATALUCCI, Fabio, (2020) *COVID-19 Crisis Poses Threat to Financial Stability*, IMFBlog – Insights & Analysis on Economics & Finance, Abril 2020, acessível em: <https://blogs.imf.org/2020/04/14/covid-19-crisis-poses-threat-to-financial-stability/> (última consulta em: 02.08.22).

¹³⁶ NUNO FERNANDES, (2020) in *Economic effects of coronavirus...*, op. cit. nota 131, p. 14.

¹³⁷ O CBOE Volatility Index, da Chicago Board Options Exchange, mede a expectativa de volatilidade do mercado de ações com base nas opções do índice *S&P 500*.

¹³⁸ Consequentemente, verifica-se uma deterioração significativa na qualidade da liquidez, incluindo nos mercados tradicionais, cuja qualidade não é questionada, tais como o *U.S. Treasury market*. Vide DETRIXHE, John, (2020) *Wall Street's fear gauge is almost back to its 2008 level*, QUARTZ, Julho 2020, <https://qz.com/1819360/wall-streets-vix-fear-gauge-is-almost-back-to-its-2008-level/> (última consulta em: 02.08.22); & ADRIAN, Tobias, & NATALUCCI, Fabio, (2020) *COVID-19 Crisis...*, op. cit. nota 135.

¹³⁹ ALBULESCU, Claudiu Tiberiu, (2020) *Coronavirus and financial volatility: 40 days of fasting and fear*, CRIEF, University of Poitiers, Março 2020, p. 6, acessível em: https://www.researchgate.net/publication/339813612_Coronavirus_and_financial_volatility_40_days_of_fasting_and_fear (última consulta em: 02.08.22).

¹⁴⁰ Em 31 de Dezembro de 2019, foram reportados à OMS os primeiros casos de pneumonia em Wuhan, na China. Em 1 de Janeiro de 2020, depois de as autoridades de saúde chinesas terem desco-

O período inicial de incubação (de 31 de Dezembro de 2019 a 20 de Janeiro de 2020) do novo coronavírus teve pouco ou nenhum impacto nos mercados financeiros. No entanto, já durante o período de propagação do vírus a nível mundial (de 20 de Janeiro a 23 de Fevereiro, na maior parte dos países), verificou-se que o interesse que os participantes de mercado demonstravam pelo assunto aumentou em cerca de 30%. Na altura em que se iniciou o período da febre (de 23 de Fevereiro até meados de Maio de 2020, existindo incertezas quanto ao final do pico do surto), esse valor aumentou para cerca de 50%¹⁴¹. Aliás, foi exactamente a partir dessa altura que se verificou uma severa queda nas taxas de rentabilidade de obrigações (*bond yields*), na cotação do preço dos barris de petróleo¹⁴² e na cotação do preços de acções – que, em conjunto, se traduziram em perdas potenciais ou reais no valor de triliões de dólares. A título de exemplo, veja-se que nos EUA (desde o final de Fevereiro até ao final de Março, ambos de 2020), a taxa de rentabilidade de obrigações a 10 anos caiu para baixo de 0.5 pontos, e a cotação dos preços das acções listadas nas principais bolsas de valores caíram drasticamente¹⁴³. Enquanto o índice mundial MSCI caiu 31,6%, o índice S&P 500 caiu 32%¹⁴⁴. Só no dia 12 de Março, já apelidado

berto que um animal selvagem vendido na Huanan Seafood Wholesale Market teria sido a origem do vírus, foi decretado o fecho desse mercado. Já em 20 de Janeiro de 2020, as autoridades chinesas confirmaram que o vírus se transmite de pessoa para pessoa e a OMS emitiu o primeiro relatório sobre o surto. Em 23 de Fevereiro, após a propagação do vírus em múltiplos países, é decretado o confinamento obrigatório na região da Lombardia, na Itália, em face das primeiras mortes registadas no dia 22 de Fevereiro de 2020 e com vista à contenção da propagação do vírus nas restantes regiões do país. Vide a este respeito RAMELLI, Stefano, & WAGNER, Alexander, (2020) *What the stock market...*, op. cit, nota 129, p. 64.

¹⁴¹ RAMELLI, Stefano, & WAGNER, Alexander, (2020) *What the stock market...*, op. cit, nota 129, p. 64.

¹⁴² A título de exemplo, estamos a falar de perdas semanais de cerca de 12% à escala mundial, 21% na América Latina, 25% na Europa e 15% em Nova Iorque. Em jeito de comparação, relembre-se que durante o impacto do *crash* petrolífero de Outubro de 1973, a queda registada no S&P500 foi de 17%. Vide a este respeito as notícias “Covid-19. Bolsas já perderam 30%. O dobro do que perderam com a SARS de 2003” (Expresso, Março de 2020), acessível em: <https://expresso.pt/economia/2020-03-21-Covid-19.-Bolsas-ja-perderam-30.-O-dobro-do-que-perderam-com-a-SARS-de-2003> (última consulta em: 02.08.22); e “Stock, bond and FX trading volumes boom as volatility jumps” (Reuters, Março de 2020), acessível em: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-trading-volumes/stock-bond-and-fx-trading-volumes-boom-as-volatility-jumps-idUSKBN20X2IZ> (última consulta em: 02.08.22).

¹⁴³ BARET, Scott, CELNER, Anna, O'REILLY, Monica, & SHILLING, Mark, (2020) *COVID-19 potential implications for the banking and capital markets sector – Maintaining business and operational resilience*, Deloitte Insights, 2020, acessível em: <https://www2.deloitte.com/us/en/insights/economy/covid-19/banking-and-capital-markets-impact-covid-19.html> (última consulta em: 02.08.22).

¹⁴⁴ Vide a este respeito a notícia “Covid-19. Bolsas já perderam 30%. O dobro do que perderam com a SARS de 2003” (Expresso, Março de 2020), acessível em: <https://expresso>.

de “Quinta-feira negra”, o MSCI caiu 9,5% (já depois de ter caído 9,1% na segunda-feira imediatamente anterior).

Não se registavam *crashes* desta profundidade desde a Segunda-feira negra de 19 de Outubro de 1987, ou mesmo desde de Outubro de 1929 durante a Grande Depressão¹⁴⁵. Também o índice de volatilidade VIX disparou para 77,1% no dia 9 de Março, não se registando níveis tão altos desde Novembro de 2008 durante a Grande Crise Financeira¹⁴⁶. Tudo indica que estas variações têm origem no facto de os participantes de mercado assumirem o *worst-case scenario*¹⁴⁷, pelo que tendem a vender todos os produtos financeiros que acharem de risco ou, em alternativa, procuram apostar em ativos mais seguros, como o próprio ouro ou a dívida de países solventes como a Alemanha¹⁴⁸. Paralelamente a esta situação, verifica-se que as instituições financeiras de crédito se encontram cada vez mais vulneráveis, face aos créditos que se acumulam (tanto de singulares, como de pessoas colectivas). Em virtude da situação de estado de emergência e de confinamento obrigatório que arduamente foi imposto pelos governos na maioria dos países, também as empresas não atravessam um período fácil. Com efeito, a grande maioria foi obrigada a fechar portas e, por consequência, o número de desempregados não pára de crescer (só durante as duas últimas semanas de Março de 2020, registaram-se mais de 10 milhões de desempregados nos EUA, e no final de Abril de 2020 o número total é de 22 milhões, mais do que durante toda a Grande Crise Financeira¹⁴⁹). Os próprios consumidores viajam menos e, por consequência, gastam menos, reduzindo até os lucros de empresas de serviços financeiros como a Visa Inc.¹⁵⁰. Face a estes

pt/economia/2020-03-21-Covid-19.-Bolsas-ja-perderam-30.-O-dobro-do-que-perderam-com-a-SARS-de-2003 (última consulta em: 02.08.22).

¹⁴⁵ Na Europa, o cenário não foi diferente, já que o volume de transacções nos mercados bolsistas mais que triplicou em relação à sua média diária num período de 90 dias, tendo o dia 9 de Março de 2020 ficado marcado pela maior queda da cotação do preço das acções também desde a Grande Crise Financeira. Vide a este respeito notícia “Covid-19. Bolsas já perderam 30%. O dobro do que perderam com a SARS de 2003” (Expresso, Março de 2020), acessível em: <https://expresso.pt/economia/2020-03-21-Covid-19.-Bolsas-ja-perderam-30.-O-dobro-do-que-perderam-com-a-SARS-de-2003> (última consulta em: 02.08.22).

¹⁴⁶ DETRIXHE, John, (2020) *Wall Street's fear gauge is almost back to its 2008 level...*, op. cit. nota 138.

¹⁴⁷ BARET, Scott, CELNER, Anna, O'REILLY, Monica, & SHILLING, Mark, (2020) *COVID-19...*, op. cit. nota 143.

¹⁴⁸ DETRIXHE, John, (2020) *Wall Street's fear gauge is almost back to its 2008 level...*, op. cit. nota 138.

¹⁴⁹ NUNO FERNANDES, (2020) in *Economic effects of coronavirus...*, op. cit. nota 131, p. 10.

¹⁵⁰ DETRIXHE, John, (2020) *High-frequency traders are winning big thanks to coronavirus disruption*, QUARTZ, Abril 2020, acessível em: <https://qz.com/1832540/high-frequency-traders-winning-big-amid-coronavirus-disruption/> (última consulta em: 02.08.22).

dados (entre outros relacionados¹⁵¹), constata-se que o Q1 de 2020 foi prejudicial na maioria dos países.

Foi exactamente por essa razão que os bancos centrais dos diversos países iniciaram esforços no sentido fornecer liquidez aos mercados (incluindo, através de empréstimos e compra de ativos) em no mínimo \$6 trilhões. Porventura em resultado desses esforços, das políticas internas de cada Estado e/ou mesmo da esperança de que os diversos países estivessem a conter a propagação e o pico do surto estivesse ultrapassado, no final do Q1 de 2020 os investidores pareciam ter recuperado a confiança nos mercados, tendo os preços de mercado recuperado parcialmente algumas das muitas perdas iniciais durante as primeiras semanas de Abril de 2020¹⁵². No entanto, dois anos volvidos, e após

¹⁵¹ A título de exemplo, veja-se a guerra de cotação de petróleo entre Riade e Moscovo, que provocou uma quebra de mais de 60% na cotação do barril de petróleo desde o início do ano. Apesar de verificadas algumas subidas no início do mês de Abril de 2020, no final desse mesmo mês, algumas das cotações chegaram mesmo a alcançar valores negativos, o que significa que naquela altura existia abundância em petróleo, pelo que não existia espaço suficiente para armazenar todos os barris disponíveis e, caso a situação não se alterasse, os produtores de petróleo teriam de pagar aos próprios compradores para desocuparem espaço no armazém. Por outro lado, as hesitações iniciais do BCE já provocaram uma severa subida dos preços dos *credit defaults swaps* (derivados financeiros que seguram contra o risco de incumprimento) a 5 anos, em alguns casos, em mais de 300%, como é, aliás, o caso de Portugal – principalmente devido à contração no comércio internacional de matérias-primas. Mas não foi só na zona euro, já que a Colômbia (408%), a Rússia (389%), Malásia (368%) e a Indonésia (323%) também apresentaram valores elevados – neste caso, tratavam-se essencialmente de economias emergentes mais sensíveis ao *crash* petrolífero inverso que estava em curso. Depois, é ainda de considerar a subida das *bond yields*. A este propósito, segundo os dados do IIF, refira-se a subida do custo de financiamento da dívida desde o final de Fevereiro de 2020 e do início do período da febre, sendo que as economias emergentes são de novo um grupo de risco (para a África do Sul, Brasil, Rússia, México, Indonésia e Turquia, o prémio de risco disparou em mais de 1%). Vide a este respeito as notícias “Covid-19. Bolsas já perderam 30%. O dobro do que perderam com a SARS de 2003” (Expresso, Março de 2020), acessível em: <https://expresso.pt/economia/2020-03-21-Covid-19.-Bolsas-ja-perderam-30.-O-dobro-do-que-perderam-com-a-SARS-de-2003> (última consulta em: 02.08.22); & “US oil price below \$1 a barrel as storage capacity runs out, financial times”, (Financial Times, Abril de 2020) acessível em: <https://www.ft.com/content/a5292644-958d-4065-92e8-ace55d766654> (última consulta em: 02.08.22).

¹⁵² A nível europeu, refira-se que as bolsas estavam em alta no dia 7 de Abril de 2020. O *EuroStoxx 600* subiu 2,89% para 329,86 pontos, e as bolsas de Londres, Paris e Frankfurt subiram 3,06%, 3,54% e 4,22%, respetivamente, bem como as de Madrid e Milão, que subiram 3,37% e 3,96%. Também o principal índice, o PSI20, subiu 3,22% para 4.147,26 pontos. Já nos EUA, na segunda-feira dia 6 de Abril de 2020, o *Dow Jones Industrial Average Index* subiu 7,73% para 22.679,99 pontos, contra 29.551,42 pontos em 12 de Fevereiro de 2020, (atual máximo desde que foi criado em 1896). Também a NASDAQ subiu 7,33% para 7.913,24 pontos, contra o máximo de 9.817,18 pontos em 19 de Fevereiro de 2020. Vide a este respeito notícia “Bolsas europeias em alta animadas com possível contenção da pandemia na Europa” (Expresso, Abril de 2020), acessível em: <https://expresso>.

outras tantas quedas de mercado durante o ano de 2021, em 2022 a pandemia ainda se mantém (sem fim à vista em termos de propagação e aumento de taxas de infectados e de óbito) e o sentimento de desconfiança persiste, pelo que se considera que as condições financeiras globais continuam instáveis, o que se reflete nos atuais índices de inflação¹⁵³.

c. *Quais são as principais razões do impacto da Pandemia de COVID-19 nos Mercados Financeiros?*

Repare-se que, face à gravidade da situação, excluem-se até eventuais comparações com a Grande Crise Financeira no que respeita à previsão de possíveis repercussões. Desta vez, estamos perante todo um novo leque de desafios que, *per se*, previne qualquer tipo de comparação com o passado¹⁵⁴. Mas afinal, quais são as razões de tão severo impacto? Apontam-se diversas razões. Desde logo, estamos perante uma pandemia global¹⁵⁵. Depois, em 2003, a China representava 3% da economia global. Em 2020 representava mais de 16%, pelo que qualquer choque financeiro que se verifique na atividade económica chinesa é fortemente sentida a nível global e nos mais diversos sectores¹⁵⁶. Além disso, não estamos simplesmente perante uma crise focada em países de rendimento médio-baixo¹⁵⁷. Por outro lado, as taxas de juros encontram-se em mínimos históricos¹⁵⁸. O facto de o mundo estar mais interconetado do que nunca, não só em termos de mercados financeiros, mas também em termos sociais, eco-

pt/economia/2020-04-07-Bolsas-europeias-em-alta-animadas-com-possivel-contencao-da-pandemia-na-Europa (última consulta em: 02.08.22).

¹⁵³ ADRIAN, Tobias, & NATALUCCI, Fabio, (2020) *COVID-19 Crisís...*, op. cit. nota 135.

¹⁵⁴ NUNO FERNANDES, (2020) in *Economic effects of coronavirus...*, op. cit. nota 131, p. 5.

¹⁵⁵ Mais do que isso, estamos perante uma pandemia bastante severa, tanto na velocidade da propagação, como na elevada taxa de óbito registada. No que respeita à comparação histórica com a Cripe espanhola, a informação sobre a pandemia é bastante mais vasta e, além disso, é difundida de forma bem mais célere que há um século atrás. Em consequência, o impacto da Pandemia de COVID-19 nos Mercados Financeiros concentra-se em determinados períodos (dependendo do volume e da qualidade das informações) e isso verifica-se na possibilidade desse impacto causar severas variações diárias e um aumento significativo do índice de volatilidade. Vide a este respeito NUNO FERNANDES, (2020) in *Economic effects of coronavirus...*, op. cit. nota 131, p. 5; & BAKER, Scott R., BLOOM, Nicholas, DAVIS, Setven J., KOST, Kyle, SAMMON, Marco, & VIRATYOSIN, Tasaneeya, (2020) *The Unprecedented Stock Market Reaction to COVID-19...*, op. cit. nota 130, pp. 4-5.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ NUNO FERNANDES, (2020) in *Economic effects of coronavirus...*, op. cit. nota 131, p. 5.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

nómicos, ou mesmo tecnológicos¹⁵⁹, contribui para este impacto. Verifica-se ainda uma simultânea quebra da procura e da oferta em função da reacção política a este evento catastrófico, o que causa severos efeitos colaterais nas cadeias de fornecimento¹⁶⁰. Por incrível que pareça, as políticas mais libertárias e menos musculadas em termos de confinamento e quarentena foram também muito mal recebidas na opinião pública dominada pela hipocondria e pelo medo, essencialmente em resultado da lavagem cerebral em massa perpetrada pela comunicação social e com o aval dos governos (ao que tudo indica, com vista a beneficiar única- e exclusivamente o sector farmacêutico através da distribuição massiva de vacinas experimentais e pouco fiáveis). Em consequência, assistimos a uma desvalorização do bom senso e da lógica e a uma sobrevalorização das questões de saúde em relação à situação economia local ou global. Descortinadas as principais razões deste tão severo impacto da Pandemia de COVID-19 nos mercados financeiros e na economia global em geral, cumpre analisar se o risco sistémico associado ao HFT aumenta.

- d. *O risco sistémico associado ao HFT aumenta com o impacto de eventos catastróficos globais nos Mercados Financeiros, tais como a Pandemia de COVID-19?*

Após apresentarem alguns dos melhores resultados de sempre em Fevereiro de 2020 (por exemplo, o Dow Jones Industrial Average Index registava 29.551,42 pontos em 12 de Fevereiro e a NASDAQ 9.817,18 pontos em 19 de Fevereiro), em Março, os mercados bolsistas assistiram à redução das cotações em cerca de 20%. Face ao *supra* exposto no capítulo II e nos primeiros pontos do presente capítulo, tudo parece indicar que as estratégias de negociação (ou mesmo as formas de manipulação) associadas ao HFT possam ter contribuído.

¹⁵⁹ Refira-se que no âmbito dessa interconectividade do moderno modelo económico, apesar dos importantes avanços tecnológicos, na sua maioria ainda envolve interações *face-to-face*. Por isso, uma interrupção abrupta dessas interações, seja através do distanciamento social voluntário ou compulsório, impacta a economia global de forma devastadora. Vide a este respeito NUNO FERNANDES, (2020) in *Economic effects of coronavirus...*, op. cit. nota 131, p. 5; & BAKER, Scott R., BLOOM, Nicholas, DAVIS, Setven J., KOST, Kyle, SAMMON, Marco, & VIRATYOSIN, Tasaneeya, (2020) *The Unprecedented Stock Market Reaction to COVID-19...*, op. cit. nota 130, pp. 4-5.

¹⁶⁰ As políticas de contenção reduziram drasticamente o fluxo de trabalho das empresas em geral, que resultou numa repentina e massiva redução na produção de bens e na oferta e prestação de serviços. Vide a este respeito NUNO FERNANDES, (2020) in *Economic effects of coronavirus...*, op. cit. nota 131, p. 5; & BAKER, Scott R., BLOOM, Nicholas, DAVIS, Setven J., KOST, Kyle, SAMMON, Marco, & VIRATYOSIN, Tasaneeya, (2020) *The Unprecedented Stock Market Reaction to COVID-19...*, op. cit. nota 130, pp. 4-5.

No entanto, desconstruir essa eventual contribuição não se afigura uma tarefa fácil. Por um lado, conforme exposto nos sub-pontos anteriores, tudo indica que o impacto da Pandemia de COVID-19 nos mercados financeiro *per se*, já aumenta consideravelmente o risco sistémico em geral. Só por esse facto, torna-se difícil imputar por exclusivo qualquer tipo de responsabilidade ao HFT¹⁶¹. A este propósito, relembre-se que o alegado efeito estabilizador causado pelo volume de transacções executadas pelo HFT pode até ter contribuído para a estabilização dos mercados após as flutuações iniciais, ou seja, para a fase de mitigação da volatilidade¹⁶².

Mas não nos enganemos, tudo indica que o único e exclusivo objectivo dos *high frequency traders* consiste na persecução de lucro, concretamente ao fornecer *a posteriori* a liquidez (a preços mais baixos) que retira *a priori* (a preços mais altos). Qualquer efeito estabilizador positivo que possa ser identificado em virtude deste *modus operandi*, pode não passar de um mero e fortuito *side-effect*. De facto, as *HFT companies* encontra-se entre as poucas entidades que beneficiaram do impacto da Pandemia de COVID-19 nos mercados financeiros nos meses de Março e de Abril de 2020¹⁶³. Conforme já *supra* exposto, esse cenário acaba por ser o contraste da última década pós-Grande Crise Financeira, na qual a vantagem competitiva inerente à velocidade deixou de ser significativa¹⁶⁴. A título de exemplo, veja-se a cotação da acções da Virtu Financial

¹⁶¹ LANGO, Luke, (2020) *Bad News, Not Algorithmic Trading, Killed the Stock Market*, Nasdaq, Abril 2020, acessível em: <https://www.nasdaq.com/articles/bad-news-not-algorithmic-trading-killed-the-stock-market-2020-04-06> (última consulta em: 02.08.22).

¹⁶² LANGO, Luke, (2020) *Bad News, Not Algorithmic Trading*..., op. cit. nota 161; & LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading*..., op. cit. nota 13, p. 63.

¹⁶³ Por outro lado, apesar de múltiplas entidades financeiras terem sido apanhadas desprevenidas (como por exemplo, o BNP Paribas SA., cujas perdas nos produtos derivados se estimam em mais de 200 milhões), a verdade é que outras tantas (por exemplo a JPMorgan Chase & Co. e a Citigroup Inc., que aproveitaram o facto de diversos *hedge funds* e mesmo *HFT companies* se terem retirado do mercado de derivados) encontraram a oportunidade perfeita para atacar determinados mercados. A JPMorgan Chase & Co. apresentou \$7.2 biliões em receitas provenientes de transacções de acções ou obrigações nos primeiros três meses de 2020 – valor 1/3 mais alto que aquele que foi apresentado no mesmo período no ano anterior. Também a Citigroup Inc. registou um aumento considerável nas receitas (39%), tal como a Goldman Sachs Group, Inc. (28%) ou o Bank of America Corporation (22%). Vide a este respeito MARTINUZZI, Elisa, (2020) *Some Wall Street Bankers Are Doing Well From This Crisis*, The Washington Post, Abril 2020, acessível em: https://www.washingtonpost.com/business/some-wall-street-bankers-are-doing-well-from-this-crisis/2020/04/16/140973b8-7fb9-11ea-84c2-0792d8591911_story.html (última consulta em: 02.08.22); & DETRIXHE, John, (2020) *High-frequency traders are winning big*..., op. cit. nota 150.

¹⁶⁴ LYNN, Theo, MOONEY, John G., ROSATI, Pierangelo & CUMMINS, Mark, (2019) *Disrupting Finance*..., op. cit. nota 58, p. 66.

Inc. e da Amsterdam's Flow Traders (empresas cuja atividade é concentrada em HFT) que, desde o início do ano de 2020, já subiram em cerca de 42% e 38%, respectivamente¹⁶⁵. Em concreto, refira-se que a estratégia de negociação da Virtu Financial Inc. passou pela definição da cotação dos preços tanto de compra, como de venda de valores mobiliários, concretamente através da submissão continuada de ofertas em ambos os lados, “vendendo-se continuamente um ativo ao preço da melhor oferta de venda e, em simultâneo, comprando-se ao preço da melhor oferta de compra”. Em suma, verifica-se que adoptaram a estratégia de criação de mercado, cuja rentabilidade provém do *bid-ask spread* do vasto volume de transacções executadas¹⁶⁶. Agora repare-se que o *spread* aumentava sempre que, em determinado período, a situação de incerteza e de volatilidade também aumentava. No início do ano de 2020, o *bid-ask spread* médio para o mercado de acções S&P 500 era de 4 *basis points*. Até ao final de Março de 2020, esse valor ultrapassava os 14 *basis points*¹⁶⁷.

Por outro lado, alega-se que a reação dos *high frequency traders*, enquanto investidores sofisticados, pode ser considerada em tudo semelhante à reação dos investidores tradicionais e menos sofisticados, ou seja, depois de recebida e processada a nova informação, procedem à respectiva ordem¹⁶⁸. Aliás, seria em tudo semelhante não fosse a capacidade de recepção e processamento de informações em menos de segundos e mais rápido do que todos os investidores menos sofisticados¹⁶⁹. Mas, atenção, não é possível afirmar que o simples facto de o HFT apresentar óbvias vantagens em termos de recepção e processamento de informações *per se*, causa um aumento da volatilidade nos mercados e consequentemente o aumento do risco sistémico. O que é possível afirmar é que, na hipótese de os mercados financeiros serem atingidos por uma onda de más notícias, essa recepção e processamento de informações em alta frequência resulta igualmente numa retirada em alta frequência – factos que, nesses

¹⁶⁵ DETRIXHE, John, (2020) *High-frequency traders are winning big...*, op. cit. nota 150.

¹⁶⁶ SANTOS ALMEIDA, Miguel, (2016) “Introdução à Negociação de Alta Frequência”..., op. cit. nota 5, p. 9.

¹⁶⁷ Veja-se que a *Virtu Financial Inc.* transaciona mais de 25 mil valores mobiliários e em 37 países. Até ao final do Q1 de 2020, esperavam apresentar \$519 milhões em receitas líquidas, valor que correspondia ao dobro do valor realizado no Q1 do ano de 2019, à data o mais alto valor desde que entraram em bolsa há 7 anos. Vide a este respeito DETRIXHE, John, (2020) *High-frequency traders are winning big...*, op. cit. nota 150; & ainda o relatório com os resultados para o primeiro trimestre de 2019 da empresa Virtu Financial, Inc., acessível em: https://s21.q4cdn.com/422114427/files/doc_financials/2019/q1/Virtu-Financial-Inc-Press-Release-Q1-2019-vFINAL.pdf (última consulta em: 02.08.22).

¹⁶⁸ LANGO, Luke, (2020) *Bad News, Not Algorithmic Trading...*, op. cit. nota 161.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

termos, já aumentam claramente a volatilidade e o próprio risco sistémico¹⁷⁰. Nestes termos, a velocidade na venda dos produtos financeiros pode assustar os investidores e despoletar uma onda de *panic trading*¹⁷¹, sendo questionável se, neste ponto, a responsabilidade pode ser parcial- ou exclusivamente imputada à conduta associada ao HFT e aos seus algoritmos (o que parece perfeitamente possível em face de determinadas formas de manipulação camufladas de estratégias de negociação), ou se deve simplesmente ser imputada à reação irracional humana dos investidores menos sofisticados, ou pelo menos em parte¹⁷². Tudo indica que a resposta para a segunda questão é negativa. No que respeita à primeira, irá depender da licitude da estratégia de negociação que tiver sido adoptada pelo *high frequency trader* e, quiçá, em que contexto, pelo que terá de ser apreciada caso a caso e com critérios adaptáveis às circunstâncias. No entanto, uma resposta que se veio a demonstrar clara, mas insuficiente, é a resposta à questão colocada neste sub-ponto. O risco sistémico associado ao *HFT* parece não só aumentar com o impacto de eventos catastróficos globais nos mercados financeiros, tais como a Pandemia de COVID-19. Na verdade, nesse tipo de eventos, o HFT pode até servir de amplificador do risco sistémico, principalmente quando se enfrenta uma situação como a atual, onde a incerteza no que toca à severidade e longevidade da crise ainda subsiste.

Conclusão

Tecidas todas estas considerações, questiona-se, portanto, até que ponto a continuação da aplicação do HFT poderá servir de amplificador do risco sistémico na atualidade e nos tempos que se advinham. Atualmente, tudo indica que, na melhor das hipóteses¹⁷³, iremos atravessar uma profunda e longa reces-

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² Em todo o caso, a própria CMVM apelou no final do mês de Abril de 2020 aos investidores que evitassem decisões impulsivas. Vide COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CMVM), (2020) *Covid-19: Orientações aos investidores*, Abril 2020, acessível em: https://www.cmvm.pt/pt/AreadoInvestidor/rec_oper/covid-19-investidor/Pages/covid-19-recomend-investidor.aspx (última consulta em: 02.08.22).

¹⁷³ Para não falarmos de possíveis cenários catastróficos, como o desplotar de um conflito armado (visto que o económico já perdura há alguns anos) entre os EUA e a China – o que, per se, aumentaria não só o risco sistémico, como também a risco de surgir uma eventual Terceira Guerra Mundial. Vide a este respeito as notícias “EUA acusam China de lucrar com o vírus ao estender domínio regional” (Diário de Notícias, Abril de 2020), acessível em: <https://www.dnnoticias.pt/mundo/eua-acusam-china-de-lucrar-com-o-virus-ao-estender-dominio-regional-HB6056832> (última con-

são global – bastante pior do que a Grande Recessão que se verificou nas décadas anteriores¹⁷⁴. As medidas que agora são implementadas para prevenir a propagação do COVID-19, sejam elas de contenção ou de mitigação, a par das políticas que forem adoptadas para fornecer liquidez às PME's e para apoiar as famílias (sem esquecer a própria reacção a esse fornecimento de liquidez ou apoios), irão determinar o quão profunda e longa será a recessão global¹⁷⁵. Mas mesmo deixando de lado o cenário mais catastrófico, relembre-se que o atual funcionamento do sistema económico, financeiro e político já era, *per se*, bastante criticado antes dos presentes eventos¹⁷⁶. Neste sentido, questiona-se igualmente até que ponto as medidas pós-Grande Crise Financeira e/ou mesmo as atuais medidas em reacção à atual pandemia serão eficientes o suficiente para combater a ambição ilimitada dos investidores mais poderosos e sofisticados¹⁷⁷. Mais do que isso, questiona-se que medidas ou mecanismos podem ser adoptados para prevenir que este tipo de tragédias impacte os atuais sistemas de mercados financeiros de forma tão severa e devastadora¹⁷⁸. Por isso, desde já, defende-se que as fontes de riscos sistémicos aqui expostas sustentam, *per se*, um elevado escrutínio, controlo e fiscalização¹⁷⁹ desta atividade algorítmica de alta

sulta em: 02.08.22); “Apesar da pressão de Trump, agências de espionagem americanas acreditam que novo coronavírus não surgiu em laboratório chinês” (Globo Mundo, Abril de 2020), acessível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/apesar-da-pressao-de-trump-agencias-de-espionagem-americanas-acreditam-que-novo-coronavirus-nao-surgiu-em-laboratorio-chines-24403674> (última consulta em: 02.08.22); “Agência chinesa satiriza EUA em vídeo sobre coronavírus” (G1.Globo, Abril de 2020), acessível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/04/30/agencia-chinesa-satiriza-eua-em-video-sobre-coronavirus.gh.html> (última consulta em: 02.08.22); & “Serviços de informações dos EUA acusam China de esconder extensão do surto” (Diário de Notícias, Abril de 2020), acessível em: <https://www.dn.pt/mundo/servicos-de-inteligencia-dos-eua-acusam-china-de-esconder-extensao-do-surto-12019066.html> (última consulta em: 02.08.22).

¹⁷⁴ Vide a este respeito NUNO FERNANDES, (2020) in *Economic effects of coronavirus...*, op. cit. nota 131, p. 23; & ADRIAN, Tobias, & NATALUCCI, Fabio, (2020) *COVID-19 Crisis...*, op. cit. nota 135.
¹⁷⁵ A criação e distribuição de uma vacina pode ser um factor fundamental para o restabelecimento da confiança nos mercados. Vide a este respeito NUNO FERNANDES, (2020) in *Economic effects of coronavirus...*, op. cit. nota 131, pp. 27-28.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading...*, op. cit. nota 13, p. 81.

¹⁷⁸ BARET, Scott, CELNER, Anna, O'REILLY, Monica, & SHILLING, Mark, (2020) *COVID-19...*, op. cit. nota 143.

¹⁷⁹ Ironicamente, a intervenção humana nos mercados financeiros afigura-se atualmente mais importante do que nunca – principalmente no que respeita ao referido “escrutínio, controlo e fiscalização”. No entanto, a atual situação pode significar o “gatilho” para o despoletar de uma nova era tecnológica. É que a situação de emergência e de confinamento obrigatório acentuou algumas debilidades do sistema atual, tais como a falta de condições para a realização de teletrabalho ou a possível necessidade de criação das mesmas, a necessidade de autonomização de processos de produção e de comerciali-

frequência, principalmente com vista a conciliar a subsistência das estratégias associadas ao HFT com “a segurança, qualidade e objetivos do mercado”, e de forma a alcançar um “sistema financeiro mais seguro, eficiente e equitativo – e não apenas mais rápido”¹⁸⁰. Aliás, com o presente estudo, pretendeu-se exactamente contribuir para esse escrutínio. Ainda durante a introdução, concretamente durante a exposição das vantagens e desvantagens que se apontam, desde logo se tornou perceptível que estamos perante um tema controverso, cuja análise nunca será suficientemente profunda, alargada e actual, dada a enorme e interconectada dimensão tecnológica e financeira que apresenta. Essa dimensão ficou clara com a análise crítica e descritiva da complexa evolução histórica, do quiçá insuficiente enquadramento legal e do funcionamento dos algoritmos em *high frequency/ low latency*, que incluiu tanto a definição e as características da ampla negociação algorítmica, como da subdivisão de HFT.

A este respeito, refira-se que a dimensão tecnológica parece não ter limites, em especial em termos de *velocidade (high frequency/ low latency)*. Os algoritmos de negociação são cada vez mais velozes (nanossegundos ou, quiçá, brevemente picossegundos), essencialmente em virtude da cada vez mais elevada capacidade de transmissão de dados que, por sua vez, se deve essencialmente às infraestruturas de *co-location* e *proximity hosting* cada vez mais avançadas ou mesmo aos mecanismos cada vez mais eficientes de *acesso directo*. Além disso, a capacidade de recepção e tratamento de informação através da aplicação de modelos quantitativos ou mesmo a aplicação e o desenvolvimento conjugado de inteligência artificial encontra-se igualmente em desenvolvimento. Foi com a consciência dessa dimensão tecnológica que partimos para a análise das estratégias de negociação associadas ao HFT. Com efeito, identificaram-se estratégias de negociação que podem ser consideradas lícitas, e outras que podem

zação, os problemas que a circulação diária em massa causa no ambiente (visto que as restrições de circulação tiveram como resultado melhorias ambientais observáveis e, o que é mais impressionante, a curto prazo), entre outros. Vaticina-se, portanto, que um significativo progresso tecnológico será uma das consequências desta pandemia a médio-longo prazo, deixando de existir sequer intervenção humana nos mercados financeiros – a “exclusão destes concretizar-se-á com a implementação dos algoritmos adaptativos e com a total automatização da programação dos algoritmos”. Vide BLOOMFIELD, Robin, & WETHERILT, Anne, (2012) *The Future of Computer Trading in Financial Markets*, UK Government Office for Science, Foresight, 2012, p. 33, acessível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/289036/12-1059-dr26-computer-trading-and-systemic-risk-nuclear-perspective.pdf (última consulta em: 02.08.22); & PRICEWATERHOUSECOOPERS (PwC), (2020) *COVID-19 and the banking and capital markets industry*, PwC, 2020, acessível em: <https://www.pwc.com/us/en/library/covid-19/coronavirus-banking-and-capital-markets.html> (última consulta em: 02.08.22);

¹⁸⁰ MIRA OLIVEIRA, Teresa, (2018) “High-Frequency Trading..., op. cit. nota 51, p. 339.

e/ou devem ser consideradas novas formas da velha manipulação de mercado. Acontece que mesmo as estratégias de negociação consideradas lícitas, quando levadas aos extremos, devem ser alvo de um intenso “escrutínio, controlo e fiscalização”, sob pena de os sistemas de negociação multilateral e o HFT vir a ser considerado uma “terra de ninguém” ou, pior, uma “terra sem lei”, isto é, uma “zona cinzenta” nos quais os participantes demonstram um descarado espírito de libertinagem e de impunidade e se comportam sem qualquer tipo de moralidade social ou ética comportamental.

É que perante esta dimensão tecnológica e inerentes possibilidades, observa-se que determinados investidores sofisticados, em determinadas circunstâncias (como a título de exemplo, perante eventos catastróficos globais), com vista única e exclusivamente à prossecução de lucro (próprio ou de terceiro), induzem os investidores menos sofisticados, através de estratégias de negociação ardilosas ou assentes no engano ou no erro, a executar ordens artificiais e irracionais que lhes causam prejuízo patrimonial (ou a terceiros). Todo este *modus operandi* acarreta, *per se*, um claro e continuado aumento do risco sistémico. E foi exactamente isso que se extraiu da análise crítico-descritiva do risco sistémico, essencialmente através da análise dos casos-exemplo do *flash crash* de 6 de Maio de 2020 e da Pandemia de COVID-19. Mais do que isso, tornou-se claro que além do risco sistémico associado ao HFT poder aumentar com o impacto de eventos catastróficos globais nos mercados financeiros, constitui ainda um amplificador ou um acelerador do risco sistémico durante esses mesmos eventos catastróficos globais. Pelo que haverá sempre que aferir das finalidades e dos processos de aplicação do algoritmo em concreto, essencialmente a fim de o qualificar como lícito ou ilícito. A maior dificuldade estará, sobretudo, na reacção atempada e na prevenção de riscos. No final, haverá sempre que examinar e, se necessário, sindicar quer a inteligência e a acção ou a omissão humana, quer a automação cibernética ou a inteligência artificial (e neste último caso, cumpre ainda aferir quais os critérios a aplicar no apuramento da responsabilidade civil e criminal nesta era tecnológica, em concreto do “programador”, dos superiores hierárquicos imediatamente responsáveis ou mesmo dos gerentes ou administradores da empresa). Mas esse é um tema para um estudo mais aprofundado.

Moral da história: a FinTech que é conhecida por ser *fast to fail*, poder-se-á tornar *fast to control*.

Bibliografia citada

ADRIAN, Tobias, & NATALUCCI, Fabio, (2020) *COVID-19 Crisis Poses Threat to Financial Stability*, IMFBlog – Insights & Analysis on Economics & Finance, Abril 2020,

- acessível em: <https://blogs.imf.org/2020/04/14/covid-19-crisis-poses-threat-to-financial-stability/> (última consulta em: 02.08.22).
- ALBULESCU, Claudiu Tiberiu, (2020) *Coronavirus and financial volatility: 40 days of fasting and fear*, CRIEF, University of Poitiers, Março 2020, p. 6, acessível em: https://www.researchgate.net/publication/339813612_Coronavirus_and_financial_volatility_40_days_of_fasting_and_fear (última consulta em: 02.08.22).
- ALEXANDER, Kern, DHUMALE, Rahul, & EATWELL, John, (2006) in *Global Governance of Financial Systems, The International Regulation of Systemic Risk*, Oxford University Press, 2006, p. 24.
- AUTORITEIT FINANCIËLE MARKTEN (AFM), (2010) *High Frequency Trading: The application of advanced trading technology in the European marketplace*, Novembro 2010, disponível para consulta em: <https://www.afm.nl/en/nieuws/rapporten/2010/hft-rapport> (02.08.22).
- BAKER, Scott R., BLOOM, Nicholas, DAVIS, Setven J., KOST, Kyle, SAMMON, Marco, & VIRATYOSIN, Tasaneeya, (2020) *The Unprecedented Stock Market Reaction to COVID-19*, Becker Friedman Institute for Economics at the University of Chicago, 2020, p. 1, acessível em: <https://bfi.uchicago.edu/working-paper/the-unprecedented-stock-market-reaction-to-covid-19/> (última consulta em: 02.08.22).
- BARET, Scott, CELNER, Anna, O'REILLY, Monica, & SHILLING, Mark, (2020) *COVID-19 potential implications for the banking and capital markets sector - Maintaining business and operational resilience*, Deloitte Insights, 2020, acessível em: <https://www2.deloitte.com/us/en/insights/economy/covid-19/banking-and-capital-markets-impact-covid-19.html> (última consulta em: 02.08.22).
- BANKS, Erik, (2014) *Dark Pools – Off-Exchange Liquidity in a Era of High Frequency, Program and Algorithmic Trading*, 2.^a ed., Houndmills: Palgrave Macmillan, 2014, pp. 147-149.
- BAUMANN, Nick, (2013) “Too fast to fail: are high-speed traders hurtling toward the next financial meltdown?”, *Mother Jones*, Vol. 38, n.º 1, 2013, p. 36.
- BELL, Holly A., (2014) *An Analysis of Global HFT Regulation: Motivations, Market Failures, and Alternative Outcomes*, Mercatus Center Working Paper No. 14-11, Novembro 2014, p. 30-31, acessível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2689321 (última consulta em: 02.08.22).
- BERGE, Inge, (2008) *Han Utløste Alarmen*, Nettavisen Økonomi, 2008, acessível em: <https://www.nettavisen.no/na24/han-utloste-alarmen/2408561.html> (última consulta em: 02.08.22).
- BLOOMFIELD, Robin, & WETHERILT, Anne, (2012) *The Future of Computer Trading in Financial Markets*, UK Government Office for Science, Foresight, 2012, p. 33, acessível em: [*O Direito* 154.º \(2022\), III, 559-604](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/sys-</p></div><div data-bbox=)

- tem/uploads/attachment_data/file/289036/12-1059-dr26-computer-trading-and-systemic-risk-nuclear-perspective.pdf (última consulta em: 02.08.22)
- BRECKENFELDER, Johannes, (2019) *Competition among high-frequency traders, and market quality*, European Central Bank (ECB) – Financial Research, Working Paper Series n.º 2290, Junho 2019, pp. 13– 14.
- BROGAARD, Jonathan, (2010) *High Frequency Trading and Volatility*, University of Washington, Julho 2010, disponível para consulta em: <https://www.managed-funds.org/industry-resources/industry-research/high-frequency-trading-and-volatility/> (02.08.22)
- BURGER, Dani, (2017) *The U.S. Stock Market Belongs to Bots*, Bloomberg, Junho 2017, disponível para consulta em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-06-15/it-s-a-quant-s-stock-market-as-computer-programs-keep-on-buying> (02.08.22).
- CAETANO, Edgar V., (2010) *Um londrino pacato terá causado o flash crash de 2010 nos EUA*, Observador, 2015, acessível em: <https://observador.pt/2015/04/22/um-londrino-pacato-tera-causado-o-flash-crash-de-2010-nos-eua/> (última consulta em: 02.08.22).
- CARLOS ARENILLAS, (2012) *Hombres contra máquinas: High Frequency Trading*, Economía Exterior, 2012, pp. 24–27, acessível em: <http://www.carlosarenillas.es/docs/HombresContraMaquinas.pdf> (última consulta em: 02.08.22).
- CHENG, Evelyn, (2017) *Just 10% of trading is regular stock picking, JPMorgan estimates*, CNBC, Junho 2017, disponível para consulta em: <https://www.cnbc.com/2017/06/13/death-of-the-human-investor-just-10-percent-of-trading-is-regular-stock-picking-jpmorgan-estimates.html> (02.08.22).
- COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CMVM), (2020) *Covid-19: Orientações aos investidores*, Abril 2020, acessível em: https://www.cmvm.pt/pt/Areado-Investidor/rec_oper/covid-19-investidor/Pages/covid-19-recomend-investidor.aspx (última consulta em: 02.08.22).
- COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CMVM), (2012) *Relatório Anual 2012 sobre a Atividade da CMVM e sobre os Mercados de Valores Mobiliários de 2012*, pp. 177–178, acessível em: <https://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/Publicacoes/RelatorioAnualDaCMVM/documents/relat%C3%B3rioanual2012.pdf> (última consulta em: 02.08.22).
- COMISSÃO EUROPEIA, (2010) *Public consultation review of the markets in financial instruments directive MiFID*, acessível em: https://ec.europa.eu/finance/consultations/2010/mifid/index_en.htm (última consulta em: 02.08.22).
- CUMMING, Douglas, ZHAN, Feng & AITKEN, Michael, (2012) *High Frequency Trading and End- Of-Day Manipulation*, SSRN, 2012, p. 7, acessível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2109920 (última consulta em: 02.08.22).

- DETRIXHE, John, (2020) *High-frequency traders are winning big thanks to coronavirus disruption*, QUARTZ, Abril 2020, acessível em: <https://qz.com/1832540/high-frequency-traders-winning-big-amid-coronavirus-disruption/> (última consulta em: 02.08.22).
- DETRIXHE, John, (2020) *Wall Street's fear gauge is almost back to its 2008 level*, QUARTZ, Julho 2020, <https://qz.com/1819360/wall-streets-vix-fear-gauge-is-almost-back-to-its-2008-level/> (última consulta em: 02.08.22).
- DUHIGG, Charles, (2009) in *Stock Traders Find Speed Pays, in Milliseconds*, The New York Times, Julho 2009, disponível para consulta em: <https://www.nytimes.com/2009/07/24/business/24trading.html> (consultado em 02.08.22).
- DANISH FINANCIAL SUPERVISORY AUTHORITY (FSA), (2016) *Algorithmic trading on the NASDAQ Copenhagen*, Fevereiro 2016, acessível em: <https://www.finanstilsynet.dk/~media/Nyhedscenter/2016/Algoritmehandel-paa-danske-handelspladser-eng-pdf.pdf?la=en> (última consulta em: 02.08.22).
- EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA), (2015) *ESMA's technical advice on possible delegated acts concerning the Market Abuse Regulation*, acessível em: <https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2015-224.pdf> (última consulta em: 02.08.22).
- EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA), (2012) *Guidelines on systems and controls in a highly automated trading environment for trading platforms, investment firms and competent authorities*, Fevereiro 2012, p. 4, acessível em: <https://www.esma.europa.eu/document/guidelines-systems-and-controls-in-automated-trading-environment-trading-platforms> (última consulta em: 02.08.22).
- FABOZZI, Frank, FOCARDI, Sergio & JONAS, Caroline, (2011) "High-Frequency Trading: Methodologies and Market Impact", *Exchange Organizational Behavior Teaching Journal*, Vol. 19, 2011, págs. 7-37.
- FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY (FINRA), (2010) *FINRA Sanctions Trillium Brokerage Services, LLC, Director of Trading, Chief Compliance Officer, and Nine Traders \$2.26 Million for Illicit Equities Trading Strategy*, Setembro 2010, acessível em: <https://www.finra.org/media-center/news-releases/2010/finra-sanctions-trillium-brokerage-services-llc-director-trading-chief> (última consulta em: 02.08.22).
- FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY (FINRA), (2009) *SEC Approves New Consolidated FINRA Rules*, Regulatory Notice 09-72 de 2009, acessível em: <https://www.finra.org/rules-guidance/notices/09-72> (última consulta em: 02.08.22).
- GILBERTO, Fernando, (2015) *Negociação Algorítmica de Alta Frequência: Negócios à velocidade da luz*, VidaEconómica, 2015, pp. 19-20.
- GOMBER, Peter, ARNDT, Björn, LUTAT, Marco & UHLE, Tim, (2011) *High-Frequency Trading*, Goethe University Frankfurt Faculty of Economics and Business Admi-

- nistration, Junho 2011, p. 37, disponível para consulta em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1858626 (02.08.22).
- HALDANE, Andrew, (2011) *The Race to Zero*, speech given at the International Economic Association World Congress, Beijing, Julho 2011, p. 7, disponível para consulta em: <https://www.bis.org/review/r110720a.pdf> (02.08.22).
- HAMZA, Haval Rawf, (2015) *The impacts of High-Frequency Trading on the financial market's stability*, MBA, Kent State University, 2015, pp. 27-31, acessível em: https://etd.ohiolink.edu/pg_10?0::NO:10:P10_ACCESSION_NUM:kent1428416050 (última consulta em: 02.08.22).
- KAUFMAN, George & SCOTT, Kenneth, (2003) “What Is Systemic Risk, and Do Bank Regulators Retard or Contribute to It?”, *The Independent Review*, Vol. VII, No. 3, Winter 2003, p. 371– 391.
- KAUFMAN, Ted, (2017) *Breaking Wall Street's Boom, Bailout Cycle*, Huffpost, Março 2017, disponível para consulta em: https://www.huffpost.com/entry/breaking-wall-streets-boo_b_348494?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly9w-dC53aWtpcGVkaWEub3JnLw&guce_referrer_sig=AQAAAI7gVKxfSPLUZZr-xWzptBGrC4nBinUUm-fYpt-o2K9LkY30YXahRJBfYfGZLjzNEyjHTA2W-dPsmidB9aCOLtN4CnQ0-zf2l3cDANtMPpjNBHl4qNDQSXHXrN_s5AooTQ-J91RH-0XwkOCraKrt-HigmzTwFhRnkhVNHkRXu7P3MPKq (02.08.22).
- KIMANI, Alex, (2018) *Goldman: Machines Are Taking Over Markets*, Nasdaq, Maio 2018, disponível para consulta em: <https://www.nasdaq.com/articles/goldman-machines-are-taking-over-markets-2018-05-30> (02.08.22).
- KIRCHNER, Stephen, (2015) “High Frequency Trading: Fact and Fiction: Should HFT be hit with a Financial Transaction Tax? Policy, the journal of the Centre for Independent Studies”, Vol. 31, N°. 4, 2015-2016, p. 10.
- LANGO, Luke, (2020) *Bad News, Not Algorithmic Trading, Killed the Stock Market*, Nasdaq, Abril 2020, acessível em: <https://www.nasdaq.com/articles/bad-news-not-algorithmic-trading-killed-the-stock-market-2020-04-06> (última consulta em: 02.08.22).
- LEE, Sang & ZUBULAKE, Paul, (2011) “The High-Frequency Game Changer – How Automated Trading Strategies Have Revolutionized the Markets”, Wiley Trading, Aité, 2011, pp. 71-74.
- LEIS, Diego, (2012) *High Frequency Trading: Market Manipulation and Systemic Risks From an EU Perspective*, Universität Zürich, Fevereiro 2012, pág. 26, disponível para consulta em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2108344 (02.08.22).
- LYNN, Theo, MOONEY, John G., ROSATI, Pierangelo & CUMMINS, Mark, (2019) *Disrupting Finance: FinTech and Strategy in the 21st Century*, *Palgrave Studies in Digital Business & Enabling Technologies*, Palgrave Macmillan, 2019, p. 66, acessível em:

- https://www.researchgate.net/publication/329487546_Disrupting_Finance_Fin-Tech_and_Strategy_in_the_21st_Century (última consulta em: 02.08.22).
- MARTINUZZI, Elisa, (2020) *Some Wall Street Bankers Are Doing Well From This Crisis*, The Washington Post, Abril 2020, acessível em: https://www.washingtonpost.com/business/some-wall-street-bankers-are-doing-well-from-this-crisis/2020/04/16/140973b8-7fb9-11ea-84c2-0792d8591911_story.html (última consulta em: 02.08.22).
- MCEACHERN GIBBS, Cristina, (2009) *Breaking it Down: An Overview of High-Frequency Trading*, InformationWeek: Wallstreet & Technology, Setembro 2009, disponível para consulta em: https://web.archive.org/web/20150402104736/http://www.wallstreetandtech.com/trading-technology/breaking-it-down-an-overview-of-high-frequency-trading/d/d-id/1262507?page_number=2 (02.08.22).
- MIRA OLIVEIRA, Teresa, (2018) “High-Frequency Trading’ – O novo paradigma”, *Revista de Direito das Sociedades*, RDS X, 2018, p. 335.
- NUNO FERNANDES, (2020) in *Economic effects of coronavirus outbreak (COVID-19) on the world economy, Preliminary and subject to revisions as new data is released*, IESE Business School Spain, 2020, p. 4, acessível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3557504 (última consulta em: 02.08.22).
- OICU-IOSCO, (2000) *Investigating and Prosecuting Market Manipulation, Technical Committee of the International Organization of Securities Commissions*, p. 13, acessível em: <https://docplayer.net/11240121-Investigating-and-prosecuting-market-manipulation-technical-committee-of-the-international-organization-of-securities-commissions.html> (última consulta em: 02.08.22).
- OICU-IOSCO,(2011) *Market Developments: High Frequency Trading*, Agosto 2011, acessível em: https://www.iosco.org/research/pdf/Market_Developments_High_Frequency_Trading.pdf (última consulta em: 02.08.22).
- OICU-IOSCO, (2011) *Regulatory Issues Raised by the Impact of Technological Changes on Market Integrity and Efficiency*, Consultation Report, CR02/11, Julho 2011, disponível para consulta em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOS-COPD354.pdf> (02.08.22).
- PRICEWATERHOUSECOOPERS (PwC), (2020) *COVID-19 and the banking and capital markets industry*, PwC, 2020, acessível em: <https://www.pwc.com/us/en/library/covid-19/coronavirus-banking-and-capital-markets.html> (última consulta em: 02.08.22);
- QUELHAS, José Manuel, (2015) “High-Frequency Trading (HFT)”, *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. LVIII, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2015, p. 388.
- RAMELLI, Stefano, & WAGNER, Alexander, (2020) *What the stock market tells us about the consequences of COVID-19, Mitigating the COVID Economic Crisis: Act Fast and Do Whatever It Takes*, VoxEU, The Centre for Economic Policy Research, Março

- 2020, acessível em: <https://voxeu.org/article/what-stock-market-tells-us-about-consequences-covid-19> (última consulta em: 02.08.22).
- ROSE, Chris, (2010) *Dark Pools And Flash Orders: The Secret World Of Automated High-Frequency Trading*, Walden University, 2010, pp. 12-14, acessível em: https://www.researchgate.net/publication/293022520_Dark_Pools_And_Flash_Orders_The_Secret_World_Of_Automated_High-Frequency_Trading (última consulta em: 02.08.22).
- SANTOS ALMEIDA, Miguel, (2016) “Introdução à Negociação de Alta Frequência”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, Número 54, CMVM, 2016, pp. 26-29.
- SCHWARCZ, Steven, (2008) “Systemic Risk”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, 2008, p. 204, acessível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008326 (última consulta em: 02.08.22).
- SERRITELLA, David, (2010) in “High Speed Trading Begets High Speed Regulation, SEC Response to Flash Crash, Rash”, *Journal of Law, Technology & Policy*, Vol. 2010 N.º 2, p. 437.
- SHAPIRO, Mary, (2010), *Testimony Concerning the Severe Market Disruption on May 6, 2010*, SEC, Maio 2010, acessível em: <http://www.sec.gov/news/testimony/2010/ts051110mls.htm> (última consulta em: 02.08.22).
- SUKUMAR, Nandini, (2011) *High-Frequency Trading Is 77% of U.K. Market*, *Tabb Group Says*, Bloomberg, Janeiro 2011, disponível para consulta em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2011-01-24/high-frequency-trading-is-77-of-u-k-market-tabb-group-says> (02.08.22).
- THOMAS JR., Landon, (2009) *Secrets of Alleged Oil Price Manipulation Exposed*, CNBC, Setembro 2009, disponível para consulta em: https://web.archive.org/web/20150402154202/http://www.cnbc.com/id/32690802/Secrets_of_Alleged_Oil_Price_Manipulation_Exposed (02.08.22).
- U.S. COMMODITY FUTURES TRADING & U.S. SECURITIES & EXCHANGE COMMISSION, (2010) *Preliminary Findings Regarding the Market Events of May 6 2010, Report of the Staffs of the CFTC and SEC to the Joint Advisory Committee on Emerging Regulatory Issues*, de Maio 2010, acessível em: <https://www.sec.gov/sec-cftc-prelimreport.pdf> (última consulta em: 02.03.22).
- WORLD ECONOMIC FORUM (WEF), (2020) *Global Risk Report 2020*, Janeiro 2020, acessível em: <https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2020> (última consulta em: 02.08.22).
- ZERVOUDAKIS, Fokion, LAWRENCE, Donald, GONTIKAS, George, & AL MEREY, Majd, (2018) *Perspectives on High-Frequency Trading*, Department of Computer Science, University College London, 2018, p. 10, acessível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Perspectives-on-High-Frequency-Trading-Zervoudakis-Lawrence/96ebb277ff6034aea22345fc9af1b538512c7499> (última consulta em: 02.08.22).

DOCUMENTOS

Discurso em 10 de junho de 2022 no Dia de Portugal em Braga

JORGE MIRANDA

Senhor Presidente da República
Senhoras e Senhores

Agradeço profundamente a honra conferida por Vossa Excelência, Senhor Presidente da República, designando-me para integrar a Comissão Organizadora das Comemorações do 10 de junho, Dia de Portugal.

Honra acrescida por elas se realizarem em Braga, a minha terra natal e da minha família de quem guardo uma imensa saudade e a terra onde frequentei a instrução primária com excelentes professores.

Braga, *Bracara Augusta*, capital da província romana da Galécia e, depois, do reino dos Suevos, ou, como ainda se diz, a cidade dos arcebispos.

Pois bem: Dia de Portugal – de Portugal com o território historicamente delimitado no continente europeu (como se lê no artigo 6.º, n.º 1 da Constituição, para incluir Olivença) e com os arquipélagos atlânticos dos Açores e da Madeira.

Mas Portugal não se reconduz ao território, nem se circunscreve aos Portugueses que nele habitam. Portugal vai muito para além – porque Portugal é o conjunto, a comunidade dos Portugueses onde quer que se encontrem.

Onde está um português aí está Portugal. E, por conseguinte, importa reforçar os laços que a todos nos unem, desde a revitalização cultural à solidariedade económica e à participação política.

Senhor Presidente da República
Senhoras e Senhores

A nossa história traz-nos muitos motivos de júbilo a par de alguns de desgosto e de tristeza:

Júbilo:

- pela revolta popular em Lisboa antecedente da eleição pelas Cortes de Coimbra de 1385 do Mestre de Avis, como Rei, D. João I;
- pelos descobrimentos, com a inerente base científica, que ligaram a Europa aos outros continentes;
- pelo contacto de civilizações assim aberto e renunciando a formação de sociedades multiculturais;
- pelas edificações aí deixadas, não poucas património cultural da Humanidade;
- pela Constituição de 1822, a nossa primeira Constituição, onde a garantia das liberdades e da separação de poderes era acompanhada de incumbências de construção de escolas para ambos os sexos (artigo 237.º) e de plantio de árvores (artigo 223.º-V);
- pela independência do Brasil sem derramamento de sangue;
- pela primeira travessia aérea do Atlântico Sul, de Lisboa ao Rio de Janeiro, significativamente um século mais tarde.

E daqui saúdo o Brasil, com a sua grandeza geográfica, humana e cultural – o Brasil, com que mantenho intensos contactos académicos suscitando laços de fraterna amizade.

Assim como quero lembrar D. João VI, tão injustiçado por alguns historiadores, e D. Pedro, I do Brasil e IV de Portugal.

Mais dois motivos de regozijo:

- a abolição da pena de morte em 1867 (Portugal foi o primeiro ou o segundo país a aboli-la);
- a consagração da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis – concreta, difusa e incidental – pela Constituição de 1911 (foi a primeira Constituição europeia a fazê-lo).

Entretanto, não podemos esconder causas de desgosto e tristeza:

- a expulsão dos judeus;
- a Inquisição;

- a escravatura;
- o tratamento dado a muitas populações e, por último, o estatuto do indigenato.

Recordemos o Padre António Vieira, no Sermão do 1.º Domingo da Quaresma de 1653:

“Sabeis, cristãos, sabeis, nobreza e povo do Maranhão, qual o jejum que Deus quer de vós nesta Quaresma? – Que solteis a atadura da injustiça e que deixeis ir livres os que tendes cativos e oprimidos.
“Não há maior maldição numa casa, nem numa família que servir-se com suor e com sangue injustos.”

Outras causas de desgosto e tristeza:

- as crueldades do Marquês de Pombal;
- o surto laicista radical dos primeiros anos da República;
- o longo regime autoritário de 1926 a 1974, com censura, polícia política, perseguições, prisões, deportações;
- a total incompreensão que ele teve das mudanças no Mundo desde 1945, levando a três guerras sem sentido, com milhares de mortos.

Não negamos o nosso passado. Assumimo-lo serenamente no confronto dos outros povos. Assumimo-lo no presente e voltados para o futuro.

Senhor Presidente da República
Senhoras e Senhores

Portugal, portugalidade, patriotismo. E não falo em nacionalismo pelas conotações que o termo poderá comportar:

- antes de 1974, quando havia quem tomasse a Nação, o povo enquanto comunidade transtemporal, “cuja vontade era interpretada e até adivinhada por homens de escol” (como diziam os teóricos do regime), em detrimento das pessoas presentes, singulares e concretas de cada tempo;
- agora, quando grassam nacional-populismos radicais e que chegam mesmo a fazer guerras de invasão.

Senhor Presidente da República
Senhoras e Senhores

Dia de Portugal, Dia de Camões. Não conheço nenhum outro país que eleve a celebração de um seu poeta a dia nacional.

Camões, que ergueu a língua portuguesa ao máximo esplendor.

Todavia, Portugal e a língua portuguesa não se confundem. Ela pertence não só a Portugal, pertence ao Brasil e pertence aos cinco Estados africanos e a Timor que a declaram sua língua oficial.

Camões, o poeta épico de *Os Lusíadas*, onde cantou a “lusitana antiga liberdade” (I, 6), a História de Portugal e a aventura do caminho marítimo para a Índia.

Camões, o poeta lírico dos sonetos, das odes e das redondilhas – e talvez não menos importante do que o poeta épico.

“Amor é fogo que arde sem se ver ...

“Transforma-se o amor na cousa amada ...

“Erros meus, má fortuna, amor ardente ...

“Sete anos de pastor Jacob servia ...

“Aquele triste e leda madrugada ...

“Alma minha gentil, que te partiste ...

“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades ...

E não resisto a relembrar:

“De vós me aparto, ó vida! Em tal mudança,
Sinto vivo da morte o sentimento.
Não sei para que é ter contentamento,
Se mais há-de perder quem mais alcança.

“Mas dou-vos esta firme segurança
Que, posto que me mate meu tormento,
Pelas águas do eterno esquecimento
Segura passará minha lembrança.

“Antes sem vós meus olhos se entristeçam,
Que com qualquer cousa outra se contentem;
Antes os esqueçais, que vos esqueçam.

“Antes nesta lembrança se atormentem,
Que com esquecimento desmereçam
A glória que em sofrer tal pena sentem.

Ou:

“Verdade, Amor, Razão, Merecimento,
Qualquer alma farão segura e forte;
Porém, Fortuna, Caso, Tempo e Sorte,
Têm do confuso mundo o regimento.

“Efeitos mil revolve o pensamento
E não sabe a que causa se reporte;
Mas sabe que o que é mais que vida e morte,
Que não o alcança humano entendimento.

“Doutros varões darão razões subidas,
Mas são experiências mais provadas,
E por isso é melhor ter muito visto.

“Cousa há que passam sem ser cridas
E cousas cridas há sem ser passadas,
Mas o melhor de tudo é crer em Cristo.

O uso da língua portuguesa constitui um direito fundamental dos cidadãos portugueses e brasileiros, tal como dos cidadãos de Cabo Verde, da Guiné-Bissau, de São Tomé e Príncipe, de Angola, de Moçambique, de Timor. O direito de falar, de ouvir, de escrever, de ler, de receber mensagens, o direito de comunicar em português.

Um direito e também um dever.

Por isso, não posso deixar de reagir contra os atropelos que vem sofrendo entre nós:

- constantes erros de sintaxe na comunicação social;
- ensino em escolas superiores portuguesas por professores portugueses a alunos portugueses em inglês;

- denominação de algumas escolas superiores, até públicas, também em inglês;
- alastramento de denominações comerciais de empresas portuguesas operando em Portugal em inglês (outra coisa é o inglês ter-se tornado língua franca);
- adulteração do programa *Erasmus*, programa de intercâmbio cultural de jovens universitários.

Internacionalizar não pode equivaler a desnacionalizar.

Senhor Presidente da República

Senhoras e Senhores

Passadas as vicissitudes subsequentes a 1974 (e as que haviam ocorrido antes), Portugal entraria, com a Constituição de 1976, as suas revisões e a sua jurisprudência, num período de estabilidade sem paralelo desde meados do século XIX. Estabilidade em paz e liberdade, em que se verificariam:

- avanços importantes na igualdade entre homens e mulheres;
- o serviço nacional de saúde;
- o ensino obrigatório até aos 18 anos;
- a generalização do abastecimento de água e do saneamento;
- o desenvolvimento da fiscalização da constitucionalidade;
- a adesão ao Conselho da Europa, à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e aos seus protocolos adicionais;
- a adesão às Comunidades Europeias, antecessoras da União Europeia;
- a reconciliação com os povos africanos;
- a transferência negociada da soberania de Macau, bem diversa do que sucedera em Goa, Damão e Diu nos anos 50-60;
- a independência de Timor;
- a formação da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa.

Noutro âmbito, um desafio que vem de sempre e que, nos dias de hoje, se torna mais exigente. É o desafio do mar – do mar, inseparável da sensibilidade dos portugueses – o desafio do mar com a zona económica exclusiva e os seus recursos a aproveitar.

Senhor Presidente da República
Senhoras e Senhores

Não é que nos faltem problemas em todas as áreas e que tenhamos de enfrentar com determinação cívica, através de respostas adequadas e que poderão, legitimamente, variar com a alternância e as alternativas democráticas.

Portugalidade, mais e melhor civismo, mais e melhor democracia, mais e melhor patriotismo.

Viva Portugal!

POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS

Critérios de Publicação n'O Direito

1. A publicação de textos na revista *O Direito* depende de parecer prévio favorável da Comissão de Revisão, para verificação do cumprimento dos correspondentes critérios de publicação.

2. Os artigos a publicar n'O *Direito* devem:

- (i) Cumprir os critérios de elevada qualidade científica, incluindo rigor, clareza e fundamentação científica, fixados no Estatuto Editorial da Revista;
- (ii) Ser inéditos;
- (iii) Cumprir o limite de 90.000 caracteres (cerca de 30 páginas), incluindo espaços e notas de rodapé;
- (iv) Incluir os nomes dos autores no corpo do texto em caracteres normais e os referidos em notas de pé-de-página em versalete;
- (v) Incluir os títulos de monografias, obras coletivas e revistas em itálico e os de textos inseridos em revistas e em obras coletivas entre aspas, em caracteres normais;
- (vi) Incluir resumos em português e em inglês, com 500 caracteres cada.

3. Os textos a incluir na secção “Breves Comentários”, incluindo breves anotações de jurisprudência e resenhas devem cumprir os critérios definidos para os artigos, salvo quanto ao limite de caracteres, que é de 25.000, e à extensão dos resumos, de 150 caracteres cada.

4. Os textos devem ser submetidos em versão final. Só há umas provas antes da publicação, na qual se admitem correções de gralhas, mas não a introdução de texto novo.

