

# ENCONTRO DE INVESTIGADORES EDUM 2023

**7º ENCONTRO DE INVESTIGADORES  
DA ESCOLA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO MINHO 2023**

Comissão Organizadora: Anabela Gonçalves | João Vilas Boas | Maria José Lourenço |  
José Vegar Velho | Tiago Branco

Comissão Científica: JusGov - Centro de Investigação em Justiça e Governação

Paginação: Pedro Panarra

© Escola de Direito da Universidade do Minho, 2024

1.ª edição: Abril de 2024

ISBN: 978-989-35054-6-5

Esta publicação é financiada por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do Financiamento UID/05749/2020.

# ÍNDICE

## **7      **PREFÁCIO****

## **9      **A DESCENTRALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE HABITAÇÃO EM PORTUGAL****

*Ana de Campos Cruz*

- 11      1. A habitação em Portugal
- 14      2. A habitação no ordenamento jurídico português
- 17      3. A habitação no seio da autonomia das autarquias locais
- 19      4. A descentralização administrativa em Portugal em matéria de habitação
- 25      Conclusão

## **27     **O TRATAMENTO DE DADOS RELATIVOS À SAÚDE PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO MÉDICA NO RGPD****

*Bruna de Sousa*

- 28      1. Breves notas sobre o tratamento de dados pessoais no RGPD
- 33      2. A proibição do tratamento dos dados relativos à  
saúde enquanto dados particularmente sensíveis
- 35      3. O tratamento de dados relativos à saúde para fins de investigação médica
- 41      Conclusões

## **43     **A POLISSEMIA DO TERMO LIQUIDAÇÃO E A ABRANGÊNCIA DO ARTIGO 45.º DA LEI GERAL TRIBUTÁRIA****

*Márcia Antunes Gomes*

- 44      1. Propósitos
- 44      2. Os vários significados da palavra liquidação
- 49      3. Reflexão em torno do “direito de liquidar”
- 52      Conclusão

## **53     **CONTROLO DA LEGALIDADE DOS ATOS NOTARIAIS****

*Mercília Pereira Gonçalves*

- 54      Introdução
- 55      I. Controlo da legalidade dos atos notariais

55	1. Controlo da legalidade realizado pelo notário
56	2. Duplo controlo da legalidade: uma falsa questão?
58	3. Eliminação parcial do controlo notarial
59	4. Controlo da legalidade positivo
62	5. Controlo da legalidade negativo
63	Conclusões

## **67 A DESFILIAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO**

*Patricia Ferreira Rocha*

68	Introdução
70	1. A constituição e desconstituição da parentalidade no ordenamento jurídico brasileiro
72	2. O afeto como valor jurídico e sua repercussão no campo da responsabilidade civil
76	3. A desfiliação por abandono afetivo
79	Conclusão

## **81 A VALORAÇÃO DO PERCURSO DO JOVEM DELINQUENTE NA DETERMINAÇÃO DA PENA: A JURISPRUDÊNCIA DE COMO JULGAR E DE COMO NÃO JULGAR**

*Rui Caria*

82	Introdução
83	1. O arguido “D” e o crime de “D”
84	2. A jovem vida de “D”
85	3. O recurso de “D”
86	4. A jurisprudência de como julgar: requisitos para a aplicação da atenuação especial da pena
87	5. A jurisprudência de como não julgar: a caracterização e condenação de “D”
88	6. As insuperáveis inconsistências da condenação de “D”
93	Conclusões – as perguntas que sobram

## PREFÁCIO

No dia 5 de julho de 2023, decorreu a sétima edição do Encontro de Investigadores em Ciências Jurídicas da Universidade do Minho, promovida pela Escola de Investigadores do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov). O Encontro tem como objetivo registar e divulgar o estado da arte da pesquisa jurídica que atualmente se encontra em progresso dos estudantes de doutoramento e fomentar a partilha e a discussão de ideias. Desta forma, o trabalho de investigação, que por vezes é solitário, ganha uma dimensão de partilha, de diálogo, que permite melhorar os trabalhos apresentados. Assim foi, também, nesta sétima edição, em que os investigadores que apresentaram os seus trabalhos dialogaram com aqueles que estavam na sessão, o que deu origem aos estudos que integram agora as atas do Encontro.

Este ano, temos um total de seis estudos, que abordam áreas distintas, desde direito da família, proteção de dados, direito fiscal, direito à habitação, direito do notariado e direito penal. Esta diversidade dos trabalhos apresentados também é um testemunho das várias áreas de trabalho do Centro e dos seus jovens investigadores.

Deixamos uma palavra final de agradecimento à Comissão Organizadora, composta por mim e pelos Mestres João Vilas Boas, José Vegar Velho, Maria João Lourenço e Tiago Branco da Costa. O Encontro de Investigadores em Ciências Jurídicas da Universidade do Minho e a publicação das suas atas apenas são possíveis através do trabalho incansável desta Comissão. Numa primeira fase, a seleccionar os trabalhos a apresentar e a organizar o evento. Numa segunda fase, a moderar as diferentes intervenções. Numa terceira fase, a fazer uma revisão dos trabalhos e a dialogar com os autores, de forma a melhorar os mesmos e prepará-los para publicação. Estamos perante um trabalho exigente, mas um trabalho de equipa extremamente compensador, sobretudo quando vemos o seu resultado, ou seja, a publicação destas atas.

A Comissão Organizadora espera encontrar todos os investigadores da Escola de Investigadores do JusGov no próximo Encontro, para celebrar novamente a Ciência e a investigação em Direito.

Pela Comissão Organizadora,

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

*Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho*

# A DESCENTRALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE HABITAÇÃO EM PORTUGAL

Ana de Campos Cruz<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. A habitação em Portugal. 2. A habitação no ordenamento jurídico português. 3. A habitação no seio da autonomia das autarquias locais. 4. A descentralização administrativa em Portugal, em matéria de habitação. 5. Conclusão.

**Resumo:** O atual contexto de crise habitacional em Portugal é fruto de décadas de inconstantes e desarticuladas políticas habitacionais e foi potenciado pela crise sanitária provocada pelo COVID-19, pela crise decorrente da guerra da Ucrânia, pela inflação e pela subida das taxas de juros. Portugal enfrenta enormes desafios, pedindo-se um papel ativo não só do Governo, como também dos municípios, com vista a diminuir os negros indicadores de privação de habitação, através da promoção de políticas públicas que promovam uma oferta de habitação digna e acessível. O regime jurídico português, constitucional e legal, consagra e assume o sistema administrativo como um sistema descentralizado, que confere às autarquias locais poderes efetivos e competências para atuar em benefício das suas comunidades, com independência administrativa, financeira e regulamentar perante o Estado (embora, e nos termos do artigo 241º da Constituição da República Portuguesa, com respeito pela Constituição, pelas leis e pelos regulamentos de ordem hierárquica superior). Na atual conjuntura, assistimos a políticas de reforço económico e social e a uma nova dinâmica no processo de descentralização administrativa, que tem por objetivo robustecer e aprofundar a autonomia local, numa lógica de aproximação aos cidadãos e de uma mais eficiente e eficaz resposta à satisfação das suas necessidades.

---

<sup>1</sup> Investigadora do JusGov; Doutoranda na área das Ciências Jurídicas Públicas na Escola de Direito da Universidade do Minho e Assistente Convidada na Universidade de Aveiro.  
Email: anacamposcruz@gmail.com

No presente artigo, pretendemos analisar o enquadramento legal e o *momentum* atual do processo de transferência de competências (descentralização administrativa) da administração direta e indireta do Estado, para as autarquias locais, mais próximas das pessoas, em particular, em matéria de habitação.

**Palavras-chave:** Autarquias locais – Descentralização administrativa – Habitação.

**Abstract:** The current housing crisis in Portugal is the result of decades of inconsistent and disjointed housing policies and has been boosted by the health crisis caused by COVID-19, the crisis resulting from the war in Ukraine, inflation and rising interest rates. Portugal is facing enormous challenges and is calling for an active role not only from the government, but also from the municipalities, in order to reduce the black indicators of homelessness, through the promotion of public policies that promote a decent and affordable housing offer. The Portuguese legal system, both constitutional and legal, enshrines and assumes the administrative system as a decentralized system, which gives local authorities effective powers and competences to act for the benefit of their communities, with administrative, financial and regulatory independence from the state (although and under the terms of Article 241 of the Constitution of the Portuguese Republic, with respect for the Constitution, laws and regulations of a higher hierarchical order). At the present time, we are witnessing economic and social strengthening policies and a new dynamic in the process of administrative decentralization, the aim of which is to strengthen and deepen local autonomy, with a view to getting closer to citizens and providing a more efficient and effective response to meeting their needs.

This article analyses the legal framework and the current momentum of the process of transferring powers (administrative decentralization) from the direct and indirect administration of the state to local authorities, that are closer to the people, particularly in the area of housing.

**Keywords:** Local authorities – Administrative decentralization – Housing.

## 1. A HABITAÇÃO EM PORTUGAL

O atual contexto de uma enorme crise habitacional, fruto de décadas de inconstantes e desarticuladas políticas habitacionais, potenciado pela crise sanitária provocada pelo COVID-19, pela crise decorrente da guerra da Ucrânia<sup>2</sup>, pela inflação<sup>3</sup> e pela subida das taxas de juros<sup>4</sup>, apresenta-se com enormes desafios a ultrapassar, não só pelo Governo, como também pelos municípios, com vista a uma promoção da oferta de habitação digna e acessível, assente na criação de uma resposta habitacional, na dinamização e equilíbrio do mercado de arrendamento e na promoção da reabilitação do edificado.

---

2 Ver Euribor-rates.eu – e 1993-2023. [13.10.2023]. Disponível em <https://www.euribor-rates.eu/pt/graficos-euribor/>.

3 A partir de 2021, devido aos impactos da pandemia, Portugal viu um aumento nos custos da construção. As dificuldades nas redes de distribuição global causaram falta de muitos materiais importados, levando a aumentos de preço. A situação conflituosa na Ucrânia, somada à alta nos custos de energia e combustível, elevou ainda mais os preços dos insumos e materiais para construção. Em 2022, o Índice de Preços da Habitação (IPHab), publicado pelo INE, aumentou 12,6%, 3,2 pontos percentuais (p.p.) acima da variação observada em 2021. O aumento médio anual dos preços das habitações existentes (13,9%) superou o das habitações novas (8,7%). [20.07.2023]. Disponível em [https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_destaques&DESTAQUESdest\\_boui=539426799&DESTAQUESmodo=2](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=539426799&DESTAQUESmodo=2).

4 Para maiores desenvolvimentos, vd. PARLAMENTO EUROPEU - Relatório sobre o acesso a uma habitação digna e a preços acessíveis para todos. 08.12.2020. [21.07.2023]. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0247\\_PT.html#\\_ftn33](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0247_PT.html#_ftn33); Pontos Q), R) e S) da Resolução do Parlamento Europeu, de 21 de janeiro de 2021, sobre o acesso a uma habitação digna e a preços acessíveis para todos (2019/2187(INI)). [21.07.2023]. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0020\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0020_PT.html); BANCO DE PORTUGAL - COVID 19. Evolução das moratórias de crédito – setembro de 2020. [13.10.2023]. Disponível em <https://www.bportugal.pt/comunicado/covid-19-evolucao-das-moratorias-de-credito-setembro-de-2020>. ANTUNES, Gonçalo; SEIXAS, João - Impactos da pandemia na evolução do acesso à habitação na Área Metropolitana de Lisboa. [13.10.2023]. *Cidades, Comunidades e Territórios*. N 45 (2022). pp. 55-79. Disponível em <https://journals.openedition.org/cidades/6529>; DRAGO, Ana - *Habitação entre crises: partição das classes médias, políticas de habitação acessível e o impacto da pandemia em Portugal*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais. 2021. [13.10.2023]. Disponível em [https://www.researchgate.net/publication/349712221\\_Habitacao\\_entre\\_crisis\\_particao\\_das\\_classes\\_medias\\_politicas\\_de\\_habitacao\\_acessivel\\_e\\_o\\_impacto\\_da\\_pandemia\\_em\\_Portugal\\_Cadernos\\_do\\_Observatorio\\_sobre\\_Crisis\\_e\\_Alternativas](https://www.researchgate.net/publication/349712221_Habitacao_entre_crisis_particao_das_classes_medias_politicas_de_habitacao_acessivel_e_o_impacto_da_pandemia_em_Portugal_Cadernos_do_Observatorio_sobre_Crisis_e_Alternativas); Euribor-rates.eu – e 1993-2023. [13.10.2023]. Disponível em <https://www.euribor-rates.eu/pt/graficos-euribor/>. No Boletim Económico de outubro de 2023, o Banco de Portugal (BdP) indica que a capacidade de adquirir habitação através de empréstimos bancários em Portugal tem piorado, estando numa situação mais crítica do que durante a crise financeira de 2008. No final de 2022, o esforço financeiro para comprar uma casa “situava-se em valores elevados, cerca de 11% acima dos máximos observados em 2007-2008”. [10.10.2023]. Disponível em [https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/be\\_out2023\\_p.pdf](https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/be_out2023_p.pdf)[https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/be\\_out2023\\_p.pdf](https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/be_out2023_p.pdf).

Do Relatório dos Censos 2021<sup>5</sup>, promovidos pelo Instituto Nacional de Estatística (INE), na sequência do XVI Recenseamento Geral da População e do VI Recenseamento Geral da Habitação, verifica-se que, na última década, Portugal perdeu população residente, existindo agora cerca de 10,4 milhões de pessoas em Portugal. Comparando os Censos de 2011 e de 2021, verifica-se um decréscimo de cerca de 2,0% de população, com perdas em 5 das 7 regiões NUTS II: Alentejo (6,9%); Madeira (6,2%); Centro (4,3%); Açores (4,1%); e Norte (2,7%). Apenas as regiões da Área Metropolitana de Lisboa e o Algarve não sofreram qualquer declínio demográfico.

Entre 2011 e 2021, o número de agregados domésticos privados aumentou 2,6%, atingindo o valor de 4.149.096 (4.043.726 em 2011). Em termos regionais, e à exceção do Alentejo, onde o número de agregados domésticos privados diminuiu 3,7%, todas as regiões NUTS II apresentaram variações positivas entre 2011 e 2021. O Algarve e a Região Autónoma dos Açores foram as regiões que registaram maiores aumentos (6,3% e 4,4%, respetivamente). Em contrapartida, a região Centro foi a região com menor acréscimo (0,5%). Apesar deste aumento, o número de pessoas a residir em agregados domésticos privados diminuiu 2,3%, acompanhando a tendência já verificada nas décadas anteriores. A dimensão média dos agregados domésticos privados diminuiu de 3,7 para 2,5 pessoas, de 1970 a 2021, refletindo novas formas de organização familiar, assentes em estruturas familiares de menor dimensão e com novas configurações<sup>6</sup>.

De acordo com os resultados dos Censos 2021, o número de edifícios<sup>7</sup> clássicos é de 3.573.416 e o número de alojamentos<sup>8</sup> de 5.981.482, observando-se um

---

5 INE - Censos – O que nos dizem os Censos sobre a habitação – 2021. 2023. [02.07.2023]. Disponível em [https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_publicacoes&PUBLICACOESpub\\_boui=66323830&PUBLICACOESmodo=2](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOESpub_boui=66323830&PUBLICACOESmodo=2). [https://www.ine.pt/ngt\\_server/attachfileu.jsp?look\\_parentBoui=585793364&att\\_display=n&att\\_download=y](https://www.ine.pt/ngt_server/attachfileu.jsp?look_parentBoui=585793364&att_display=n&att_download=y).

6 *Idem*.

7 No sentido de “Construção permanente, dotada de acesso independente, coberta e limitada por paredes exteriores ou paredes-meias que vão das fundações à cobertura e destinada à utilização humana ou a outros fins.” Nota: para efeitos censitários, não são considerados edifícios totalmente utilizados para fins diferentes de habitação. INE. [02.07.2023]. Disponível em [https://www.ine.pt/bddXplorer/htdocs/minfo.jsp?var\\_cd=0007131&lingua=PT](https://www.ine.pt/bddXplorer/htdocs/minfo.jsp?var_cd=0007131&lingua=PT).

8 Entendido como um “Local distinto e independente que, pelo modo como foi construído, reconstruído, ampliado, transformado ou está a ser utilizado, se destina a habitação com a condição de não estar a ser utilizado totalmente para outros fins no momento de referência: por distinto entende-se que é cercado por paredes de tipo clássico ou de outro tipo, é coberto e permite que uma pessoa ou um grupo de pessoas possa dormir, preparar refeições ou abrigar-se das intempéries separado de outros membros da coletividade; por independente entende-se que os seus ocupantes não têm que atravessar outros alojamentos para entrar ou sair do alojamento onde habitam.” INE. [02.07.2023]. Disponível em [https://www.ine.pt/bddXplorer/htdocs/minfo.jsp?var\\_cd=0009632&lingua=PT](https://www.ine.pt/bddXplorer/htdocs/minfo.jsp?var_cd=0009632&lingua=PT).

aumento de 0,8% e 1,7%, respetivamente, face ao recenseamento de 2011, sendo que 69,4% dos alojamentos se encontram ocupados como residência habitual. Na década entre 2011 e 2021, foram construídos 110.784 edifícios, o que correspondeu a 3,1% do parque habitacional.

Sem prejuízo da perda de população residente, Portugal registou, nestes 10 anos (entre 2011 e 2021), um ligeiro crescimento do número de alojamentos destinados à habitação. Em 2021, o número de alojamentos destinados à habitação aumentou em 72% dos municípios portugueses (221 municípios). Porém, o aumento do número de alojamentos não tem sido acompanhado por uma diminuição dos indicadores de privação habitacional<sup>9</sup>, fruto do inflacionamento do preço das habitações, das rendas em Portugal, a que os rendimentos de grande parte dos agregados familiares não conseguem acompanhar, da diminuição e da modificação das estruturas familiares e do aumento do número de agregados domésticos privados.

**Gráfico 1 – Alojamentos familiares por forma de ocupação**

Anos	Total	De residência habitual	De residência secundária / uso sazonal	Vagos		
				Total	Para venda ou arrendamento	Outros casos
1960	2.560.593	2.338.740	x	190.658	66.009	124.649
1970	2.702.215	2.252.695	75.570	373.950	126.535	247.415
1981	3.382.884	2.769.048	184.121	190.331	80.392	109.939
1991	4.154.947	3.055.504	659.172	440.271	135.188	305.083
2001	5.019.425	3.551.229	924.419	543.777	185.509	358.268
2011	5.859.540	3.991.112	1.133.300	735.128	274.966	460.162
2021	5.970.677	4.142.581	1.104.881	723.215	348.097	375.118

Fontes: INE e PORDATA

9 Os resultados do Inquérito às condições de vida e rendimento, do INE, que indicam que em 2021, em Portugal, 10,6% das pessoas viviam em condições de insuficiência do espaço habitacional, proporção superior à verificada nos três anos anteriores, em que a taxa de sobrelotação da habitação se situava abaixo dos 10% (9,6% em 2018, 9,5% em 2019 e 9,0% em 2020). Em 2021, à semelhança dos anos anteriores, o risco de viver numa situação de insuficiência do espaço habitacional era mais significativo para a população em risco de pobreza: 18,8% da população em risco de pobreza estava em situação de sobrelotação habitacional, o que compara com 8,7% na restante população. Já a carga mediana das despesas em habitação, ou seja, a mediana da distribuição do rácio entre as despesas anuais com a habitação e o rendimento disponível do agregado, deduzindo as transferências sociais relativas à habitação em ambos os elementos da divisão, foi 10,5% em 2021, valor ligeiramente superior ao de 2020 (10,4%), mas inferior ao registado em 2018 (11,7%) e em 2019 (11,0%). A taxa de sobrecarga das despesas em habitação foi 5,9% em 2021, registando um acréscimo de 1,8 p.p. em relação ao ano anterior (4,1%). [08.07.2023]. Vd. [https://www.ine.pt/ngt\\_server/attachfileu.jsp?look\\_parentBoui=570506300&att\\_display=n&att\\_download=y](https://www.ine.pt/ngt_server/attachfileu.jsp?look_parentBoui=570506300&att_display=n&att_download=y).

Os Censos 2021 mostram uma tendência de recuo da propriedade, espoletada em 2011. Com efeito, em 2001, 76% dos agregados familiares eram proprietários das suas habitações. Porém, em 2011, esse valor era de 73% e, em 2021, de 70%.

De acordo com o Relatório de Estabilidade Financeira, do Banco de Portugal, publicado em maio de 2023<sup>10</sup>, “em Portugal o peso do crédito à habitação no rendimento disponível encontra-se próximo da média da área do euro [...]. O stock de crédito à habitação, no final de 2022, representou 61% do rendimento disponível, variando entre 31% na Eslovénia e 113% nos Países Baixos”. O referido Relatório alerta ainda que “a subida das taxas de juro de curto prazo, apesar da expectativa de redução da taxa de inflação e do aumento contido da taxa de desemprego, aumentou o risco de incumprimento das famílias. Uma vez que a proporção do stock de empréstimos à habitação com taxa variável é de cerca de 90%, a subida das taxas de juro de mercado tem-se traduzido num aumento dos encargos com a dívida, conduzindo a uma potencial materialização do risco de crédito das famílias.”

## 2. A HABITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

O acesso a uma habitação digna e acessível assume-se como um dos pilares fundamentais do processo de inclusão social, uma vez que potencia o acesso a outros recursos, serviços e direitos fundamentais<sup>11</sup>.

O artigo 65.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra, desde 1976, o “Direito à habitação”, dispondo que “todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.”

Ademais, “a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros” – cfr. artigo 67.º, n.º 1, da CRP. A referida norma constitucional – inserida, como direito social, nos direitos e deveres económicos, sociais e culturais – é de natureza programática, o que, nas palavras do constitucionalista Jorge Miranda, implica “(...) a colaboração do legislador ordinário a cujo critério fica a formulação das regras capazes de

---

10 BANCO DE PORTUGAL - Relatório de Estabilidade Financeira, do Banco de Portugal. [15.07.2023]. Disponível em <https://www.bportugal.pt/page/relatorio-de-estabilidade-financeira-de-maio-de-2023>.

11 CASTRO, Alexandra - A Persistência das Situações de Precariedade Habitacional: Os Factores Exógenos à População Cigana. *Cidades, Comunidades e Territórios*. ISSN: 2182-3030. N 15 (Dez. 2007), pp. 63-86.

as tornar exequíveis por meio de um poder discricionário; e os cidadãos não as podem invocar desligadas destas regras de carácter legal<sup>12</sup>. O direito à habitação é um direito social de aplicação diferida e mediata que carece do legislador ordinário para integrar políticas públicas concretas para o cumprir. Atualmente, a proteção especial no acesso à habitação está também incluída no artigo 70.º, relativo à juventude, e no artigo 72.º, relativo à terceira Idade.

A consagração constitucional do direito à habitação não se encontra em todas as constituições europeias<sup>13</sup>, mesmo em países que, durante a 2.ª metade do séc. XX, investiram, de forma significativa, no Estado Social.

No âmbito da revisão constitucional de 2001, a epígrafe do artigo 65.º foi alterada para “Habitação e Urbanismo”, refletindo o seu conteúdo direitos como a habitação e o urbanismo e incumbências relativamente ao ordenamento do território. Uma leitura atenta do artigo 65.º da CRP faz denotar que o legislador constitucional define, de forma expressa, as incumbências do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais, em matéria de habitação e urbanismo. De acordo com os n.ºs 2 e 3 do referido preceito constitucional, para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado: programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social; promover, em colaboração com as regiões autónomas e com as autarquias locais, a construção de habitações económicas e sociais; estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada; incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respetivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução e adotar uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria.

Por sua vez, preveem os n.ºs 3 e 4 do artigo 65.º da CRP, que o Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais definem as regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, designadamente através de instrumentos de planeamento, no quadro das leis respeitantes ao ordenamento do território e ao urbanismo, e procedem às expropriações dos solos que se revelem necessárias à satisfação de fins de utilidade pública urbanística e que devem garantir a

---

12 *Apud* ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional n.º 127/13. [02.07.2023]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130127.html>.

13 FARHA, Leinani - Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context, on her mission to Portugal. Nova Iorque: Nações Unidas. 2017. [02.07.2023]. Disponível em <https://digitallibrary.un.org/record/863269?ln=en> <https://digitallibrary.un.org/record/863269>.

participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território. Sendo uma tarefa fundamental do Estado, o ordenamento do território é definido como um dever e um direito transversal, concebido como uma obrigação programática de política pública que prossegue a racional organização do território e o desenvolvimento socioeconómico harmonioso e sustentável e que proporciona condições para a efetivação de direitos positivos de natureza social, como é o caso do direito à habitação<sup>14</sup>.

No contexto das entidades públicas, os municípios desempenham um papel preponderante na concretização do Direito à Habitação, na construção de uma sociedade mais justa e inclusiva em termos de habitação.

Com efeito, a Lei de Bases da Habitação (LBH), aprovada pela aprovada pela Lei 83/2019, de 3 de setembro, reconhece o papel central dos municípios na promoção do direito à habitação em Portugal, conferindo-lhes a responsabilidade de planear, regular e implementar políticas de habitação, no âmbito das suas atribuições, que atendam às necessidades das suas populações locais, garantindo o acesso a habitação adequada para todos os cidadãos (n.º 1 do artigo 20.º da LBH e alínea i) do n.º 1 do artigo 23º do Regime Jurídico das Autarquias Locais, estabelecido pela Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro).

A LBH reconhece e enfatiza a importância dos municípios no contexto da habitação de várias maneiras: estabelece que os municípios devem tomar medidas para garantir que o direito fundamental à habitação seja efetivamente realizado na sua área territorial, nomeadamente através da promoção de habitação digna e adequada para todos, com especial atenção para as populações mais vulneráveis; reforça o princípio da subsidiariedade, atribuindo aos municípios um papel de liderança na definição e implementação de políticas de habitação a nível local; reconhece que os municípios têm um conhecimento profundo das necessidades habitacionais das suas comunidades e estão numa posição privilegiada para tomar medidas direcionadas; enfatiza a importância da elaboração de cartas municipais de habitação, que devem ser coerentes com os planos diretores municipais e contribuir para a promoção de uma oferta habitacional adequada e equitativa nas áreas urbanas, conferindo aos municípios a responsabilidade de planear e regular o desenvolvimento habitacional no seu território; responsabiliza os municípios de identificar situações de carência habitacional e tomar medidas para garantir o acesso à habitação para aqueles que enfrentam dificuldades. Isso inclui ações

---

14 CARMO, Fernanda - Princípios constitucionais do ordenamento do território. *Sociologia – Problemas e Práticas*. Editora: Mundos Sociais. ISSN: 2182-7907, SPP NE (Nov. 2016), p. 104. [02.07.2023]. Disponível em <http://journals.openedition.org/spp/2620>.

para prevenir o despejo de famílias em situações vulneráveis; estabelece que os municípios devem criar políticas locais de habitação que atendam às necessidades de suas comunidades, promovendo a construção e reabilitação de parque habitacional público, bem como a cooperação com outras entidades públicas e privadas para alcançar esse objetivo; prevê a possibilidade de os municípios desenvolverem programas de incentivo à reabilitação urbana e à promoção de soluções habitacionais adequadas e que estabeleçam parcerias com organizações da sociedade civil e setor privado para promover o acesso à habitação.

### 3. A HABITAÇÃO NO SEIO DA AUTONOMIA DAS AUTARQUIAS LOCAIS

De acordo com o n.º 1 do artigo 6.º da CRP: “O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização da administração pública”.

A organização democrática do Estado inclui a existência de autarquias locais, que são entidades territoriais coletivas destinadas a servir os interesses das suas populações locais, devendo as suas atribuições, a sua estrutura e a competência dos seus órgãos ser reguladas por lei, seguindo o princípio da descentralização administrativa (artigo 235.º e n.º 1 do artigo 237.º, ambos da CRP).

A determinação dos interesses próprios das autoridades locais é uma questão complexa, cabendo ao legislador a tarefa de estabelecer amplas diretrizes e limites para as ações das autarquias locais, com base em considerações políticas e dentro do contexto dos princípios constitucionais da descentralização e da autonomia local.

Em Portugal, o legislador possui uma “larga margem de manobra” para moldar e definir os contornos da autonomia local. Esta discricionariedade é, por vezes, necessária devido à complexidade de equilibrar os interesses nacionais e locais e a dificuldade de determinar categoricamente o que constitui interesses ou matérias específicas locais<sup>15</sup>. Ou seja, verifica-se que o legislador tem uma grande “liberdade de conformação” na determinação dos interesses específicos que as autoridades locais (autarquias locais) devem seguir nas suas atividades administrativas. Isso significa que o legislador tem uma “liberdade conformadora” de formular leis,

---

15 VIEIRA DE ANDRADE, José - Autonomia regulamentar e reserva de lei. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Afonso Rodrigues Queiró*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, número especial. ISSN 0303-9773. 1984. p. 24, nota 46.

dentro dos limites estabelecidos pela Constituição<sup>16</sup>, para definir amplamente os objetivos e prioridades das autarquias locais. No contexto da autonomia local, isso significa que o Estado pode intervir ou regular certos aspetos das funções autárquicas, desde que tal intervenção não comprometa a “autonomia local”, ou seja, um mínimo significativo de tarefas próprias que as autarquias locais devem ser capazes de realizar. Esse “mínimo significativo” é o que se considera necessário para que a autonomia local tenha um significado prático e não apenas teórico. Essa tarefa politicamente conformadora, de determinação dos interesses específicos das autoridades locais (e não juridicamente conformadora), significa que não está estritamente vinculada a princípios jurídicos, mas sim a considerações políticas. Ou seja, o legislador toma decisões com base em considerações políticas e não apenas em princípios constitucionais<sup>17</sup>.

O legislador estabelece as diretrizes gerais, limites e parâmetros dentro dos quais as autoridades locais podem tomar decisões. A reserva de interesses próprios é, assim, uma reserva que ocorre após a ação do legislador. Ou seja, o legislador primeiro cria as leis e, em seguida, as autoridades locais operam dentro dessas leis para prosseguir com os seus interesses específicos<sup>18</sup>. Essa tarefa do legislador está relacionada aos princípios da descentralização (dando poder às autoridades locais) e da autonomia local (permitindo que as autoridades locais tomem decisões dentro dos limites estabelecidos). A nossa lei fundamental atribui, assim,

---

16 No ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional n.º 197/2023 foi declarada a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas contidas nos n.os 4 e 5 do artigo 2.º da Lei n.º 81/2014, de 19 de dezembro, na redação da Lei n.º 32/2016, de 24 de agosto (regime do arrendamento apoiado), por violação do disposto no n.º 5 do artigo 112.º da Constituição. A norma jurídica expressa pelas disposições conjugadas dos n.os 4 e 5 do artigo 2.º do referido diploma consubstancia uma habilitação legal que permite aos municípios aprovar um regulamento municipal, autorizado, competente para modificar ou integrar os preceitos desse mesmo diploma legal, sem prejuízo de isso ser matéria reservada à lei parlamentar. Com efeito, a “política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar”, pelo seu interesse, alcance e relevância nacional, constitui uma incumbência e configura uma reserva constitucional de Estado (Constituição, artigo 65.º, n.º 3). [03.08.2023]. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230197.html>.

17 *Idem*, pp. 6 e ss.; COUTINHO, Luís Pedro Pereira - O Problema das atribuições e das competências das autarquias locais (e do seu possível esvaziamento...). Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. [s.d.]. [22.08.2023]. Disponível em <https://www.icjp.pt/content/o-problema-das-atribuicoes-e-das-competencias-das-autarquias-locais-e-do-seu-possivel>.

18 Por exemplo: O IMI a aplicar e a sobretaxa, legalmente previstos pelo legislador, são uma receita exclusiva dos municípios, que pode ser determinante nas políticas municipais de habitação. Vários municípios advogam que a determinação da taxa máxima de IMI, bem como as bonificações, isenções, agravamentos e sobretaxas deste imposto deveriam ser da sua competência exclusiva. Neste sentido e a título de exemplo, MUNICÍPIO DO PORTO - Contributos do Município do Porto para a consulta pública do plano Mais Habitação. 2023. [05.10.2023]. Disponível em <https://www.porto.pt/pt/noticia/contributos-do-municipio-do-porto-para-a-consulta-publica-do-plano-mais-habitacao>.

ao legislador ordinário a responsabilidade de estabelecer as diretrizes para o processo de transferência de atribuições e competências do Estado central para o Poder Local, ou seja, para as autarquias locais.

Sem prejuízo do *supra* exposto, na governação multinível, especialmente no contexto da relação entre o governo central (ou Estado) e as autarquias locais, há, de forma inevitável, uma área de sobreposição e interação entre as competências e interesses do Estado e aqueles das autarquias. Isso é particularmente verdadeiro em domínios que, à primeira vista, podem parecer de “relevo municipal”, ou seja, áreas que intuitivamente seriam geridas a nível local.

No contexto do direito constitucional, especialmente após a revisão constitucional de 1997, enfatizou-se a natureza não exclusiva da autonomia das autarquias locais em certas áreas, reconhecendo explicitamente que certos domínios, como o ordenamento do território, urbanismo, ambiente, promoção habitacional, etc., são de interesse comum entre o governo central e as autarquias locais. Ao reconhecer-se que certos interesses não são exclusivos de um nível de governo, a Constituição valida a necessidade de colaboração. Veja-se a título de exemplo os n.ºs 2 e 4 do artigo 65.º da CRP. Em áreas como o ordenamento do território e o urbanismo, decisões locais podem ter impactos significativos além das fronteiras locais, afetando infraestruturas nacionais, políticas ambientais e padrões económicos. Da mesma forma, decisões e políticas nacionais podem influenciar diretamente as realidades locais.

#### **4. A DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA EM PORTUGAL EM MATÉRIA DE HABITAÇÃO**

A invocação constitucional do princípio da descentralização democrática almeja uma organização administrativa concretizada por entidades públicas distintas do Estado e com a participação dos cidadãos<sup>19</sup>, sendo um “garante às liberdades locais, servindo de base a um sistema pluralista de Administração Pública, que é por sua vez uma forma de limitação do poder político”<sup>20</sup> (artigo 2.º da CRP).

A descentralização administrativa ocorre quando uma parte, seja ela maior ou menor, das funções administrativas não é realizada diretamente pelo Estado, por meio dos seus órgãos administrativos (ou seja, pelo governo e órgãos a ele

---

19 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 9723213087. Tomo I. p. 79.

20 AMARAL, Diogo Freitas - *Curso de Direito Administrativo*. Reimpressão de 2022 da 4.ª ed. de 2015. Coimbra: Editora Almedina, 2018. ISBN 9789724062099. Volume I. pp. 723 e ss.

subordinados). Em vez disso, essas funções são executadas por outras entidades públicas, por meio dos seus próprios órgãos, que possuem poderes autónomos para tomar decisões e agir, embora ainda estejam sujeitos ao controle e supervisão dos órgãos do Estado. Essa transferência de responsabilidades administrativas para outras entidades públicas permite uma maior autonomia e descentralização das funções do Estado<sup>21/22</sup>.

A CRP estabelece que as autarquias locais desempenham um papel importante na organização do Estado, servindo os interesses das suas comunidades locais, e que a descentralização administrativa deve ser implementada de acordo com as diretrizes e limites definidos pelo legislador comum, garantindo assim um equilíbrio entre o Estado central e as autarquias locais e respeitando os princípios essenciais da descentralização. Esse processo de descentralização deve ser realizado considerando os limites impostos tanto pela estrutura do Estado quanto pelas próprias autarquias locais, bem como os princípios fundamentais que devem nortear a descentralização administrativa (artigo 267.º da CRP).

O referido princípio da descentralização administrativa encontra-se diretamente ligado com o princípio da subsidiariedade, no sentido de que as atividades que podem ser desempenhadas de forma eficiente pelas autarquias locais não devem ser assumidas pelo Estado<sup>23</sup>, na senda, aliás, do previsto no n.º 3 do artigo 4.º da Carta Europeia de Autonomia Local (CEAL)<sup>24</sup>. Sem prejuízo do exposto, a descentralização não poderá afetar a unicidade do Estado (artigo 6.º, n.º 1, e artigo 267.º, n.º 2, ambos da CRP), a unidade de ação e a eficiência da Administração, pelo que quaisquer medidas legislativas devem procurar equilibrar os valores em presença e os princípios da descentralização e da unidade de ação na prossecução do interesse público.

Com a descentralização das competências, pretende-se que os Governos locais, mais próximos da comunidade e dos cidadãos, adquiram ainda maior importância

---

21 *Vd.* QUEIRÓ, Afonso Rodrigues – Descentralização. In *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Edição de Autor, 1990. ISBN: 9780034168907. Volume III. pp. 569 e 570.

22 BILHIM, João, Governança - Proposta de regionalização e caminho para a sua implementação. Relatório final solicitado pela Comissão Independente para a Descentralização, no âmbito do projeto de Investigação e desenvolvimento sobre o tema Governança. 2019, p. 112. [11.09.2023]. Disponível em: [https://www.parlamento.pt/Documents/2019/julho/descentralizacao/Bilhim\\_Relatorio-final\\_CID.pdf](https://www.parlamento.pt/Documents/2019/julho/descentralizacao/Bilhim_Relatorio-final_CID.pdf).

23 *Idem*, p. 454.

24 A CEAL, concluída em Estrasburgo a 15 de outubro, foi aprovada, pela Assembleia da República, a 13 de julho de 1990, e encontra-se publicada pela Resolução da Assembleia da República n.º 28/90, de 23 de outubro. O seu artigo 4.º, n.º 3, consagra o seguinte: “Regra geral, o exercício das responsabilidades públicas deve incumbir, de preferência, às autoridades mais próximas dos cidadãos. A atribuição de uma responsabilidade a uma outra autoridade deve ter em conta a amplitude e a natureza da tarefa e as exigências de eficácia e economia”.

e recebam todas as ferramentas necessárias para executar, de forma eficiente e eficaz, os recursos e serviços públicos a prestar, possibilitando a diferenciação das competências transferidas, de acordo com a sua realidade e os interesses locais, diminuindo as assimetrias regionais e reforçando a coesão territorial, através de processos e mecanismos de participação coletiva dos cidadãos. Dá-se uma maior relevância aos Governos infranacionais, mais próximos da comunidade, dotando-os de todos os instrumentos necessários para poder executar, com eficiência, os recursos e os serviços prestados, o que permite diferenciar as competências transferidas em função da sua realidade territorial, democratizar as instituições locais, responsabilizando os atores políticos pelas decisões tomadas, e diminuir a complexidade da relação entre os agentes de governação nos mais diversos níveis de atuação.

A descentralização, em sentido jurídico-formal, afirma-se como um critério de repartição de competências, em que ocorre a transferência de competências e poderes do Estado para entidades subnacionais, reconhecendo que essas entidades têm interesses próprios a prosseguir. Essa transferência de competências e poderes está fundamentada no princípio da descentralização e correlacionada com o princípio da subsidiariedade<sup>25</sup>. De acordo com este último princípio, o Estado só deve ocupar-se daquilo para que não sejam aptas as coletividades territoriais, devendo ser transferida para estas a gestão de todos os interesses que sejam mais bem prosseguidos neste nível administrativo, tendo em conta a amplitude, a natureza da tarefa e as exigências de eficácia e de economia<sup>26/27</sup>. O objetivo democrático do poder local e da descentralização sugere que, quando se trata de dividir responsabilidades e tarefas entre o governo central e as autoridades locais, a descentralização deve ser a norma e a concentração/centralização a exceção<sup>28</sup>.

Nos termos do disposto na alínea i) do n.º 1 do artigo 23.º do Regime Jurídico das Autarquias Locais, estabelecido pela Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, na sua redação atual, os municípios têm atribuições no domínio da habitação. A proximidade dos municípios com os cidadãos permite-lhes ter uma compreensão mais precisa da realidade que desejam regular e promover. Além disso, possibilita um acompanhamento mais eficaz dos programas, sobretudo através da identificação

---

25 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - *Constituição Portuguesa Anotada*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 9789723215410. Tomo III. p. 454.

26 OLIVEIRA, António Cândido - *A Democracia Local (Aspetos Jurídicos)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1319-2. p. 18.

27 OLIVEIRA, Fernanda [et al.] - *O Caminho Trilhado em Portugal no Quadro da Descentralização Administrativa*. *Lex humana*. ISSN 1984-6754. V 15, N 3 (2023), pp. 344-364.

28 Neste sentido, vide CANOTILHO, José; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. 3.ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. ISBN 972305920. p. 880.

direta no local das questões sociais em curso. Isso também se reflete na capacidade dos municípios para prestar apoio às famílias em situação de carência e aos proprietários de edifícios que necessitam de intervenções. Eles podem disponibilizar o seu próprio património edificado para enfrentar situações de carência social e supervisionar a implementação dos programas de forma mais direta e eficiente do que outras entidades públicas.

Pela necessidade sentida de aproximação aos cidadãos na concretização das políticas públicas, desde o XXI Governo Constitucional que os programas governamentais pretendem reforçar a intervenção dos municípios na área da habitação, assente nos pilares da descentralização e da subsidiariedade.

A descentralização administrativa em matéria de habitação em Portugal tem por base a transferência de competências e responsabilidades relacionadas com a habitação do governo central para as autoridades locais. Essa descentralização, reforçada económica e socialmente, tem como objetivo principal promover uma gestão de base territorial mais eficiente e adaptada às necessidades locais no setor habitacional. Ao envolver as autarquias locais, que têm um conhecimento mais aprofundado das realidades locais, espera-se uma melhor adaptação das políticas de habitação às necessidades específicas de cada comunidade, bem como uma maior eficácia e rapidez na resposta às carências dos cidadãos e eficiência na gestão dos recursos disponíveis, robustecendo e aprofundando a autonomia local das populações.

Em Portugal, o processo de descentralização administrativa na área da habitação teve início com a Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, que estabeleceu o quadro de transferência de competências para as autarquias locais (cfr. alínea c) do n.º 1 do artigo 1.º e artigos 111.º e 113.º a 115.º). Posteriormente, a Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto, veio reforçar esse processo, estabelecendo as regras e princípios da transferência de competências para as autarquias no domínio da habitação. De acordo com o artigo 17.º da Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto, sob a epígrafe “habitação”, é da competência dos órgãos municipais gerir os programas de apoio ao arrendamento urbano e à reabilitação urbana. No que concerne aos bens imóveis destinados a habitação social que integram o parque habitacional da administração direta e indireta do Estado, indica o mesmo preceito que, com exceção dos imóveis enumerados no seu n.º 4<sup>29</sup>, a sua titularidade é transferida para os municípios, através de diploma próprio, e que as condições de utilização

---

29 Casas de função em utilização; imóveis cujos rendimentos estejam consignados ao reforço do Fundo de Estabilização Financeira da Segurança Social; imóveis que integram o parque habitacional da administração direta e indireta do Estado que estejam legalmente afetos à habitação social dos seus trabalhadores ou aposentados; imóveis que integram o parque habitacional da administração direta e indireta do Estado cuja receita, nos termos do n.º 3 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 175/2012, de 2 de agosto, esteja sujeita ao regime especial de afetação previsto no Decreto-Lei n.º 117/89, de 14

e transferência, oneração e alienação desses imóveis são definidas por decreto-lei, nos termos do n.º 1 do artigo 4.º do mesmo diploma.

Em cumprimento do exposto, o Decreto-Lei n.º 105/20218, de 29 de novembro, veio concretizar a transferência de competências para os órgãos municipais no domínio da habitação. Prescreve o seu artigo 2.º que é da competência dos órgãos municipais: a gestão de programas de apoio ao arrendamento urbano e à reabilitação urbana e dos bens imóveis destinados a habitação social que integram o parque habitacional da administração direta e indireta do Estado, cuja propriedade é transferida para os municípios.

A transferência de responsabilidades do Estado para os municípios justifica-se por várias razões fundamentais. Primeiro, os municípios estão numa posição de maior proximidade em relação às necessidades dos cidadãos, o que lhes permite ter uma compreensão mais precisa da realidade local. Eles podem identificar de forma mais direta os problemas habitacionais e sociais existentes, pois estão presentes no terreno, possibilitando um acompanhamento mais eficiente dessas questões. Isso é particularmente importante para oferecer apoio direto às famílias em situação de carência habitacional e aos proprietários de edifícios que necessitam de intervenção. Depois, pelo facto de desempenharem um papel significativo na definição das políticas urbanas, como é o caso das políticas de regeneração e reabilitação urbana, bem como no planeamento do território, especialmente por meio da aprovação de planos municipais<sup>30</sup>.

Portanto, o planeamento urbano emerge como uma componente essencial para coordenar as dimensões de regulação e financiamento necessárias para garantir o cumprimento das funções públicas da habitação. Os municípios desempenham um papel crucial nessa articulação, assegurando que as políticas habitacionais atendam às necessidades locais e promovam o bem-estar das comunidades no seu território. Essa transferência de responsabilidades reconhece a importância da descentralização na tomada de decisões e na implementação de medidas eficazes para abordar questões habitacionais e urbanas<sup>31</sup>.

---

de abril, e imóveis que integram o parque habitacional da administração direta e indireta do Estado cujo produto da sua venda esteja afeto ao reembolso dos títulos de participação previstos no n.º 1 do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 175/2012, de 2 de agosto.

30 Questões fundamentais na política de habitação, como a localização de habitações, a quantidade de unidades habitacionais, as características arquitetónicas dos edifícios, os preços, a acessibilidade e a utilização das habitações, estão intrinsecamente ligadas ao ordenamento e planeamento do território, especialmente em áreas urbanas.

31 OLIVEIRA, Fernanda Paula - Articulação entre direito à habitação e políticas urbanas – em especial as políticas de urbanismo e de ordenamento e planeamento territorial. In AAVV - Sistemas Sociais Complexos e Integração de Geodados no Direito e nas Políticas. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2019. ISBN 978-989-8891-66-2. pp. 267-277.

A descentralização administrativa em Portugal é um processo gradual e contínuo. As competências e responsabilidades atribuídas às autarquias podem variar de acordo com o nível de desenvolvimento do processo de descentralização em cada região do país. Nem todas as competências e responsabilidades relacionadas com a habitação foram transferidas de forma simultânea para todas as autarquias. O processo pode estar em diferentes estágios de implementação em diferentes regiões do país, dependendo da evolução das negociações entre o governo central e as autarquias, por diversos motivos, como, por exemplo, a sua capacidade financeira, a diversidade regional e a experiência e a capacidade técnica das autarquias locais. Com efeito, a atribuição de competências e responsabilidades às autarquias pode depender da sua capacidade financeira para assumir essas novas responsabilidades. Algumas autarquias podem ter mais recursos financeiros e capacidade de gestão para lidar com questões habitacionais, enquanto outras podem precisar de um apoio adicional do governo central antes de assumirem essas competências. Por outro lado, Portugal é um país com uma diversidade significativa entre as suas regiões. As necessidades habitacionais e as dinâmicas sociais podem variar de forma significativa de uma região para outra. Portanto, é possível que algumas competências sejam atribuídas a certas autarquias com base nas especificidades e nas necessidades particulares de cada região. Por último, o nível de desenvolvimento e experiência das autarquias em questões relacionadas com a habitação também pode influenciar a atribuição de competências. Algumas autarquias podem ter um histórico mais sólido em termos de planeamento urbano, gestão de habitação social e políticas habitacionais, o que pode facilitar a transferência dessas competências.

É na transferência do parque habitacional público que se encontra, porventura, um dos maiores desafios, em face do aumento significativo do parque das autarquias, de cerca de 12.000 fogos do Instituto da Habitação e da Reabilitação urbana (IHRU, IP), correspondente a cerca de 10% da habitação de cariz social do país, a que acrescerão os do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social (IGFSS). Tal acréscimo terá implicações ao nível da gestão, de forma qualitativa e quantitativa<sup>32/33</sup>.

---

32 DIÁRIO DE NOTÍCIAS. [01.07.2023]. Disponível em <https://www.dn.pt/portugal/governo-passa-12-mil-fogos-de-habitacao-social-para-as-camaras-8548469.html>.

33 PEREIRA, Sandra Marques [et al.] - *Habitação. Desafios das políticas públicas locais*. Lisboa: Editora Mundos Sociais. CIES-Iscte. Iscte-Instituto Universitário de Lisboa, 2020. ISBN: 9789898536723.

De acordo com o último mapa resumo publicado pela Direção-Geral das Autarquias Locais (DGAL)<sup>34</sup>, a 18 de julho de 2022, dos 278 municípios de Portugal Continental, 100% aceitaram a transferência da gestão de programas de apoio ao arrendamento urbano e à reabilitação urbana, e dos 10 municípios que poderiam aceitar a transferência da propriedade e gestão de imóveis de habitação social – Águeda; Aveiro; Odivelas; Olhão; Peniche; Porto; Sines e Vila Nova de Gaia – apenas os dois primeiros não aceitaram a transferência<sup>35</sup>. Todavia, a transferência ainda não foi efetivada em qualquer dos municípios.

## 5. CONCLUSÃO

O problema da habitação em Portugal não pode ser categorizado inteiramente como estrutural ou conjuntural, mas sim como uma interação complexa entre os dois. Trata-se de um problema multifacetado que requer uma abordagem holística para ser eficazmente resolvido. Deverá incluir políticas de longo prazo para aumentar o investimento no parque habitacional público, esforços para mitigar as desigualdades socioeconómicas, e medidas conjunturais para controlar os efeitos da flutuação económica, do turismo e da gentrificação sobre o mercado imobiliário. Será necessário um conjunto diversificado de políticas nacionais e locais, que abordem tanto os desafios de longo prazo quanto os problemas mais imediatos.

O reconhecimento constitucional de áreas de interseção entre interesses estaduais e municipais, como, por exemplo, a habitação (artigo 65.º da CRP), não diminui a importância da autonomia local. Em vez disso, chama a atenção para a necessidade de um diálogo contínuo e para a necessidade de implementação de mecanismos de coordenação entre os níveis de governo, garantindo que as decisões sejam tomadas de maneira a beneficiar tanto as comunidades locais quanto a população em geral.

A descentralização administrativa, em matéria de habitação, traz novos desafios aos municípios, que devem ser capazes de adaptar e de planear e gerir os seus recursos de forma adequada às novas competências. As autarquias locais em Portugal, em colaboração com o Governo central, têm o potencial de desempenhar um papel significativo na resolução da crise habitacional. A eficácia dessas

---

34 PORTAL AUTÁRQUICO - Quadro resumo da descentralização para os municípios, de 18.07.2022. [01.07.2023]. Disponível em <https://portalautarquico.dgal.gov.pt/pt-PT/transferencia-de-competencias/>.

35 PINHEIRO, Susana - Perdido na descentralização? Governo faz contas às 20 competências para as autarquias. In *Sapo.pt*. 08.05.2022. [14.10.2023]. Disponível em <https://eco.sapo.pt/2022/05/08/perdido-na-descentralizacao-governo-faz-contas-as-20-competencias-para-as-autarquias/>.

estratégias, claro, dependerá da capacidade de cada autarquia em mobilizar recursos técnicos e financeiros, bem como da vontade política para implementar mudanças significativas.

O processo de descentralização administrativa em Portugal é um processo em curso, com diferentes dinâmicas, consoante as áreas territoriais e as autarquias, que tem sofrido, desde a sua génese, diversos avanços e recuos. Assenta no princípio da universalidade, no sentido de que todos os municípios assumem o mesmo número e dimensão de competências. A adoção deste princípio, por opção política, tem sido contestada, porquanto não atende ao carácter especializado dos problemas habitacionais, nem reconhece que as regiões do interior ou as regiões de menor densidade populacional detêm uma menor capacidade técnica e financeira, o que se traduz numa mais reduzida capacidade de exercer com eficiência os novos preceitos<sup>36</sup>. Paralelamente, o processo descentralizador não tem sido acompanhado do necessário pacote orçamental e da arrecadação de receitas e financiamentos por parte dos municípios (muito deles numa situação de precariedade financeira).

---

36 OLIVEIRA, Fernanda [et al.] - *ob. cit.*, pp. 344-364.

# O TRATAMENTO DE DADOS RELATIVOS À SAÚDE PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO MÉDICA NO RGPD

Bruna de Sousa<sup>37</sup>

**Sumário:** 1. Breves notas sobre o tratamento de dados pessoais no RGPD. *1.1.* Princípios do tratamento de dados pessoais. *1.2.* Alguns direitos do titular de dados pessoais. 2. A proibição do tratamento de dados relativos à saúde enquanto dados particularmente sensíveis. 3. O tratamento de dados relativos à saúde para fins de investigação médica. 4. Conclusões.

**Resumo:** O alargamento do espectro de dados pessoais relacionados com a saúde veio revolucionar e expandir a investigação médica. De facto, a investigação será tanto melhor quanto maior for a quantidade e a qualidade dos dados de que dispõe. Porém, a necessária massificação de tratamento de dados de saúde, de modo a atingir as tão esperadas inovações no processo de diagnóstico e tratamento de doenças, não dispensa que o legislador procure meios para garantir uma proteção congruente dos dados pessoais particularmente sensíveis. O artigo visa, numa visão panorâmica e crítica, demonstrar como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados potencia a investigação médica, sem descuidar a proteção dos dados relativos à saúde.

**Palavras-chave:** Dados pessoais sensíveis – Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – Investigação médica.

---

37 Assistente convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho. Bolseira de investigação para Doutoramento da Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT). Doutoranda em Ciências Jurídicas Priváticas na Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora do JusGov.

Email: brunadfsousa@outlook.pt

Este artigo foi elaborado no âmbito da Bolsa de Doutoramento com a referência 2022.13401.BD, financiada pela FCT.

**Abstract:** The broadening of the spectrum of health-related personal data has revolutionized and expanded medical research. In fact, research will be the better the greater the quantity and quality of data available. However, the necessary massification of health data processing, in order to achieve the long-awaited innovations in the process of diagnosing and treating diseases, does not exempt the legislator from looking for ways to guarantee congruent protection of particularly sensitive personal data. The article aims, in a panoramic and critical view, to demonstrate how the GDPR enhances health research, without neglecting the protection of data concerning health.

**Keywords:** Sensitive data – General Data Protection Regulation – Health research.

## 1. BREVES NOTAS SOBRE O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO RGPD

O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (doravante RGPD)<sup>38</sup> resulta de um esforço de harmonização ao nível da União Europeia para a segurança, transparência e proteção no tratamento de dados pessoais<sup>39</sup>, tendo em vista a livre circulação dos dados pessoais no mercado interno, evitar a distorção da concorrência e remover os entraves ao desenvolvimento de atividades económicas<sup>40</sup>.

O artigo 4.º estabelece, no seu n.º 1, que dados pessoais são toda a informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, *i.e.*, a uma pessoa que possa ser identificada, “direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou

38 Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Sobre esta Diretiva, cfr. CASTRO, Catarina Sarmento e - *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN: 9789724024240. pp. 65 e ss.

39 Considerandos 1 e 13 do RGPD. Sobre os antecedentes e os objetivos do RGPD, ver também CORDEIRO, António Barreto Menezes - Comentário ao Artigo 1.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados. In CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) - *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. ISBN: 978-972-40-9261-4. pp. 63-65.

40 Cfr. GONÇALVES, Anabela Susana Sousa - Processing of personal data concerning health under the GDPR. In CARVALHO, Maria Miguel (ed.) - *E-Tec Yearbook – Health Law and Technology*. Braga: JusGov – Research Center, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2019. ISSN: 2184-707X. (pp. 1-24). p. 2.

social dessa pessoa singular”. Como tal, dados pessoais são todos os elementos ou informações que permitam identificar certa pessoa. Estes elementos devem ser interpretados de forma lata<sup>41</sup>, de modo a incluir todos e quaisquer dados que tenham a suscetibilidade de permitir a identificação, a caracterização, o conhecimento das convicções ideológicas ou a situação profissional ou académica do seu titular<sup>42</sup>.

Face ao exposto, ficam fora do âmbito de aplicação do RGPD os dados anonimizados, mas não os dados pseudonomizados<sup>43</sup>. Os dados anonimizados distinguem-se dos dados pseudonomizados na medida em que os primeiros não permitem a identificação do seu titular por nenhum meio, enquanto os segundos se reportam àquelas situações em que, apesar de os dados pessoais serem separados do seu titular e, por isso, não ser possível associá-los a uma pessoa específica por si só, essa identificação é possível mediante a utilização de informação adicional<sup>44</sup> (artigo 4.º, n.º 5)<sup>45</sup>.

Relativamente ao tratamento de dados pessoais propriamente dito, o artigo 4.º, n.º 2, vem defini-lo como sendo “uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição”<sup>46</sup>.

---

41 Veja-se, a título exemplificativo, o ACÓRDÃO do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 06 de novembro de 2003, proc. n.º C-101/01, “Lindqvist”, disponível em <http://curia.europa.eu>.

42 Veja-se ainda, com as devidas adaptações, PINHEIRO, Alexandre Sousa - *Privacy e Proteção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. ISBN: 9786120002605. pp. 642 e ss.

43 Cfr. considerando 26 do RGPD. Sobre o tema, *vide* GONÇALVES, Anabela Susana Sousa - *ob. cit.*, p. 3.

44 GONÇALVES, Anabela Susana Sousa - O Tratamento de Dados Pessoais no Regulamento Geral de Proteção de Dados. *Scientia Iuridica*. T 68, N 350 (maio-agosto 2019). (pp. 165-190). p. 170.

45 Sobre este assunto, cfr. ACÓRDÃO do TJUE, de 19 de outubro de 2016, proc. n.º C582/14, *Patrick Breyer v. Bundesrepublik Deutschland*, disponível em <http://curia.europa.eu>.

46 Sobre a interpretação do conceito de tratamento de dados, *vide* ACÓRDÃO do TJUE, de 13 de maio de 2014, proc. n.º C-131/12, *Google Spain SI, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, e ver também ACÓRDÃO do TJUE, de 24 de setembro de 2019, proc. n.º C-136/17, *GC e O.*, ambos disponíveis em <http://curia.europa.eu>. Neste ponto, ver também, com as devidas alterações, PINHEIRO, Alexandre Sousa - *ob. cit.*, pp. 648 e ss.

## 1.1. PRINCÍPIOS DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Incontornável nestas considerações preliminares é a referência aos princípios estruturantes em que assenta o RGPD. Estes princípios não só enformam e fundamentam as opções normativas do legislador, como também servem de guia para a interpretação e preenchimento de eventuais lacunas<sup>47</sup>. Elencados no artigo 5.º, n.º 1, os princípios gerais de proteção de dados decorrem do princípio transversal da responsabilidade, positivado no n.º 2 desse artigo<sup>48</sup>.

Em primeiro lugar, os dados devem ser tratados segundo o princípio da licitude, lealdade e transparência em relação ao titular dos dados [artigo 5.º, n.º 1, alínea a)]. Explicando sumariamente este princípio, cumpre-nos referir que haverá tratamento lícito sempre que se verificar alguma das situações previstas no artigo 6.º, n.º 1, do RGPD, *e.g.*, se houver o consentimento do titular para esse tratamento com vista a uma determinada finalidade; a execução de um contrato; interesses públicos ou interesses legítimos do responsável pelo tratamento<sup>49</sup>. O tratamento será leal sempre que os responsáveis pelo tratamento se guiem por critérios de equidade tendo em conta os interesses e expectativas dos titulares dos dados<sup>50</sup>. Finalmente, um tratamento transparente pressupõe que sejam comunicadas ao titular as informações sobre o tratamento dos seus dados de forma clara e de fácil acesso<sup>51</sup>. Este princípio concretiza-se no disposto nos artigos 12.º, 13.º e 14.º do RGPD, que consagram a obrigação do responsável pelo tratamento de prestar várias informações ao titular dos dados, especialmente quanto à identidade do responsável pelo tratamento, quanto às finalidades e quanto ao fundamento de licitude para o tratamento<sup>52</sup>.

47 UIVARU, Lucia Cristea - *La Protección de Datos de Carácter Sensible: Historia Clínica Digital y Big Data en Salud*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2018. ISBN: 9788494818837. pp. 247 e ss.

48 IGLÉSIAS, Filipa; PEREIRA, André Dias - O Uso Secundário de Dados Pessoais de Saúde na Investigação Científica. Legislação e Práticas No Ordenamento Jurídico Português. *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. ISSN: 1646-0359. Ano 18, N 35 (2021), pp. 14-27. Disponível em <http://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/revistas> [consultado em 04.05.2023]. p. 16.

49 Cfr. ESCOBAR, Agustín Puente - Principios y licitud del tratamiento. In LOMBARTE, Artemi Rallo - *Tratado de protección de datos: actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. ISBN: 9788413132822. pp. 117 e ss.

50 CORDEIRO, António Barreto Menezes, Comentário ao Artigo 5º do Regulamento Geral de Proteção de Dados. In CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) - *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. ISBN: 978-972-40-9261-4. p. 103.

51 Cfr. considerando 39 do RGPD.

52 UIVARU, Lucia Cristea - *ob. cit.*, p. 251.

A alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º estatui o princípio da limitação das finalidades. O tratamento de dados está, então, limitado a finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo os dados, posteriormente, ser tratados de forma incompatível com essas finalidades. Para entendermos estas exigências relativas às finalidades, importa atendermos à explicação do Grupo de Trabalho 29, na Opinião 3/2013. Assim, as finalidades estarão determinadas quando esteja completamente identificado o fim para o qual se requer a recolha e o tratamento dos dados. Esta determinação deverá ocorrer em momento anterior à recolha e ao início do tratamento dos dados e deve estar individualizada, ao ponto de ser facilmente identificável o que cabe (ou não) nas finalidades previstas<sup>53</sup>. Por outro lado, as finalidades explícitas pressupõem que estas sejam reveladas e explicadas de forma inteligível e inequívoca a todos os intervenientes na recolha e no tratamento dos dados<sup>54</sup>. As finalidades legítimas consistem, essencialmente, naquelas que estão de acordo com a lei, porém, estas devem ser entendidas em sentido mais amplo relativamente ao que vem exposto no artigo 6.º do RGPD, devendo ter-se em consideração todas as disposições legais aplicáveis ao caso concreto<sup>55</sup>. Outra questão pertinente relaciona-se com o tratamento subsequente. Resulta do artigo em análise que os dados poderão ser utilizados para outros fins desde que não sejam incompatíveis com as finalidades inicialmente identificadas<sup>56</sup>. Como veremos adiante, este artigo deixa claro que o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, não é considerado incompatível com as finalidades iniciais, nos termos do artigo 89.º do RGPD.

Importa mencionar ainda outros princípios que sustentam o RGPD: o princípio da minimização [alínea c) do artigo 5.º], que, em suma, estabelece uma limitação dos dados que são recolhidos, pelo que estes se devem revelar efetivamente necessários, adequados e pertinentes para as finalidades previstas<sup>57</sup>. O princípio da exatidão [alínea d) do artigo 5.º] estabelece que os dados são exatos

---

53 Article 29 Data Protection Working Party - *Opinion 03/2013 on purpose limitation*. Adotada em 02 de abril de 2013. 00569/13/EN WP 203. pp. 15-16. Disponível em [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf) [consultado em 09.05.2023].

54 *Idem*, pp. 17-19.

55 *Idem*, pp. 19-20.

56 Para determinar a incompatibilidade ou a não incompatibilidade, veja-se, nomeadamente, o considerando 50, o artigo 6.º, n.º 4, e as indicações do Article 29 Data Protection Working Party - *ob. cit.*, pp. 23 e ss. Ainda, ESCOBAR, Agustín Puente - *ob. cit.*, pp. 153 e ss. CORDEIRO, António Barreto Menezes - Comentário ao Artigo 5º do Regulamento Geral de Proteção de Dados. *op. cit.*, pp. 104-105.

57 CORDEIRO, António Barreto Menezes - Comentário ao Artigo 5º do Regulamento Geral de Proteção de Dados. *op. cit.*, p. 105.

e atualizados, proibindo-se a recolha ou armazenamento de dados incorretos, pelo que se impõe um dever de atualização dos dados bem como um dever de apagamento ou retificação de dados incorretos<sup>58</sup>. O princípio da limitação da conservação [alínea e) do artigo 5.º], que pressupõe que os dados apenas sejam conservados enquanto persista a finalidade para a qual foram recolhidos e se revelarem efetivamente necessários para a sua prossecução. No entanto, é de salientar a exceção nos casos de investigação científica, em conformidade com o artigo 89.º, que trataremos adiante. Finalmente, está previsto o princípio da integridade e confidencialidade [alínea f) do artigo 5.º], que impõe ao responsável pelo tratamento a obrigação de garantir a segurança e a confidencialidade dos dados, protegendo-os contra perdas ou danificações ou tratamentos não autorizados<sup>59</sup>.

## 1.2. ALGUNS DIREITOS DO TITULAR DE DADOS PESSOAIS

Por último, nesta resenha introdutória, importa fazer uma brevíssima referência a alguns dos direitos do titular dos dados pessoais, previstos no capítulo III do RGPD.

Os primeiros artigos deste capítulo relacionam-se com o direito à informação que impõe não só a transparência das informações, mas também estabelece a forma como estas devem ser transmitidas e a sua extensão<sup>60</sup>.

O artigo 15.º estatui que o titular tem direito de acesso aos dados pessoais, sendo que este direito se desmembra em três componentes<sup>61</sup>: o direito à confirmação; o direito de acesso propriamente dito; e ainda o direito a outras informações, previstas nas alíneas a) a h) do n.º 1 do artigo 15.º. De notar que, neste aspeto, o artigo 15.º acaba por complementar o exposto nos artigos 13.º e 14.º.

Posteriormente, o direito de retificação (artigo 16.º) apresenta duas situações distintas: o direito de o titular ver os dados pessoais inexatos que lhe digam respeito serem retificados pelo responsável pelo tratamento de dados sem demora injustificada e, por outro lado, o direito à completude desses dados. Devemos entender este direito com vista às finalidades do tratamento, casuisticamente e

---

58 *Ibidem*.

59 *Idem*, p. 106.

60 *Vide* FIDALGO, Vítor Palmela - Comentário aos Artigos 12.º; 13.º e 14.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados. In CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) - *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. ISBN: 978-972-40-9261-4. pp. 146-172, e MONIZ, Graça Canto - *Manual de Introdução À Proteção de Dados*. Coimbra: Almedina, 2023. ISBN: 9789894010487. pp. 169 e ss.

61 FIDALGO, Vítor Palmela - *ob. cit.*, pp. 175-180.

como forma de assegurar a atualização dos mesmos, de modo a afiançar que os dados tratados correspondem efetivamente à realidade, de modo a garantir-se também a concordância com o princípio da exatidão.

Adiantando-nos para o artigo 18.º, percebemos que o titular pode obter a limitação do tratamento dos seus dados. Para tal, é necessário que esteja em causa alguma das situações previstas nas alíneas a) a d). Deste modo, tendo havido a limitação do tratamento dos dados, estes só podem ser tratados nos termos previstos no n.º 2, o que pressupõe que exista o consentimento do titular ou que sejam tratados para efeitos de exercício ou defesa dos direitos num processo judicial ou para defesa dos direitos de outra pessoa ou ainda por interesses públicos da União ou de um Estado-Membro.

Finalmente, para efeitos deste estudo, temos o artigo 21.º, que trata o direito de oposição. Este é um direito que permite que o titular se oponha ao tratamento lícito dos seus dados, tornando-o inadmissível, com fundamento nas alíneas e) e f) do n.º 1 do artigo 6.º, por motivos relacionados com a sua situação particular. Não está assente o que se deverá entender por estes motivos ou pela situação particular, o que tem dividido a doutrina no que toca à sua interpretação<sup>62</sup>. Para concluir esta brevíssima incursão, chamamos a atenção para o n.º 6, que prevê que, quando haja o tratamento de dados com vista a fins de investigação científica, ao abrigo do artigo 89.º, o titular pode opor-se a este tratamento invocando a sua situação particular. Porém, este direito poderá ser afastado caso se demonstre que o tratamento é essencial para o interesse público.

## **2. A PROIBIÇÃO DO TRATAMENTO DOS DADOS RELATIVOS À SAÚDE ENQUANTO DADOS PARTICULARMENTE SENSÍVEIS**

Dados relativos à saúde são aqueles que permitem inferir o estado de saúde, físico ou mental, de uma determinada pessoa. Noutros termos, dados relativos à saúde podem ser qualquer tipo de informação relacionada com, *e.g.*, número ou sinal que identifiquem inequivocamente uma pessoa para fins de prestação de cuidados de saúde, informações relacionadas com os resultados de análises ou exames realizados a qualquer parte do corpo, o historial clínico, o risco de doenças, as deficiências, entre outros<sup>63</sup>.

---

62 Sobre este assunto, FIDALGO, Vítor Palmela - Comentário ao Artigo 21.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados. In CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) - *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. ISBN: 978-972-40-9261-4. p. 217.

63 Artigo 4.º (15) e considerando 35 do RGPD. Também UIVARU, Lucia Cristea - *ob. cit.*, pp. 274-275.

Atentas as especiais características dos dados relativos à saúde, o artigo 9.º veio consagrar um tratamento especial e diferenciado para estes dados, enquadrando-os nas categorias especiais de dados. O artigo estipula, no n.º 1, a proibição do tratamento dos dados relativos à saúde devido à sua particular sensibilidade. A justificação para esta proibição é intuitiva. De facto, se atendermos às características e potencialidades destes dados, percebemos que o seu tratamento poderá potenciar graves violações dos direitos e liberdades do seu titular e ainda propiciar a prática de atitudes discriminatórias<sup>64</sup>. São, então, dados especialmente sensíveis e vulneráveis que, pela sua relação com os direitos fundamentais, merecem uma tutela específica<sup>65</sup>.

Porém, no n.º 2, são elencadas algumas situações excepcionais em que será permitido o tratamento destas categorias especiais de dados pessoais. Se analisarmos comparativamente o artigo 9.º e o artigo 6.º, verificamos que os requisitos legais para o tratamento lícito dos dados pessoais sensíveis previstos no artigo 9.º são mais apertados do que aqueles que estão previstos para o tratamento dos dados pessoais que não se inserem nessa categoria especial, conforme dispõe o artigo 6.º. Tal diferença justifica-se em virtude do que fomos referindo, ou seja, face à natureza dos dados pessoais sensíveis, existe um maior risco de tratamento indevido e de uma potencial lesão para o seu titular do que aquele que existe relativamente aos restantes dados<sup>66</sup>.

Para efeitos deste estudo, apenas nos iremos debruçar sobre a exceção constante da alínea j) do n.º 2 do artigo 9.º, que prevê o tratamento de dados pessoais sensíveis para fins de arquivo, investigação científica e estatística<sup>67</sup>. Não podemos, porém, deixar de referir que existem outras exceções que permitirão o tratamento

---

64 Cfr. GONÇALVES, Vinicius Aquini - A Proteção de Dados Relativos à Saúde na Prestação de Serviços de Computação em Nuvem. *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. ISSN: 1646-0359. Ano 17, N 33 (2020). (pp. 120-147). pp. 127 e ss.

65 GÓMEZ, José María Pérez - La protección de los datos de salud. In LOMBARTE, Artemi Rallo; MAHAMUT, Rosario García (ed.) - *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. ISBN: 9788490863909. p. 636.

66 Relativamente a esta questão, veja-se CORDEIRO, António Barreto Menezes - *Direito da Proteção de Dados – À luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2020. ISBN: 9789724083049. pp. 132 e ss.

67 Pelas limitações inerentes a este estudo, não nos será possível abordar as restantes exceções à proibição de tratamento previstas nas restantes alíneas do n.º 2 do artigo 9.º. Todavia, deixamos a indicação de que a licitude do tratamento desta categoria de dados pessoais pressupõe que exista a necessidade do tratamento (como acontecerá no caso da investigação científica) ou então do consentimento; cfr. NORDBERG, Ana - Biobank and biomedical research: responsibilities of controllers and processors under the EU General Data Protection Regulation. In SLOKENBERGA, Santa; TZORTZATOU Olga; REICHEL, Jane (eds.) - *GDPR and Biobanking Individual Rights, Public Interest and Research Regulation across Europe*. Law, Governance and Technology Series. Springer. V 43 (2021), pp. 72 e ss.

destas categorias especiais de dados, das quais a mais usual seja talvez a do consentimento, prevista na alínea a) deste mesmo artigo.

Permitimo-nos, todavia e antes de nos voltarmos exclusivamente para a análise da referida exceção, referir o exposto no n.º 4 deste artigo 9.º, que consiste numa cláusula aberta que permite aos Estados-Membros legislar no sentido de impor novas condições e até limitações relativamente ao tratamento destes dados<sup>68</sup>. Ora, conforme já apontado pela doutrina, esta abertura propicia uma disparidade de soluções nos vários Estados-Membros, o que acaba por colocar em causa o objetivo do Regulamento de harmonizar o tratamento dos dados pessoais. Reitera-se, por outro lado, que a discrepância na regulamentação, entre Estados-Membros, relativamente a estas categorias especiais de dados pessoais, que nos quer parecer que deveriam ser objeto de uma harmonização máxima, vem colocar em causa os objetivos da segurança e da livre circulação de dados pessoais no espaço da União Europeia. Parece-nos, assim, seguro afirmar que o RGPD não cumpriu com um dos objetivos a que se tinha proposto no âmbito dos dados de saúde<sup>69</sup>.

### 3. O TRATAMENTO DE DADOS RELATIVOS À SAÚDE PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO MÉDICA

A alínea j) do artigo 9.º prevê uma exceção ao princípio da proibição do tratamento de dados pessoais sensíveis quando estes sejam necessários para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, desde que observadas as salvaguardas previstas no artigo 89.º, n.º 1, do RGPD, com base no direito da União ou de um Estado-Membro. A estipulação desta alínea desmascara o intuito de favorecimento da investigação científica por parte do RGPD. Com efeito, esta exceção ao princípio da proibição do tratamento de dados pessoais sensíveis configura-se como uma alternativa ao consentimento explícito do titular dos dados, frequentemente tido como o fundamento de licitude regra perante o tratamento de dados pessoais sensíveis<sup>70</sup>. Ora, a obtenção do consentimento explícito para cada finalidade no âmbito das

---

68 No caso português, veja-se o artigo 29.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto.

69 Cfr. GONÇALVES, Anabela Susana Sousa - Processing of personal data concerning health under the GDPR. *Ob. cit.*, p. 13; GONÇALVES, Vinicius Aquini - *ob. cit.*, pp. 126-127.

70 QUINN, Paul - Research under the GDPR – a level playing field for public and private sector in research?. In *Life Sciences, Society and Policy*. V 17, N 4 (2021), p. 18. Disponível em <https://doi.org/10.1186/s40504-021-00111-z> [consultado em 03.07.2023].

atividades de investigação científica revela-se uma tarefa complexa que poderá levantar sérios obstáculos ao desenvolvimento da investigação<sup>71</sup>. Como tal, tendo em consideração a possível desadequação do consentimento para legitimar o tratamento de dados em todas as ocasiões, o RGPD previu outros fundamentos legais relacionados com contextos específicos de tratamento de dados pessoais sensíveis, como acontece na exceção relativa à investigação científica. Sem prejuízo do que acabámos de expor, questionamo-nos, no entanto, se para invocar os referidos fins de investigação científica como fundamento de licitude para o tratamento de dados pessoais teremos de estar perante uma situação em que não foi possível ou que não era de todo viável lançar mão de outro fundamento de licitude, como o consentimento explícito<sup>72</sup>? De facto, a própria utilização do fundamento de licitude previsto na alínea j) do artigo 9.º reveste-se de condicionalismos, na medida em que exige que o tratamento seja necessário, proporcional, que esteja previsto no direito da União ou de um Estado-Membro e em conformidade com o artigo 89.º do RGPD<sup>73</sup>.

Por outro lado, o conceito de investigação científica não se encontra definido no corpo do RGPD. Todavia, o considerando 159 instrui que a mesma deve ser entendida em sentido lato, abrangendo quer o desenvolvimento tecnológico e a demonstração, quer a investigação fundamental, a investigação aplicada e a investigação financiada pelo setor privado. Ademais, refere ainda a intenção, prevista no artigo 179.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, da criação de um espaço europeu de investigação, salientando que os fins de investigação deverão também incluir estudos de interesse público, nomeadamente no âmbito da saúde pública. O considerando 157 reconhece a importância da investigação científica e a consequente necessidade do tratamento de dados pessoais para “obter novos conhecimentos de grande valor relativamente a problemas médicos generalizados”<sup>74</sup>.

---

71 Neste tópico, chamamos a atenção para o considerando 33 e para Grupo de Trabalho do Artigo 29. Guidelines on Consent under Regulation 2016/679 (WP259rev.01), p. 28. Disponível em [https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=623051](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051) [consultado em 03.07.2023].

72 Neste sentido, QUINN, Paul - *ob. cit.*, p. 19: “This means there should be a valid reason for not using other bases such as explicit consent.”

73 Tudo isto leva-nos a questionar se esta exceção, ao invés de ser vista como uma pura alternativa ao consentimento para o tratamento de dados pessoais sensíveis, como resulta do RGPD, não poderia (ou deveria) ser vista como subsidiária para os casos em que é impossível obter o consentimento em termos razoáveis.

74 Cfr. considerando 157. *Vide* IGLÉSIAS, Filipa; PEREIRA, André Dias - *ob. cit.*, pp. 17 e ss., e GONÇALVES, Anabela Susana Sousa - Processing of personal data concerning health under the GDPR. *Ob. cit.*, p. 12.

Pelo exposto, percebemos que o RGPD tem a preocupação de incentivar e permitir a inovação e o desenvolvimento científico e tecnológico<sup>75</sup>, razão pela qual estabelece um regime excepcional que permite o tratamento até dos dados de categorias especiais para fins de investigação científica, *in casu*, médica, dotando-a de certas prerrogativas que potenciam este desenvolvimento científico, tais como, *e.g.*, a conservação de dados pessoais por períodos mais longos, desde que verificadas as salvaguardas do artigo 89.º e sujeitas a medidas técnicas e organizativas previstas no RGPD, nos termos da alínea e) do n.º 1 do artigo 5.º; a utilização de dados para finalidades diversas das que presidiam no momento da recolha dos dados; e, ainda, a derrogação de alguns dos direitos do titular dos dados, como veremos de seguida.

Detenhamo-nos, primeiramente, sobre a possibilidade do tratamento posterior de dados pessoais para finalidades compatíveis com as finalidades iniciais. No artigo 5.º, n.º 1, alínea b), onde se estabelece o princípio da limitação das finalidades, referido na parte inicial deste estudo, o RGPD permite o tratamento posterior dos dados, desde que este não seja incompatível com as finalidades determinadas inicialmente. Para complementar e densificar esta afirmação, o RGPD vem considerar que a utilização posterior dos dados para fins de investigação científica deve considerar-se compatível com as finalidades iniciais, desde que se verifiquem as salvaguardas previstas no artigo 89.º, n.º 1<sup>76</sup>. Neste âmbito, permitimo-nos fazer algumas observações sobre o exposto. Tal como está formulada, a disposição indica que, se, inicialmente, os dados foram recolhidos com base num fundamento de licitude do tratamento, os mesmos poderão ser posteriormente tratados para fins de investigação científica, ou seja, o fundamento jurídico que serviu de base para o tratamento inicial servirá também de fundamento para o tratamento posterior desses dados no âmbito da investigação científica, mesmo que a recolha inicial não estivesse relacionada, de modo algum, com esse domínio<sup>77</sup>. Reconhecemos a importância desta disposição e compreendemos a opção do legislador, na medida em que, na realidade atual, a inovação científica e tecnológica só atinge o seu

---

75 MTSZAROS, Janos; HO, Chih-Hsing - Big Data and Scientific Research: The Secondary Use of Personal Data under the Research Exemption in the GDPR. *Hungarian Journal of Legal Studies*. V 59, N 4 (2018). Disponível em DOI: 10.1556/2052.2018.59.4.5. (pp. 403-419). p. 404.

76 No mesmo sentido dispõe o considerando 50, que, para além de explicar que as finalidades de investigação científica devem considerar-se tratamento lícito compatível e, como tal, não necessitam de outro fundamento jurídico distinto do que serviu à recolha inicial dos dados, IGLÉSIAS, Filipa; PEREIRA, André Dias - *ob. cit.*, pp. 21-22, e SHABANI, Mahsa; BORRY, Pascal - Rules for Processing Genetic Data for Research Purposes in View of the New EU General Data Protection Regulation. *European Journal of Human Genetics*. V 26 (2018), p. 153.

77 Sobre este assunto e alertando para as problemáticas práticas que esta disposição pode levantar, veja-se QUINN, Paul - *ob. cit.*, p. 15.

potencial quando é alimentada por quantidades avassaladoras de dados, o que apenas é viável através do reaproveitamento e reutilização dos dados já existentes, ainda que tenham sido recolhidos para finalidades distintas da simples investigação científica. Com efeito, revelar-se-ia inviável e demasiadamente oneroso recolher, a título inicial, toda essa quantidade de dados. No caso médico, são úteis, por exemplo, os dados constantes do historial clínico do paciente combinados com informações sobre as suas características pessoais e o seu estilo de vida. Todavia, perguntamo-nos se, atendendo à amplitude do conceito de investigação científica prevista no RGPD, o legislador não terá franqueado excessivamente o caminho para o tratamento posterior dos dados pessoais, *in casu*, relativos à saúde para fins de investigação científica. Com efeito, a investigação científica pode assumir diversas formas, ser desenvolvida nos mais variados setores e pode ser levada a cabo quer por entidades públicas quer por entidades privadas. Não será esta uma abertura que pode levar a tratamentos abusivos sub-reptícios, mesmo a despeito da implementação das salvaguardas previstas no artigo 89.º do RGPD?

A possibilidade de conservação dos dados por um maior período de tempo é outra das exceções. Ora, o artigo 5.º, n.º 1, alínea e), estabelece como limite da conservação dos dados o período necessário para o tratamento dos dados com vista às finalidades para que foram recolhidos. Porém, na segunda parte desta alínea, permite-se que os dados sejam conservados por um período superior àquele que seria normalmente necessário quando sejam tratados exclusivamente para fins de investigação científica e sempre com o cuidado de se cumprirem as salvaguardas previstas no artigo 89.º, n.º 1<sup>78</sup>.

Por outro lado, apesar de o RGPD pretender tutelar a confiança dos titulares dos dados, atribuindo-lhes, para esse efeito, mais direitos, a verdade é que também estabeleceu formas de limitá-los<sup>79</sup>, nomeadamente nos termos previstos no artigo 89.º, n.ºs 2 e 3. Primeiramente, importa atender aos artigos 13.º e 14.º, que se referem, respetivamente, às informações que o responsável pelo tratamento deve transmitir quando os dados são recolhidos junto do titular ou quando são recolhidos junto de uma outra entidade. Ora, quando estamos perante um cenário de investigação

---

78 Sobre esta questão e a sua relação com o direito ao esquecimento, principalmente nos termos da alínea d) do n.º 3 do artigo 17.º do RGPD, *vide* DUGUET, Anne-Marie; HERVEG, Jean - Safeguards and Derogations Relating to Processing for Scientific Purposes: Article 89 Analysis for Biobank Research. In SLOKENBERGA, Santa; TZORTZATOOU Olga; REICHEL, Jane (ed.) - *GDPR and Biobanking Individual Rights, Public Interest and Research Regulation across Europe*. Law, Governance and Technology Series. Springer. V 43 (2021). ISBN 978-3-030-49387-5. pp. 111 e ss.

79 SLOKENBERGA, Santa - Setting the Foundations: Individual Rights, Public Interest Scientific Research and Biobanking. In SLOKENBERGA, Santa; TZORTZATOOU Olga; REICHEL, Jane (ed.) - *GDPR and Biobanking Individual Rights, Public Interest and Research Regulation across Europe*. Law, Governance and Technology Series. Springer. V 43 (2021). ISBN 978-3-030-49387-5. pp. 22-23.

científica, é provável que os investigadores recolham os dados junto de outras entidades e não propriamente junto do titular. Deste modo, para além de tudo o que fomos referindo relativamente à utilização secundária dos dados, devemos atender também ao consagrado no n.º 5, alínea b), do artigo 14.º do RGPD, que permite que seja feito o tratamento dos dados para fins de investigação científica sem informar os respetivos titulares, desde que se demonstre que a transmissão dessa informação apresenta um esforço desproporcionado ou que essa obrigação é suscetível de impossibilitar ou prejudicar gravemente a investigação<sup>80</sup>. Uma vez mais, deve ser observado o disposto no artigo 89.º, n.º 1, quanto às condições e garantias. Por outro lado, o n.º 2 do artigo 89.º prevê a possibilidade de, quando os dados estiverem a ser tratados para fins de investigação científica, o direito da União ou dos Estados-Membros derrogar os direitos previstos no artigo 15.º (direito de acesso), no artigo 16.º (direito de retificação), no artigo 18.º (direito à limitação do tratamento) e no artigo 21.º (direito de oposição), salvaguardando o disposto no n.º 6 desse artigo.

Feita esta breve exposição das prerrogativas de que goza o tratamento de dados de saúde no âmbito da investigação médica, resta-nos fazer algumas observações ao que fomos expondo. Então, é fundamental reter que estas são exceções e que, como tal, devem ser invocadas apenas quando não for possível o cumprimento dos preceitos estruturantes da proteção de dados. O responsável pelo tratamento de dados deverá seguir o regime protetor geral sempre que isso seja possível e viável<sup>81</sup>.

A segunda nota que aqui consideramos pertinente fazer prende-se com aquilo que poderá ser considerado como garantias ou salvaguardas<sup>82</sup> para efeitos do artigo 89.º do RGPD. Estas garantias visam reequilibrar a proteção dos dados dos titulares em virtude do seu enfraquecimento perante a atividade de investigação científica e podem ser atingidas através da adoção de medidas técnicas e organizativas assentes no transversal princípio da minimização dos dados<sup>83</sup>. Para

---

80 Quanto à questão de determinar em concreto quando é realmente impossível cumprir a obrigação de informação, deve atender-se ao exposto no considerando 62 *in fine*. Por outro lado, tem-se entendido que esta prerrogativa acaba por afetar o exercício de todos os outros direitos do titular, na medida em que este nem sequer tem conhecimento de que os seus dados estão a ser tratados – cfr. STAUTON, Ciara - Individual Rights in Biobank Research Under the GDPR. In SLOKENBERGA, Santa; TZORTZATOOU Olga; REICHEL, Jane (ed.) - *GDPR and Biobanking Individual Rights, Public Interest and Research Regulation across Europe*. Law, Governance and Technology Series. Springer. V 43 (2021). ISBN 978-3-030-49387-5. p. 102.

81 DUGUET, Anne-Marie; HERVEG, Jean - *ob. cit.*, p. 114.

82 Cfr. Considerando 156.

83 MARQUES, Francisco Paes - Comentário ao Artigo 89.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados. In CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) - *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. ISBN: 978-972-40-9261-4. p. 531.

determinar quais as medidas adequadas a adotar, acreditamos ser útil proceder, em primeiro lugar, a uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados, tal como prevista no artigo 35.º do RGPD, de modo a perceber os riscos, a necessidade e a proporcionalidade do tratamento. A partir deste momento, existem diferentes medidas que poderão ser adotadas tendo em conta as particularidades do caso concreto. A anonimização é normalmente tida como a medida que melhor garante a proteção dos dados pessoais, porém, a sua implementação no domínio da investigação científica médica nem sempre será acertada, na medida em que o corte de todas as conexões entre os dados e o seu titular pode acarretar uma perda ou diminuição do valor científico dos dados. Nesta linha, o RGPD encoraja outras medidas como a pseudonimização dos dados, sendo que, neste caso, existem ainda outras questões tais como quem procederia à pseudonimização dos dados ou quem poderia aceder à informação adicional que permitiria a identificação do titular dos dados<sup>84</sup>.

Posto isto, uma nota final para referir duas preocupações que perduram mesmo com as inovações consagradas no RGPD. A primeira prende-se com a contínua fragmentação no tratamento de dados pessoais sensíveis, nomeadamente para efeitos de investigação científica, atendendo ao facto de o RGPD permitir que os Estados-Membros adotem diferentes níveis de proteção e diferentes salvaguardas e derrogações para efeitos de investigação científica. Isto pode constituir um entrave a projetos de investigação médica transnacionais<sup>85</sup>. Outra preocupação relaciona-se com o facto de se equacionar se as normas previstas, nomeadamente quanto à investigação científica, não serão porventura mais hábeis a estabelecer derrogações do que propriamente providenciar garantias para a proteção dos dados pessoais, *maxime*, dados particularmente sensíveis<sup>86</sup>.

---

84 Sobre o tema e avançando com outras medidas potencialmente adequadas, como registos e justificações do tratamento ou fornecimento de informações aos titulares dos dados sobre o progresso da investigação, *vide* DUGUET, Anne-Marie; HERVEG, Jean - *ob. cit.*, pp. 115-116. Nesta temática, veja-se também SHABANI, Mahsa/BORRY, Pascal - *ob. cit.*, p. 154, e RIGAUDIAS, Cecília Álvarez - Tratamiento de Datos con Fines de Investigación Científica y/o Médica. In LOMBARTE, Artemi Rallo, *Tratado de protección de datos: actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. ISBN: 9788413132822. pp. 729 e ss.

85 Neste sentido, veja-se, a título exemplificativo, MTSZAROS, Janos; HO, Chih-Hsing - *ob. cit.*, p. 407; SLOKENBERGA, Santa - *ob. cit.*, p. 26; DONNELLY, Mary; MCDONAGH, Maeve - Health Research, Consent and the GDPR Exemption. *European Journal of Health Law*. ISSN 1571-8093. V 26, N 2 (2019), (pp. 97-119). pp. 113-114.

86 SLOKENBERGA, Santa - *ob. cit.*, p. 27.

#### 4. CONCLUSÕES

Ao longo deste estudo, introduzimos breves reflexões sobre a temática da proteção de dados para fins de investigação médica no RGPD. Analisámos o conceito de dados pessoais e de tratamento de dados, os princípios estruturantes e o seu alcance, os direitos dos titulares e as suas limitações, sempre com o cuidado de pensar criticamente algumas das opções do legislador. O RGPD tem a preocupação de alimentar a investigação científica, visto que reconhece que a investigação médica beneficia, de forma brutal, do tratamento de grandes quantidades de dados. Essa inquietação para encontrar técnicas, tratamentos e conhecimentos inovadores, em particular na área da saúde, veio desembocar na estatuição de algumas prerrogativas excepcionais que irão, de certo modo, facilitar a atividade de investigação, libertando-a do espartilho do regime geral do tratamento de categorias especiais de dados pessoais. De modo a reequilibrar as posições, e a par desta abertura, o RGPD estabelece também algumas salvaguardas que deverão ser observadas de modo a garantir a posição do titular dos dados. Concluimos, todavia, que existem ainda várias insuficiências neste domínio, as quais deverão ser tratadas com um cuidado especial, dada a delicadeza da temática e as suas repercussões na vida privada de cada um de nós.



# A POLISSEMIA DO TERMO LIQUIDAÇÃO E A ABRANGÊNCIA DO ARTIGO 45.º DA LEI GERAL TRIBUTÁRIA

Márcia Antunes Gomes<sup>87</sup>

**Sumário:** 1. Propósitos. 2. Os vários significados da palavra liquidação. 2.1. Critério semântico. 2.2. Critério da qualidade do sujeito. 2.3. Critério temporal. 3. Reflexão em torno do “direito de liquidar”. 4. Conclusão.

**Resumo:** O artigo 45.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária, determina que “[o] direito de liquidar os tributos caduca se a liquidação não for validamente notificada ao contribuinte no prazo de quatro anos, quando a lei não fixar outro”. No entanto, a palavra liquidação é polissémica, podendo assumir significados diversos, razão pela qual surge a dúvida de saber qual ou quais os significados da palavra que estão incluídos no escopo da norma citada.

**Palavras-chave:** Caducidade do direito à liquidação – Liquidação – Polissemia.

**Abstract:** Article 45.º, n.º 1, of the Portuguese General Tax Law (LGT – *Lei Geral Tributária*), says that “the right of liquidation expires if the liquidation is not validly notified to the taxpayer in four years when the law does not fix another”. However, the word liquidation is polysemic, which means that it has many meanings, and therefore appears the doubt to know which meanings are included in the cited norm.

**Keywords:** Expiry of the right to liquidation – Liquidation – Polysemy.

---

87 Mestre em Direito Tributário e Fiscal, Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas, Bolseira da Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT), Investigadora no JusLab – Laboratório de Justiça e na Escola de Investigadores. Email: marcia\_antunes@live.com.pt  
Este artigo foi elaborado no âmbito da Bolsa com a referência 2020.06788.BD, financiada pela FCT.

## 1. PROPÓSITOS

O termo liquidação pode assumir vários sentidos. A polissemia que caracteriza a palavra liquidação faz com que surjam dúvidas, no momento aplicativo, quanto ao significado que o termo assume em algumas normas jurídicas em que é empregue, levando o operador jurídico para uma escolha relativa à aplicação ou não dos efeitos jurídicos aí prescritos.

Neste contexto, surge a dúvida sobre o sentido que deverá ser atribuído à palavra liquidação no artigo 45.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária (LGT), que estabelece que o “direito de liquidar os tributos caduca se a liquidação não for validamente notificada ao contribuinte no prazo de quatro anos, quando a lei não fixar outro”. Noutros termos, atenta a polissemia da palavra, surge a dúvida de saber quais as catalogações da liquidação que estão incluídas no “direito de liquidar”, ou seja, qual ou quais os significados do termo liquidação que se encontram abrangidos pelo âmbito do artigo 45.º, n.º 1, da LGT. Que direito de liquidar é este? A polissemia da palavra gera incertezas, ambiguidades e dúvidas.

O presente escrito procura uma resposta para a questão colocada e reflete a nossa intervenção no 7.º Encontro de Investigadores em Ciências Jurídicas da UMinho, que, tendo por objetivo registar e divulgar o estado da arte da pesquisa jurídica que atualmente se encontra em progresso e fomentar a partilha e a discussão de ideias, permite justificar o seu estado de “inacabado” ou de “tendencialmente inacabado” e, bem assim, relevar as eventuais falhas. Propomo-nos, assim, a uma reflexão sobre o tema com a certeza de que o decurso do tempo de investigação nos permitirá alargar a perspetiva de pensamento e nos trará novos argumentos, que ficarão vertidos no trabalho científico que nos encontramos a desenvolver e que nos concedeu, do ponto de vista formal, o “bilhete” para a participação neste Encontro de Investigadores.

Assumindo estes propósitos, começar-se-á por realizar uma pequena conceitualização/definição dos tipos de liquidação existentes para de seguida se partir em torno da reflexão sobre cada um desses tipos de liquidação, no sentido de perceber se os mesmos se enquadrarão ou não no âmbito do disposto no artigo 45.º, n.º 1, da LGT.

## 2. OS VÁRIOS SIGNIFICADOS DA PALAVRA LIQUIDAÇÃO

O significado do termo liquidação pode ser perspetivado segundo diversos critérios e, dentro desses critérios, o significado da palavra não é sempre o mesmo. Se atendermos ao critério semântico, a liquidação pode ser perspetivada num

sentido amplo e num sentido restrito. Considerando o critério temporal, a liquidação pode assumir o significado de liquidação provisória, liquidação definitiva, liquidação adicional e liquidação corretiva. Segundo o critério da qualidade dos sujeitos competentes para a realização da liquidação, podemos individualizar a autoliquidação e a heteroliquidação e dentro desta última integra-se, designadamente, a liquidação oficiosa.

Nas linhas que se seguem procuraremos apresentar uma definição de cada um destes tipos de liquidação, no pressuposto de que “*definir é fazer conhecer o conceito que temos a respeito de alguma coisa, é dizer o que a coisa é, sob o ponto de vista da sua compreensão*” e que “*evidentemente, para que a nossa definição seja certa e verdadeira, é condição imprescindível que o nosso conceito da coisa esteja de acordo com o que ela realmente é*”<sup>88</sup>.

## 2.1. CRITÉRIO SEMÂNTICO

A primeira ramificação da palavra liquidação diz respeito à liquidação em sentido amplo e à liquidação em sentido restrito.

A liquidação em sentido amplo abarca não só o ato que fixa o montante da prestação/do tributo, mas também todas as atuações da Administração Tributária, dos contribuintes e de terceiros com vista à determinação e quantificação da obrigação tributária e do respetivo obrigado, desde a determinação da incidência, das isenções, da matéria coletável, da aplicação de métodos indiretos, cálculo das deduções devidas, aplicação das taxas de imposto, entrega de declarações, etc.<sup>89</sup>. No fundo, a liquidação integra todas as operações que têm por objetivo determinar

---

88 Cfr. CARVALHO, J. Eduardo - *Metodologia do Trabalho Científico, «Saber-Fazer» da investigação para dissertações e teses*. 5.ª ed. Lisboa: Escolar Editora, 2009. ISBN 978-972-592-244-6. p. 7.

89 Neste sentido, vide ROCHA, Joaquim Freitas da - *Lições de Procedimento e de Processo Tributário*. 8.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2021. ISBN 9789724097787. p. 236; NABAIS, José Casalta - *Direito Fiscal*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3800-1. p. 231; LAIRES, António da Silva Campos - *Alguns Aspetos da Prescrição e da Caducidade, Os Prazos para Exercício do Direito à Liquidação dos Impostos no Sistema Tributário Português. Ciência e Técnica Fiscal*. N 217-219 (1977), p. 79; ARAÚJO, Laurentino da Silva - *Processo de Impugnação Judicial*. Coimbra: Atlântida Editora, 1970. p. 12; AYALA, José Luis Pérez de; BECERRIL, Miguel Pérez de Ayala - *Fundamentos de Derecho Tributario*. 4.ª ed. Madrid: Dykinson, S.L., 2015. ISBN 978-8490855010. p. 153.

Na jurisprudência, pode ver-se o ACÓRDÃO do Tribunal Central Administrativo Sul, proc. n.º 1719/10.3BELRS. [em linha]. (03.05.2018). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/18832ccaec0a4a218025828900484062?OpenDocument> [consultado em 05/08/2022].

o sujeito passivo e a quantia da prestação a pagar<sup>90</sup>, sendo que a “determinação da dívida de imposto define as posições jurídicas do Estado e do contribuinte”<sup>91</sup>.

No que concerne à liquidação em sentido restrito, é a mesma comumente entendida como o ato que torna a obrigação tributária certa e que se consubstancia, na maior parte das vezes, na aplicação de uma taxa à matéria coletável<sup>92</sup>, razão pela qual alguma doutrina a define como o ato, dentro da série de atos que compõem a liquidação em sentido amplo, com maior significado<sup>93</sup>. Antes da liquidação já existe a obrigação de pagar e o direito de receber, embora de forma imprecisa, ilíquida e não vencida<sup>94</sup>.

## 2.2. CRITÉRIO DA QUALIDADE DO SUJEITO

A liquidação pode ser realizada pelo sujeito passivo ou, pelo contrário, pela Administração Tributária ou um terceiro, ou seja, por uma entidade diversa do sujeito passivo. Na primeira situação diz-se que estamos perante uma autoliquidação e na segunda perante uma heteroliquidação, sendo estes mais dois dos significados que a palavra liquidação pode assumir.

A autoliquidação corresponde, assim, ao modo de determinação da obrigação tributária, que não é realizado pela Administração Tributária, mas pelo próprio sujeito passivo, impendendo sobre si próprio o dever de cálculo do tributo devido, devendo tal cálculo ser exteriorizado junto da Administração. A qualificação e quantificação da matéria tributável não fica a cargo da Administração Tributária, mas deste sujeito, pelo que o montante de imposto a receber ou a pagar resulta daquilo que o mesmo avalia e estima.

Por sua vez, a heteroliquidação diz respeito ao modo de determinação da obrigação tributária que é efetivamente realizado pela Administração ou por

---

90 Cfr. AYALA, José Luis Pérez de; BECERRIL, Miguel Pérez de Ayala - *ob. cit.*, p. 153.

91 Cfr. DOURADO, Ana Paula - A Natureza Jurídica da Autoliquidação. *Separata da Revista Jurídica*. 1988. p. 179.

92 Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da - *ob. cit.*, p. 236. No mesmo sentido, *vide* NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*. 8.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6008-8. p. 297; LAIRES, António da Silva Campos - *ob. cit.*, p. 83; NETO, Serena Cabrita; TRINDADE, Carla Castelo - *Contencioso Tributário*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6884-8. p. 75; MARQUES, Rui - A liquidação de imposto e o processo penal tributário. *Revista do Ministério Público*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. N 145 (janeiro-março 2016), p. 155.

93 Neste sentido, *vide* LAIRES, António da Silva Campos - *ob. cit.*, p. 79; AYALA, José Luis Pérez de; BECERRIL, Miguel Pérez de Ayala - *ob. cit.*, p. 153.

94 Cfr. FAVEIRO, Vítor António Duarte Faveiro - *Noções Fundamentais de Direito Fiscal Português*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 392.

um terceiro<sup>95</sup>. No caso das liquidações emitidas pela Administração Tributária, as mesmas podem revestir várias tipologias<sup>96</sup>, o que significa que mesmo dentro da liquidação realizada por esta entidade o termo liquidação pode assumir vários sentidos: (i) liquidação emitida na sequência da declaração apresentada pelo sujeito passivo (é o caso das liquidações de IRS, emitidas na sequência da apresentação da respetiva declaração pelo sujeito passivo); (ii) liquidação adicional<sup>97</sup>; (iii) liquidação corretiva<sup>98</sup>; e a liquidação oficiosa, que é aquela que é feita pela Administração Tributária, a título subsidiário, quando o sujeito passivo que deveria ter procedido à autoliquidação não o fez<sup>99</sup> ou quando o sujeito passivo não cumpriu as suas obrigações declarativas (ex. artigo 76.º, n.º 3, do CIRS)<sup>100</sup>.

### 2.3. CRITÉRIO TEMPORAL

Atendendo ao momento em que a liquidação é realizada, esta pode ser perpetuada como uma liquidação provisória, definitiva, adicional e corretiva.

A liquidação provisória ocorre quando esta é temporária, como acontece segundo alguma doutrina com o pagamento por conta ou com a retenção na fonte com a natureza de pagamento por conta (retenção na fonte provisória), que são atos precários ou provisórios<sup>101</sup>. Trata-se de uma técnica que é “principalmente

---

95 Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da - *ob. cit.*, p. 237.

96 A este respeito, *vide* ACÓRDÃO do Tribunal Central Administrativo Sul, proc. n.º 1671/09.8. [em linha]. (27/10/2022). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/92f02231fcc6d16d802588e9003f2a28?OpenDocument> [consultado em 05/08/2022].

97 Abordaremos este significado do termo liquidação no ponto seguinte.

98 Abordaremos este significado do termo liquidação no ponto seguinte.

99 SANCHES, J. L. Saldanha - *Manual de Direito Fiscal*. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1511-3. p. 260; MARQUES, Rui - *A caducidade do direito de liquidação do imposto*. Porto: Vida Económica, 2018. ISBN 9789897684920. pp. 52 e 53.; NETO, Serena Cabrita; TRINDADE, Carla Castelo - *ob. cit.*, p. 76.

100 Cfr. ACÓRDÃO do Tribunal Central Administrativo Sul, proc. n.º 1671/09.8. *cit.*

101 Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da - *ob. cit.*, p. 236. Por sua vez, RUI MARQUES considera que a retenção na fonte por conta do imposto devido a final não corresponde a qualquer procedimento de liquidação do imposto. Cfr. MARQUES, Rui - *A caducidade do direito de liquidação do imposto*. *ob. cit.*, p. 59. HUGO FLORES DA SILVA, a propósito da retenção na fonte provisória, apesar de reconhecer que se trata de um “acto jurídico de cumprimento de uma obrigação acessória de colaboração”, parece também aproximar esta figura da liquidação provisória, embora não o diga expressamente. Refere este autor que se trata de “um procedimento de gestão fiscal que assume como objectivo principal o cumprimento integral da dívida fiscal durante o período de formação do facto tributário, criando a lei, para o efeito, um complexo procedimental de liquidação e cobrança do imposto, a realizar pela entidade devedora de rendimentos, segundo fórmulas que procuram adequar a quantia

utilizada nos impostos periódicos que incidem sobre rendimentos reais e em que, portanto, a «liquidação definitiva» só pode ter lugar em período posterior àquele a que respeita a produção do rendimento<sup>102</sup>. No entanto, há quem considere que a autoliquidação e a liquidação oficiosa também revestem a natureza de liquidações provisórias<sup>103</sup>. A primeira por se tratar de uma liquidação modificável e revogável por ato da Administração e a segunda porque visa essencialmente prevenir uma eventual caducidade do direito de liquidar e, por isso, o montante fixado será provisório<sup>104</sup>.

A liquidação definitiva é uma liquidação final, no sentido de se tratar de um verdadeiro ato da Administração Tributária, de natureza definitiva, unilateral e positiva, passível de ser impugnável<sup>105</sup>.

A liquidação adicional, como decorre do próprio nome, trata-se de uma liquidação seguida de uma liquidação anterior, ou seja, surge na sequência de uma revisão do ato tributário de liquidação definitiva e pode ocorrer por fundamentos diversos, como erro nas declarações, omissão, inexatidão, apuramento de imposto superior ao entregue. Neste caso, a prestação tributária devida é superior à que

---

a reter à situação individual de quem aufero o rendimento” e mais adiante que “após a retenção e entrega por parte do sujeito passivo indirecto, o sujeito passivo directo estará sujeito à liquidação do imposto, considerando-se, para o efeito, a sua declaração de rendimentos, com vista a determinar se o montante previamente entregue equivale ao montante de imposto devido, se é insuficiente, ou se o excede”. Cfr. SILVA, Hugo Flores da - *Privatização do Sistema de Gestão Fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 9789723222296. pp. 462 e 463.

102 Cfr. XAVIER, Alberto Pinheiro - *Conceito e Natureza do Acto Tributário*. Coimbra: Almedina, 1972. p. 119. Este autor equipara a liquidação provisória à sentença emanada em processo cautelar (p. 121 da mesma obra).

103 A este respeito, vide MARTÍNEZ, Soares - *Direito Fiscal*. 10.ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. ISBN 972-40-0961-0. p. 312; MORAIS, Rui Duarte - *Apontamentos ao IRC*. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 9789724033242. pp. 208 e 209. Na jurisprudência, pode ver-se o ACÓRDÃO do Tribunal Central Administrativo Sul, proc. n.º 1381/07.0BELSD. [em linha]. (09/06/2021). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/a3ca172154fe3479802586f100308497?OpenDocument> [consultado em 05/08/2022], e o ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 021110. [em linha]. (11/02/1998). Disponível em [http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e-680256f8e003ea931/17a60eb0761f739e802568fc0039cfa7?OpenDocument&ExpandSection=1#\\_Section1](http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e-680256f8e003ea931/17a60eb0761f739e802568fc0039cfa7?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1) [consultado em 06/08/2022].

104 Cfr. MARTÍNEZ, Soares - *ob. cit.*, p. 312; MORAIS, Rui Duarte - *ob. cit.*, pp. 208 e 209. Reportando-se à liquidação oficiosa realizada no contexto do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas quando se verifique a falta de entrega da declaração periódica de rendimentos, RUI DUARTE MORAIS explica que não faria qualquer sentido que esta liquidação oficiosa pudesse substituir a declaração que o sujeito passivo não procedeu, na medida em que, para além de constituir uma vantagem incompreensível para o contribuinte faltoso, implicaria abdicar de qualquer pretensão de basear a tributação no lucro real do sujeito passivo.

105 Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da - *ob. cit.*, p. 236.

foi antes declarada, quer em sede de autoliquidação, quer em sede de liquidação emitida pelos serviços com fundamento na prévia declaração do sujeito passivo<sup>106</sup>.

Por último, a liquidação corretiva é aquela em que a Administração Tributária, em virtude, por exemplo, da procedência de reclamações graciosas ou recursos hierárquicos do sujeito passivo em que se apure quantitativo de imposto inferior ao anteriormente liquidado ou até mesmo de revisão oficiosa da liquidação, procede à correção ou aperfeiçoamento da liquidação anterior, sanando-se os seus vícios iniciais (não se trata de uma nova liquidação, mas de uma liquidação de aperfeiçoamento da liquidação anterior)<sup>107</sup>.

### 3. REFLEXÃO EM TORNO DO “DIREITO DE LIQUIDAR”

Procuraremos agora refletir sobre a dúvida colocada no início do presente escrito, ou seja, sobre a questão de saber que direito de liquidar é aquele que está presente no artigo 45.º, n.º 1, da LGT. Sendo a liquidação um conceito polissémico, o objetivo será discernir aquele(s) significado(s) que mais se adequará(ão) ao que o legislador quis dizer, razão pela qual passaremos por todos os significados que o termo liquidação pode assumir, a fim de verificar se o mesmo se encontra ou não abrangido pelo artigo 45.º da LGT.

Começemos pelo critério semântico. Tratando-se a liquidação em sentido restrito do ato de aplicação da taxa à matéria coletável, tal ato terá de ser praticado no prazo de caducidade, por expressa determinação do criador normativo em algumas normas jurídicas, de que é exemplo o artigo 92.º, n.º 1, do CIRS, que determina que a liquidação do IRS (aí entendida em sentido estrito<sup>108</sup>) se efetua no prazo e nos termos previstos nos artigos 45.º e 46.º da LGT. O direito de quantificação da obrigação tributária – de aplicação da taxa à matéria coletável – deve, por isso, ser realizado no prazo aí estabelecido. Ora, considerando que a liquidação em sentido amplo integra a própria liquidação em sentido restrito e que a liquidação em sentido restrito está abrangida pelo disposto no artigo 45.º, n.º 1, da LGT, as regras da lógica ditam que também a liquidação em sentido amplo fique abrangida

---

106 Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da - *ob. cit.*, pp. 236 e 237; XAVIER, Alberto Pinheiro - *ob. cit.*, p. 128; MARTÍNEZ, Soares - *ob. cit.*, p. 311.

107 Cfr. MARQUES, Rui - *A caducidade do direito de liquidação do imposto. ob. cit.*, pp. 56 e 57.

108 JOAQUIM FREITAS DA ROCHA explica que o legislador se refere à liquidação em sentido estrito no artigo 75.º do CIRS, que integra o Capítulo IV, relativo à liquidação. Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da - *ob. cit.*, p. 236. Ora, também o artigo 92.º do CIRS integra o mesmo capítulo e tem aí o mesmo significado.

pelo “direito de liquidar” referido no artigo 45.º, n.º 1, da LGT<sup>109</sup>. Ademais, não seria coerente limitar no tempo o direito à quantificação da obrigação tributária (ato que torna a obrigação líquida e exigível) e não submeter a esse mesmo tempo todas as condutas anteriores tendentes à quantificação da obrigação.

No que concerne aos sentidos que o termo liquidação pode assumir, atendendo-se à qualidade do sujeito competente para a sua realização, parece claro que, quando se estabelece, no artigo 45.º, n.º 1, da LGT, um limite temporal para a realização da liquidação, o legislador pretende referir-se à liquidação realizada pela Administração Tributária (heteroliquidação), pois que é a Administração que é titular do direito de liquidar (“o direito de liquidar os tributos caduca”) e é a liquidação realizada pela mesma que tem de ser validamente notificada. Aqui se incluirá a liquidação oficiosa (enquanto tipologia enquadrada na heteroliquidação)<sup>110</sup>. Não queremos com isto dizer que a autoliquidação deve ser arredada do âmbito de aplicação do artigo 45.º, n.º 1, da LGT, e concretamente do limite temporal aí previsto, embora a letra da lei (“direito de liquidar”) nos leve por esse caminho. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei e, atendendo-se à estrutura do ordenamento jurídico tributário português, não terá sido intenção do criador normativo e, portanto, não terá estado no seu pensamento aquando da elaboração do preceito afastar a autoliquidação do escopo do artigo 45.º, n.º 1, da LGT, no que concretamente diz respeito ao prazo de caducidade. Na verdade, por uma questão de coerência, a autoliquidação deve ser realizada no prazo referido naquela disposição normativa, até porque esta não deixa de ser uma liquidação simplesmente por imposição legal e realizada pelo sujeito passivo (apesar de a autoliquidação parecer não estar abrangida pela letra da lei, a verdade é que terá aí, pelo menos, um mínimo de correspondência verbal)<sup>111</sup>. Também o princípio da

109 Com recurso ao método dedutivo (silogismo lógico) poder-se-ia expressar este argumento do seguinte modo:

P – A liquidação em sentido amplo integra a própria liquidação em sentido restrito;

P – A liquidação em sentido restrito está abrangida pelo disposto no artigo 45.º, n.º 1, da LGT;

C – Logo, a liquidação em sentido amplo também está abrangida pelo disposto no artigo 45.º, n.º 1, da LGT.

110 No sentido de que a liquidação oficiosa fica sujeita ao prazo referido no artigo 45.º da LGT, vide o ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 0442/15. [em linha]. (11/05/2016). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/c5c1dca14df6b07f-80257fb2003b7cd7?OpenDocument> [consultado em 07/08/2022].

111 No sentido de que o prazo de caducidade do direito à liquidação é aplicável também às situações de autoliquidação, vide o ACÓRDÃO do Tribunal Central Administrativo Sul, proc. n.º 03132/09. [em linha]. (30/06/2009). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/de4c91d41065f858802575ec002e6f04?OpenDocument> [consultado em 05/08/2022], e o ACÓRDÃO do Tribunal Central Administrativo Norte, proc. n.º 01257/10.4BEBRG. [em linha]. (06/06/2019). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtncn>.

segurança jurídica e da proteção da confiança impõe que a autoliquidação fique sujeita ao prazo de caducidade, não podendo o sujeito passivo ser confrontado a todo o tempo com a obrigação de realizar a autoliquidação.

Sob o ponto de vista temporal, como vimos, a liquidação pode ser provisória, definitiva, adicional ou corretiva. Considerando o contexto em que a liquidação provisória acontece (pagamento por conta ou retenção na fonte com a natureza de pagamento por conta) e o facto de à mesma se seguir uma liquidação definitiva, consideramos que, em bom rigor, esta não estará incluída no escopo do artigo 45.º, n.º 1, da LGT. Queremos com isto dizer que o sujeito que realiza os pagamentos por conta e as retenções na fonte, operando uma liquidação provisória, tem de o fazer nos prazos definidos nas leis tributárias para o efeito, que não coincidem com o prazo de caducidade<sup>112</sup>. No entanto, caso se entenda, como preconiza alguma doutrina, que a autoliquidação e a liquidação oficiosa também se assumem como liquidações provisórias, ter-se-á de concluir que estas, pelos motivos atrás aduzidos, ficam sujeitas ao prazo de caducidade do direito à liquidação.

Por sua vez, a liquidação definitiva está insita no disposto no artigo 45.º, n.º 1, da LGT, pois que, pelas características que reveste<sup>113</sup>, terá sido intenção do legislador abrangê-la pelo “direito de liquidar os tributos” dentro do prazo aí fixado.

No que concerne à liquidação adicional, consideramos que a sua inserção no âmbito do disposto no artigo 45.º, n.º 1, da LGT é imposta pelo princípio da segurança jurídica, que repudia dilações indefinidas do procedimento de liquidação do tributo. Para além disso, o legislador introduziu um fator de clareza que permite esbater, quanto à liquidação adicional, as incertezas decorrentes da polissemia da palavra, determinando no artigo 101.º do CIRC que “[a] liquidação de IRC, ainda que adicional, só pode efetuar-se nos prazos e nos termos previstos nos artigos 45.º e 46.º da Lei Geral Tributária”. Desta feita, também a liquidação adicional fica sujeita ao prazo de caducidade referido no artigo 45.º da LGT.

Por último, no que se refere à liquidação corretiva, dir-se-á que, em virtude da necessidade da reconstrução da legalidade (artigo 100.º da LGT) e do próprio princípio da busca da verdade material, não se justifica que a liquidação em causa, que se trata de uma liquidação corrigida a favor do sujeito passivo – que se limita a expurgar uma parte do ato primitivo e que, portanto, não inovando na

---

nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/1b21ae38e4c6467e80258440003a4aa4?OpenDocument [consultado em 05/08/2022]. Vide também DOURADO, Ana Paula - Direito Fiscal. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2020. ISBN 978-972-40-8908-9. p. 126; VASQUES, Sérgio - Manual de Direito Fiscal. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 9789724081090. p. 426.

112 Vide a este respeito os artigos 98.º e 102.º do CIRS.

113 Já anteriormente descritas no contexto definitório deste tipo de liquidação. Vide o ponto 2.3.

ordem jurídica na parte não revogada, tem natureza meramente confirmativa –, fique sujeita ao regime da caducidade do direito à liquidação. E a este propósito a jurisprudência já tem vindo a esbater a dúvida decorrente da polissemia da palavra liquidação, esclarecendo que a data da liquidação corretiva não releva para efeitos da contagem do prazo de caducidade, antes releva a data da emissão da liquidação inicial (corrigida).

#### **4. CONCLUSÃO**

Em jeito conclusivo e de síntese, dir-se-á que o direito de liquidar os tributos caduca se a liquidação não for validamente notificada ao contribuinte no prazo referido no artigo 45.º da LGT. A polissemia da palavra liquidação e a inexistência de uma clarificação por parte do legislador no preceito legal colocam dúvidas quanto aos tipos/formas de liquidação que estarão abrangidos pelo mesmo. Não obstante, pelas razões expostas, consideramos que o direito à liquidação a que o legislador se refere e que se encontra abrangido pelo escopo do artigo 45.º da LGT é o direito à liquidação em sentido amplo e em sentido restrito, à liquidação definitiva, à liquidação provisória (em algumas circunstâncias), à liquidação adicional, à heteroliquidação e à autoliquidação.

# CONTROLO DA LEGALIDADE DOS ATOS NOTARIAIS

Mercília Pereira Gonçalves<sup>114</sup>

**Sumário:** Introdução. I. Controlo da legalidade dos atos notariais. 1. Controlo da legalidade realizado pelo notário. 2. Duplo controlo da legalidade: uma falsa questão? 2.1. Posição adotada. 3. Eliminação parcial do controlo notarial. 4. Controlo da legalidade positivo. 4.1. Informação. 4.2. Assessoria. 4.3. Conselho e assistência. 5. Controlo da legalidade negativo. Conclusões.

**Resumo:** O nosso tema cinge-se ao notário e ao controlo da legalidade dos atos notariais. O controlo da legalidade é um mecanismo de defesa do nosso ordenamento jurídico, no campo extrajudicial. Assim, cabe àquele oficial público e profissional liberal o poder de examinar a legalidade dos atos notariais, quer pela sua forma, quer pela sua substância, de acordo com o cumprimento do princípio da legalidade exposto no artigo 11.º do Estatuto do Notariado. Num primeiro plano, cabe ao notário avaliar o ato notarial, mas, num segundo momento, compete ao conservador o seu exame. O controlo notarial divide-se ainda num sentido positivo e num sentido negativo. Estas são as nossas temáticas propostas.

**Palavras-chave:** Notário – Ato notarial – Controlo da legalidade.

**Abstract:** Our topic is focused on the notary and the control of the legality of notarial acts. The control of legality is a defense mechanism of our legal system in

---

114 Doutoranda em Ciências Jurídicas Privatísticas na Escola de Direito da Universidade do Minho. Bolsista de Investigação (FCT). Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação, na Escola de Direito da Universidade do Minho. Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Licenciada em Direito pela Escola de Direito da Universidade do Minho.

the extrajudicial field. Therefore, that public official and liberal professional has the power to examine the legality of notarial acts, both in form and substance, in accordance with the principle of legality set out in Article 11 of the Notarial Statute. In the first instance, it is up to the notary to evaluate the notarial act, but in a second moment, it is up to the registrar to examine it. Notarial control is also divided into a positive and a negative sense. These are our proposed themes.

**Keywords:** Notary – Notarial act – Legality control.

## INTRODUÇÃO

Os atos notariais celebrados pelo notário devem, de acordo com o princípio da legalidade, estar em conformidade com a lei; por isso, para que tal seja possível, será absolutamente necessário um controlo. Por controlo da legalidade do notário devemos compreender a auscultação, o exame, a interpretação, o conselho, o auxílio e a conformação legal, seguidos da dedução a escrito daquilo que se apreciou e foi devidamente aprendido com rigor e no cumprimento do princípio da legalidade, estipulado no artigo 11.º do Estatuto do Notariado<sup>115</sup>. Assim, o notário autoriza atos notariais que, segundo o seu juízo de valor, considere válidos de acordo com o ordenamento jurídico e recusa, como se entende, atos inválidos e que estejam consagrados no artigo 11.º, n.º 2, do Estatuto do Notariado.

O tema do controlo da legalidade dos atos notariais apresenta uma discussão doutrinária em torno da problemática do chamado duplo controlo da legalidade. Colocamos a seguinte questão ao leitor: será necessário um duplo controlo da legalidade (controlo notarial e controlo registal) ou um deles é suficiente?

Ao longo do nosso escrito, iremos expor de forma sucinta as opiniões doutrinárias em torno desta controvérsia, para de seguida expormos a nossa orientação. Serão abordadas outras temáticas subjacentes ao controlo da legalidade dos atos notariais, quando em causa está o notário e a atividade notarial por si exercida – objeto do nosso estudo, nomeadamente aquilo que designamos por tese de “eliminação parcial do controlo notarial”, onde abordamos os parâmetros que adotamos para um contributo nacional em torno deste tema que é um clássico no Direito Notarial.

Para adiantarmos, o controlo da legalidade efetuado pelo notário divide-se num controlo positivo e num controlo negativo. À luz do controlo notarial positivo,

---

115 Neste sentido, GONÇALVES, Mercília Pereira - *O Notário e a Atividade Notarial: Certeza e Segurança Jurídica*. Coimbra: Almedina, 2022. pp. 100-101.

serão exploradas as suas vertentes: a) Informação; b) Assessoria propriamente dita; c) Conselho e assistência. No que se refere ao controlo notarial negativo, será examinado o seu regime, nomeadamente no que respeita à recusa da prática de atos notariais viciados, designadamente nulos.

## I. CONTROLO DA LEGALIDADE DOS ATOS NOTARIAIS

### 1. CONTROLO DA LEGALIDADE REALIZADO PELO NOTÁRIO

O controlo da legalidade dos atos notariais constitui um tema clássico, mas relevante em sede do Direito Notarial. O nosso sistema notarial latino é assinalado pelo seu caráter preventivo, o que pressupõe o controlo da legalidade que o notário tem em mãos. Assim, a segurança jurídica preventiva é um ponto fulcral desta matéria, cujo controlo da legalidade assume especial relevância na sua concretização<sup>116</sup>. O princípio da legalidade elencado no artigo 11.º do Estatuto do Notariado é um dos princípios mais marcantes da função notarial. O notário, ao cumprir a principiologia inerente à legalidade do sistema notarial latino, conforma a vontade das partes com a finalidade de as adequar ao ordenamento jurídico, o que resulta num processo de indagação e interpretação daquelas manifestações de vontade, posteriormente seguido de uma explicação do seu “valor e alcance”<sup>117</sup>. Diz-se que é no momento da indagação, interpretação e assessoria que o notário previne um litígio<sup>118</sup>, contribuindo fortemente para o alcance da segurança jurídica preventiva: artigo 4.º, n.º 1, do Código do Notariado, que corresponde também ao artigo 4.º do Estatuto do Notariado, alusivo à “competência dos notários”, uma norma exemplar que denota a certeza e a segurança do negócio jurídico celebrado pelo notário.

O artigo 23.º, n.º 1, alínea a), do Estatuto do Notariado reforça o controlo da legalidade que surge caracterizado como um dever, no cumprimento das leis e das normas, incluindo as deontológicas. Em Espanha, o controlo da legalidade levado a cabo pelo notário encontra uma consagração legal maior, quando

---

116 Neste sentido, GONZÁLEZ, José Alberto - Dupla qualificação: o alcance do princípio da legalidade na qualificação notarial e registal. In *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo: O Notariado do Séc. XXI - Desafios da Modernidade*. Lisboa: Petrus, Ordem dos Notários de Portugal. 2007. p. 204, “É precisamente, em parte, por causa de o Notário exercer uma função de controlo da legalidade que se pode entender a sua intervenção como parte componente do chamado sistema de justiça preventiva”.

117 Neste sentido, GONÇALVES, Mercília Pereira - *ob. cit.*, p. 83.

118 Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto - *ob. cit.*, p. 204.

comparado com a nossa Ordem Jurídica, pelo que destacamos no ordenamento jurídico espanhol o artigo 145.º do Regulamento Notarial de Espanha e os artigos 1.º, 17.º-bis, n.º 2, alínea a), e 24.º da Lei Notarial espanhola. O tema do controlo da legalidade dos atos notariais é fonte de discussão em países latinos, como a Espanha, assumindo um valor superior.

Nos cartórios notariais comparecem, muitas vezes, pessoas que não são juristas que têm a intenção de celebrar negócios jurídicos. Deste modo, a vontade real das partes é expressa, na maioria das vezes, de uma maneira imprecisa. As partes narram os factos e a qualificação notarial, por vezes, diverge do sentido que os particulares tencionam atribuir ao ato jurídico<sup>119</sup>. A factualidade é a mesma, mas a interpretação objetiva do notário faz com que se atribua um sentido diferente daquele que os interessados tinham pensado inicialmente<sup>120</sup>. Esta situação é corrente nos cartórios. A legalidade do ato notarial depende sempre do parecer do notário que, como jurista que é, procura a melhor solução para atender ao caso em concreto e, no fundo, apoiando os factos em base legais, cria o direito e traduz uma vontade real positivada<sup>121</sup>. O documento notarial (documento público) tem a garantia de que o notário exerce o seu dever de observância do princípio da legalidade exposto no artigo 11.º do Estatuto do Notariado.

## 2. DUPLO CONTROLO DA LEGALIDADE: UMA FALSA QUESTÃO?

No notariado espanhol, surgiu, há alguns anos, uma controvérsia entre dois juristas, professores universitários, um deles notário e o outro conservador, em torno do tema do duplo controlo da legalidade. Esta questão acabou por se dispersar na maioria dos países europeus.

A discussão em torno do duplo controlo da legalidade aponta exatamente as seguintes ideias:

- a) O controlo da legalidade realizado pelo notário é suficiente, excluindo-se, portanto, o controlo da legalidade levado a cabo pelo conservador;
- b) O segundo controlo da legalidade nas mãos do conservador é um controlo “repetitivo”, constituindo uma “real incomodidade” e “perda de tempo”

---

119 Neste sentido, GONÇALVES, Mercília Pereira - *ob. cit.*, p. 85.

120 SANAHUJA Y SOLER, José Maria - *Tratado de Derecho Notarial*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial. 1945. Tomo 1. p. 40. Apesar de o manual ser antigo, tem aplicação prática nos dias de hoje, pelo que fizemos questão de o referenciar.

121 Neste sentido, GONÇALVES, Mercília Pereira - *ob. cit.*, p. 85.

para os outorgantes<sup>122</sup>, porque trata essencialmente do exame dos mesmos parâmetros que o notário já averiguou, sendo essa a sua função<sup>123</sup>.

- c) Caso seja o conservador a qualificar em primeiro lugar, dispensa-se o documento notarial.

## 2.1. POSIÇÃO ADOTADA

As alíneas que apresentamos correspondem às *nuances*, de forma resumida, em torno do duplo controlo da legalidade, nas quais remetemos para alguma doutrina. De seguida, consideramos pertinente expormos a nossa posição.

Neste âmbito, a nossa defesa recai no sentido de que quer o controlo da legalidade levado a cabo pelo notário, quer o controlo da legalidade concretizado pelo conservador são imprescindíveis porque ambos abordam, ao mesmo tempo, finalidades e perspetivas distintas. Assim, não se deve dispensar nenhum deles. Mais longe do que isto é afirmar que a ideia em torno do duplo controlo da legalidade manter-se-á sempre que um jurista se deparar com um documento. Neste sentido, um advogado ou solicitador examinarão sempre a legalidade do ato, como juristas que são, e devem fazê-lo, e o conservador, ao qualificar em segundo lugar, mantém o duplo controlo da legalidade<sup>124</sup>.

O notariado segue os mesmos parâmetros, no sentido em que o notário, como jurista que é, qualifica notarialmente e o conservador aprecia em segundo lugar. Trata-se de um controlo que é duplo, mas não se pode afirmar que é idêntico. Vejamos a nossa justificação.

O controlo da legalidade realizado pelo notário tem em vista a formalização dos atos notariais, o que acaba por gerar uma eficácia inter-partes, e o conservador tem em atenção a publicitação do ato notarial e como ele deve ingressar no sistema de registo para, de forma válida, produzir efeitos *erga omnes*. Simplesmente, o notário, tendo como objetivo a forma dos atos notariais, ausculta a vontade das partes, traduzindo-as em termos juridicamente adequados para que seja elaborado um ato notarial válido, enquanto o conservador aprecia a validade e suficiência do ato notarial para o publicitar *erga omnes*. É de salientar que o controlo notarial

---

122 Neste sentido, GUERREIRO, J. A. Mouteira - *Ensaio sobre a Problemática da Titulação e do Registo à luz do Direito Português*. 1.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 630.

123 Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto - Qualificação de actos registáveis com intervenção notarial (Duplo controlo da legalidade). *Boletim dos Registos e do Notariado*. N 1 (2004), pp. 2-4.

124 Neste sentido, JARDIM, Mónica - *Escritos de Direito Notarial e Direito Registral*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 35. Não nos alongamos muito nesta questão, porque tratamos do notário e não de outros agentes que desempenham, atualmente, a função notarial.

da legalidade tem em vista uma atenção particular às pessoas e à situação jurídica apresentada, enquanto o controlo registal subordina-se à análise de documentos e não tem qualquer contacto com as pessoas. É neste contexto, que discordamos, pois, de José González, quando nos refere que o controlo da legalidade levado a cabo pela atividade registal é idêntico, e seguimos as linhas de entendimento de Mouteira Guerreiro, que tem o mesmo entendimento que o nosso<sup>125</sup>.

### 3. ELIMINAÇÃO PARCIAL DO CONTROLO NOTARIAL

Começamos este escrito pela seguinte questão: qual a verdadeira consequência do duplo controlo da legalidade?

A resposta é a de que existiu, de facto, um prejuízo da atividade notarial. Assim, com base na tese do duplo controlo da legalidade, se era mais do que suficiente um único controlo para garantir a segurança jurídica, sendo assim, quando existisse um controlo na fase da formalização do ato, concretizado pelo notário, eximia-se o controlo na fase do registo concretizado pelo conservador. O controlo levado a cabo pelo conservador, a existir, dispensa o controlo notarial porque um deles basta e impede-se um controlo duplo. Rejeitamos estas hipóteses, conforme tivemos oportunidade de expor a nossa posição anteriormente. Somos da opinião de que a fragilidade deste tema está rigorosamente na eliminação do controlo notarial e, consequentemente, do documento autêntico notarial, da sua certeza e segurança jurídica<sup>126</sup>.

Devido a uma disputa entre o que é ou não necessário, o legislador português considerou que o controlo na fase do registo é suficiente, pelo que eliminou a escritura pública, substituindo-a pelo documento particular autenticado. Tudo isto explica o facto de se terem atribuído competências às Conservatórias e Oficiais de registo para titularem negócios sobre imóveis, através da criação do procedimento especial de transmissão, oneração e registo de prédios (Casa Pronta), do Balcão das heranças e divórcios com partilha e da Empresa na Hora.

Neste âmbito, o legislador eliminou parcialmente o controlo notarial, dado que quem recorre ao notário continua a ter acesso à formalização dos atos por escritura pública, tratando-se de uma simples escolha, motivo pelo qual conotamos a designação de parcial<sup>127</sup>.

---

125 Cfr. GUERREIRO, J. A. Mouteira - *ob. cit.*, p. 89. No mesmo sentido, GUERREIRO, J. A. Mouteira - *Temas de Registos e de Notariado*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 603.

126 Neste sentido, GONÇALVES, Mercília Pereira - *ob. cit.*, p. 96.

127 Neste sentido, GONÇALVES, Mercília Pereira - *ob. cit.*, p. 99.

#### 4. CONTROLO DA LEGALIDADE POSITIVO<sup>128</sup>

Divide-se o controlo da legalidade num controlo positivo e num controlo negativo. Este parece-nos um ótimo entendimento, que na nossa obra fizemos questão de partilhar<sup>129</sup>.

É altura de questionarmos o seguinte: qual é o significado de um controlo da legalidade em sentido positivo?

A resposta é relativamente simples. Trata-se de um controlo notarial positivo, uma vez que há uma autorização do instrumento público e, com efeito, existe uma presunção de legalidade e licitude do instrumento notarial. Por outras palavras, o notário assessora, informa, aconselha e assiste com a intenção da prática do ato notarial. Em sentido positivo, autoriza. Em sentido negativo, recusa aquela prática.

O dever de assessoria é divisível na doutrina, em vários parâmetros, e é entendido como nuclear no controlo notarial positivo e explicitado na nossa ordem jurídica, mais propriamente no Código do Notariado, artigo 1.º, n.º 2, em três fases<sup>130</sup>:

- a) Informação;
- b) Assessoria;
- c) Conselho e assistência.

##### 4.1. INFORMAÇÃO

O dever de informação diz respeito a uma fase em que o notário leu aos outorgantes a escritura pública e aos mesmos explicou o seu conteúdo. O notário explica o direito, informa sobre a lei e, se for necessário, sobre a jurisprudência e a doutrina<sup>131</sup>. O notário informa os interessados que surgem no seu cartório e que requerem a prática de atos notariais, solicitando para isso as devidas informações, pelo que o dever de informação levado a cabo pelo notário começa logo desde o princípio.

---

128 Diz respeito ao dever de informação, conselho e assistência e assessoria jurídica propriamente dita, que abordamos em GONÇALVES, Mercília Pereira - *ob. cit.*, pp. 106-115.

129 Sobre esta matéria, vejamos, neste sentido, GONÇALVES, Mercília Pereira - *ob. cit.*, pp. 104 e ss.

130 Cfr. BAREA MARTÍNEZ, Maria Teresa - El Oficio de Notario y el Control Notarial de la Legalidad: Garantía de Libertad, Seguridad y Prosperidad. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada*, 2019. pp. 23-25.

131 DECKERS, Eric - *Função notarial e deontologia*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 31.

O documento público contém a menção de que o mesmo foi lido ou que se dispensou a leitura dos interessados, bem como a indicação da explicação do seu conteúdo, à luz do artigo 46.º, n.º 1, alínea l), do Código do Notariado. De acordo com o artigo 50.º, n.º 1, do mesmo Código, esta leitura é realizada pelo notário, em alta voz e na presença simultânea de todos os intervenientes. A leitura pode ser dispensada pelos outorgantes, mediante a manifestação de declarações nesse sentido, porque já leram ou conhecem minuciosamente o seu conteúdo, se não for inconveniente para o notário, conforme estipula o artigo 50.º, n.º 2. O seu n.º 3 refere-se à explicação do conteúdo do ato notarial, estabelecendo nesse sentido que a explicação do conteúdo dos documentos e das suas consequências legais é efetuada pelo notário, antes da sua assinatura, em forma resumida, porém de maneira a que “as partes fiquem a conhecer, com precisão, o significado e os efeitos do ato”.

O notário deve procurar estabelecer um equilíbrio entre as partes, aconselhando mais aquela que se encontra numa posição fragilizada. Os interessados devem questionar o notário quanto a certas dúvidas que queiram ver esclarecidas. A leitura explicativa do instrumento público realizada pelo notário tem em vista aclarar, especialmente, o alcance e os efeitos registais e fiscais do negócio jurídico, assim como as advertências que no documento público estejam consignadas, dando conhecimento aos outorgantes do seu direito a eventuais benefícios<sup>132</sup>.

É no dever de informação que se eleva a certeza jurídica no notariado porque, através da leitura e da explicação aos outorgantes das consequências legais do negócio celebrado, o notário gera essa certeza, uma vez que atesta se todos entenderam o conteúdo do seu documento e que nele estão verdadeiramente consignadas as declarações de vontade. Todos os interessados na outorga do ato notarial se sentem seguros, pois foram devidamente esclarecidos por uma entidade que exerce por ofício a prestação de informações de modo exemplar e nela depositam a sua total confiança<sup>133</sup>.

#### 4.2. ASSESSORIA

A assessoria propriamente dita corresponde ao trabalho do notário na transposição no documento público das declarações de vontade dos outorgantes de acordo

---

132 Neste sentido, GONÇALVES, Mercília Pereira - *ob. cit.*, p. 107.

133 Neste sentido, GONÇALVES, Mercília Pereira - *ob. cit.*, pp. 107-108.

com a lei<sup>134</sup>. É neste momento que o notário leva as partes à solução jurídica mais adequada, de maneira que o negócio se torne eficaz.

O notário não se limita a um controlo notarial negativo, no sentido da recusa da prática do ato notarial, mas leva a cabo todo um diálogo jurídico entre as partes, de maneira a encontrar a boa solução do caso em concreto. A assessoria pertence, sem dúvida alguma, ao controlo positivo. Esta é considerada uma etapa fundamental no notariado porque, como já dissemos, a generalidade das pessoas não juristas que comparecem nos cartórios notariais não têm um discurso em conformidade com o direito, pelo que o notário deve interpretar juridicamente a vontade das partes, auxiliando-as, no que se refere à transposição das suas declarações de vontade. O resultado é um trabalho “árduo interpretativo”, que não se limita à mera apreensão daquelas declarações de vontade e de recolha dessas manifestações de vontade<sup>135</sup>.

Podemos afirmar que o dever de assessoria é a fase mais importante porque engloba o próprio dever de informação e, no fundo, o conselho e a assistência, pelo que estimula uma simples e pacífica concretização do direito<sup>136</sup>, pelo que a atividade notarial gera a chamada segurança jurídica preventiva.

#### 4.3. CONSELHO E ASSISTÊNCIA

Quanto ao conselho e assistência, o notário informa os outorgantes dos seus direitos e obrigações, bem como das consequências das suas opções, oferecendo um conselho adequado<sup>137</sup>. O dever de conselho surge quando o notário tem de oferecer uma escolha entre as várias soluções de direito<sup>138</sup> e, por esse motivo, o conselho é visto como um “dever de assistência imparcial”, imparcialidade essa que subjaz a toda a função notarial, apresentando uma ligação forte com a imparcialidade típica da função notarial<sup>139</sup>.

---

134 GONÇALVES, Mercília Pereira - O controlo da legalidade efetuado pelo notário. In *Observatório (Almedina)*. Junho 2022 (sem página).

135 GONÇALVES, Mercília Pereira - O controlo da legalidade efetuado pelo notário. *Ob. cit.*

136 GONÇALVES, Mercília Pereira - *O Notário e a Atividade Notarial: Certeza e Segurança Jurídica*. *Ob. cit.* pp. 112-115.

137 DECKERS, Eric - *ob. cit.*, p.31.

138 DECKERS, Eric - *ob. cit.*, p. 31.

139 GONÇALVES, Mercília Pereira - O controlo da legalidade efetuado pelo notário. *Ob. cit.*

## 5. CONTROLO DA LEGALIDADE NEGATIVO<sup>140</sup>

O controlo da legalidade negativo realça a recusa da prática de atos notariais viciados, particularmente nulos (artigos 70.º e 71.º do Código do Notariado) e, neste sentido, contrários ao ordenamento jurídico. O controlo negativo apresenta a sua consagração legal, no artigo 11.º, n.º 2, e no artigo 173.º, ambos do Código do Notariado.

A locução “não” expressa um desagrado jurídico representado na recusa do ato notarial, mas esse “não” é necessário, para que a lei não seja violada, dado que o notário não pode validar um ato jurídico que seja ferido de nulidade ou outro vício subjacente a esse, como as nulidades por vício de forma ou outros casos de nulidade que o próprio Código do Notariado contempla<sup>141</sup>.

A nulidade formal pode inquinar o instrumento notarial e a substantiva pode afetar o negócio jurídico contido no documento público. Deste modo, o negócio jurídico pode revelar-se válido e o instrumento notarial pode não o ser, por apresentar um vício de forma (nulidade formal), mas o notário tem efetivamente de na mesma conhecer as normas do Código Civil e, como bom jurista que é, estará mais do que apto para as entender no rigor dos princípios.

O artigo 173.º, n.º 1, alínea a), do Código do Notariado diz respeito a uma nulidade substantiva, o que justifica o que havíamos dito. Porém, se a nulidade for formal, o notário deve na mesma recusar a prática do ato notarial. O Código do Notariado anotado de 1967, em anotação ao artigo 190.º, que corresponde ao atual artigo 173.º, referia isto mesmo, continuando a fazer todo o sentido esta menção na atualidade<sup>142</sup>.

As nulidades substantivas estão nitidamente explícitas no Código Civil e o Código do Notariado não as expõe, dado que se limita aos vícios de forma, sendo certo que o regime de nulidades é distinto, uma vez que o instrumento notarial é inválido se for nulo, mas continua a ser válido se for anulável, devendo o notário consignar as advertências feitas para esse sentido, nos termos do artigo 11.º, n.º 3, do Estatuto do Notariado e do artigo 174.º, n.º 2, do Código do Notariado<sup>143</sup>.

---

140 Cfr. GONÇALVES, Mercília Pereira - *O Notário e a Atividade Notarial: Certeza e Segurança Jurídica*. Ob. cit. pp. 71-77.

141 Neste sentido, GONÇALVES, Mercília Pereira - *O Notário e a Atividade Notarial: Certeza e Segurança Jurídica*. Ob. cit. p. 116.

142 GONÇALVES, Mercília Pereira - *O Notário e a Atividade notarial: Certeza e Segurança Jurídica*. Ob. cit., p. 120.

143 Neste sentido, GONÇALVES, Mercília Pereira - O controlo da legalidade efetuado pelo notário. Ob. cit.

Diversamente do Código Civil, as nulidades são sanadas, revalidadas ou confirmadas e, por esse motivo, não são consideradas verdadeiras nulidades à luz do regime jurídico típico do Código Civil<sup>144</sup>. Às nulidades formais vêm acrescentar-se a incompetência do notário, em razão da matéria ou do lugar, ou do seu impedimento, e a incapacidade ou inabilidade dos intervenientes acidentais (artigo 68.º do Código do Notariado)<sup>145</sup>.

Estas nulidades são consideradas atípicas. O artigo 71.º, n.º 1, do Código do Notariado, em conjugação com o artigo 369.º, n.º 1, do Código Civil, vem explicar corretamente que o ato é nulo, mas é válido quanto ao seu conteúdo, ou seja, quanto à sua natureza substancial<sup>146</sup>. O documento notarial autêntico é destruído na sua essência de força probatória plena e executiva, dando lugar ao simples documento particular, uma vez assinado pelas partes, o qual apresenta a mesma eficácia probatória do documento particular e semelhante valor, já que é lavrado por oficial público incompetente ou impedido por lei de o praticar<sup>147</sup>.

## CONCLUSÕES

O nosso sistema notarial latino caracteriza-se pela prevenção (segurança jurídica preventiva), o que pressupõe o controlo da legalidade que o notário realiza. Em Espanha, o controlo da legalidade efetuado pelo notário apresenta uma maior consagração legal, quando comparado com o nosso país. Em Portugal, apenas o artigo 23.º, n.º 1, alínea a), do Estatuto do Notariado reforça esse controlo que surge como um dever, no cumprimento das leis e das normas, incluindo as deontológicas. O tema do duplo controlo da legalidade foi alvo de discussão doutrinária em Espanha, mas acabou por se dispersar pela maioria dos países europeus.

O duplo controlo da legalidade constitui uma problemática que se resume no seguinte: o controlo notarial diz-se suficiente, excluindo-se o controlo registal, uma vez que este é considerado “repetitivo”, porque trata do exame dos mesmos parâmetros que o notário já averiguou. Por outro lado, se a qualificação registal for feita em primeiro lugar, dispensa-se o documento notarial. O nosso

---

144 Neste sentido, GONÇALVES, Mercília Pereira - O controlo da legalidade efetuado pelo notário. *Ob. cit.*

145 Neste sentido, GONÇALVES, Mercília Pereira - O controlo da legalidade efetuado pelo notário. *Ob. cit.*

146 Cfr. GONÇALVES, Mercília Pereira - *O Notário e a Atividade notarial: Certeza e Segurança Jurídica*. *Ob. cit.* pp. 121-122.

147 Neste sentido, GONÇALVES, Mercília Pereira - O controlo da legalidade efetuado pelo notário. *Ob. cit.*

entendimento recai no sentido de que quer o controlo notarial quer o controlo registal são necessários, porque ambos abordam, ao mesmo tempo, fins e perspectivas distintos.

O controlo da legalidade efetuado pelo notário tem em atenção a formalização dos atos notariais, gerando uma eficácia inter-partes e o conservador tem em vista a publicitação do ato notarial e como ele deve ingressar no sistema de registo para validamente produzir efeitos *erga omnes*. Somos da opinião de que a fragilidade do tema do duplo controlo da legalidade está de forma rigorosa na eliminação do controlo notarial e, naturalmente, do documento autêntico notarial, da sua certeza e segurança jurídica.

Deste modo, adotamos a tese de que o legislador eliminou parcialmente o controlo notarial, uma vez que quem recorre ao notário continua a ter acesso à formalização dos atos por escritura pública, tratando-se de uma simples escolha, razão pelo qual nos referimos a uma designação parcial.

O tema do controlo da legalidade dos atos notariais divide-se num controlo notarial em sentido positivo e num controlo da legalidade em sentido negativo. O controlo notarial positivo diz respeito a uma autorização do documento público e, com efeito, existe uma presunção de legalidade e de licitude do documento notarial.

O dever de assessoria expresso no artigo 1.º, n.º 2, do Código do Notariado é entendido como nuclear no controlo da legalidade em sentido positivo e divide-se em três momentos: a) informação; b) assessoria (propriamente dita); c) conselho e assistência.

Relativamente ao dever de informação, este respeita a uma fase em que o notário leu aos outorgantes a escritura pública e aos mesmos explicou o seu conteúdo. O notário deve procurar um equilíbrio entre as partes, aconselhando mais aquela que se encontra numa posição fragilizada. Entendemos que é no dever de informação que se eleva a certeza jurídica no notariado, dado que, através da leitura e da explicação aos outorgantes das consequências legais do negócio celebrado, o notário gera essa certeza, porque atesta se todos entenderam o conteúdo do seu documento e que nele estão verdadeiramente consignadas as declarações de vontade.

A assessoria propriamente dita diz respeito ao trabalho do notário na transposição no instrumento público das declarações de vontade dos outorgantes de acordo com a lei. O dever de assessoria é a fase principal, uma vez que engloba o próprio dever de informação e, no fundo, o conselho e a assistência, pelo que estimula uma simples e pacífica concretização do direito, pelo que a atividade notarial gera a chamada segurança jurídica preventiva.

No que se refere ao conselho e assistência, o notário informa os outorgantes dos seus direitos e obrigações, assim como das consequências das suas escolhas, oferecendo um conselho adequado.

O controlo notarial negativo aponta para a recusa da prática de atos notariais viciados, designadamente nulos, e, neste sentido, contrários ao ordenamento jurídico (artigo 11.º, n.º 2, e artigo 173.º, ambos do Código do Notariado). Em sentido diverso do Código Civil, as nulidades são sanadas, revalidadas ou confirmadas e, por essa razão, não são consideradas verdadeiras nulidades de acordo com o regime jurídico típico do Código Civil.

Por fim, o tema do controlo da legalidade dos atos notariais constitui um tema clássico, mas relevante em sede do Direito Notarial.



# A DESFILIAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

Patricia Ferreira Rocha<sup>148</sup>

**Sumário:** Introdução. **1.** A constituição e desconstituição da parentalidade no ordenamento jurídico brasileiro. **2.** O afeto como valor jurídico e sua repercussão no campo da responsabilidade civil. **3.** A desfiliação por abandono afetivo. Conclusão.

**Resumo:** De acordo com o art. 226, § 7.º, da Constituição Federal de 1988, “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, sendo possível o reconhecimento do vínculo jurídico entre os ascendentes e seus descendentes imediatos de forma voluntária ou mediante provocação judicial. A legislação brasileira, não obstante, prevê hipóteses em que a relação parental pode ser desconstituída tanto por iniciativa dos pais como também pelo filho, mas, neste último caso, condicionando o exercício desse direito a um limite temporal. Apesar de a jurisprudência estar flexibilizando o referido prazo em caso de substituição do vínculo parental, este artigo se propõe a debater a exclusão da parentalidade, independente de prazo, nas hipóteses de abandono afetivo, a partir da concepção de um direito existencial do filho baseado no princípio da dignidade humana. Sobre o assunto, é importante consignar a existência de decisões judiciais que admitem a exclusão do sobrenome do pai ou da mãe ausente, mas acreditamos que esta resposta ainda seja insuficiente, na medida em que a alteração do nome não afeta a manutenção dos vínculos parentais, que podem acarretar a eventual atribuição de alimentos e de futura sucessão deste filho abandonado. Para tanto, foi utilizada uma metodologia básica, qualitativa e bibliográfica.

---

148 Doutoranda em ciências jurídicas privatísticas na Universidade do Minho, Braga, Portugal. Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco, Brasil. Pesquisadora do CONREP/UFPE e Professora de Direito de Família e Sucessões. Instagram: @professorapatriciarocha. E-mail: patriciarochamcz@hotmail.com

**Palavras-chave:** Parentalidade – Abandono afetivo – Desfiliação.

**Abstract:** According to Article 226(7) of the Federal Constitution of 1988, “children, whether or not they are born of the marriage relationship, or by adoption, shall have the same rights and qualifications, prohibited any discriminatory designations related to filiation”, being possible the recognition of the legal bond between the ascendants to their immediate descendants voluntarily or through judicial provocation. Brazilian law, however, provides for hypotheses in which the parental relationship can be disconstituted, both on the initiative of the parents, as well as by the child, but, in the latter case, conditioning the exercise of this right to a time limit. Although the jurisprudence has been making this period more flexible in case of replacement of the parental bond, this article proposes to discuss the exclusion of parenthood, regardless of term, in the hypotheses of affective abandonment, from the conception of an existential right of the child based on the principle of human dignity. On the subject, it is important to state the existence of judicial decisions that admit the exclusion of the surname of the absent father or mother, but we believe that this response is still insufficient, since the change of name does not affect the maintenance of parental ties, which may lead to the eventual allocation of maintenance and future succession of this abandoned child. To this end, a basic, qualitative and bibliographic methodology was used.

**Keywords:** Parenting – Affective abandonment – Disaffiliation.

## INTRODUÇÃO

O estado de filiação, vínculo jurídico que une os ascendentes a seus descendentes imediatos, pode ser reconhecido espontaneamente ou mediante provocação judicial, seja a sua origem biológica ou socioafetiva.

A legislação brasileira, contudo, permite a desconstituição da relação parental por iniciativa dos pais quando os fatos contradigam a presunção legal de parentalidade (art. 1.601 do Código Civil de 2002) ou em caso de o reconhecimento voluntário ter ocorrido em face de erro ou falsidade (art. 1.604 do Código Civil de 2002), tendo a jurisprudência relativizado o rompimento dos vínculos parentais nestas situações quando presente uma socioafetividade consolidada pelo tempo, com vista a proteger o superior interesse da criança e do adolescente.

Acrescente-se ainda que a filiação também pode ser desconstituída por iniciativa do filho por mera manifestação de vontade, desde que promovida a

respectiva ação nos quatro anos que se seguirem à maioridade ou à emancipação (art. 1.614 do Código Civil de 2002). A jurisprudência, não obstante, vem também flexibilizando o referido prazo quando houver substituição no campo da filiação, ou seja, quando, além de excluir o ascendente que constava no registro, o filho pretende reconhecer o vínculo parental com outra pessoa.

Este artigo, por sua vez, pretende analisar a hipótese em que, escoado este prazo de quatro anos após a maioridade ou a emancipação, o filho ainda tenha interesse de promover o rompimento do vínculo parental, sem precisar incluir outra pessoa no lugar do ascendente excluído, quando configurada a situação denominada abandono afetivo.

O abandono afetivo está centrado na premissa segundo a qual, diante do princípio constitucional da parentalidade responsável, os pais não podem se eximir do dever de cuidado com seus filhos menores, pois “amar é faculdade, cuidar é dever”. Neste sentido, o convívio com os pais e familiares é fundamental para o pleno desenvolvimento e a formação da personalidade da criança e do adolescente, e o seu inadimplemento pode gerar consequências psicológicas graves e irreversíveis, que, muitas vezes, somente são compreendidas na vida adulta.

Por esta razão, defendemos que a desfiliação da parentalidade paterna ou materna (ou ambas) quando configurado o abandono afetivo apresenta-se como um direito existencial do filho, que deveria poder ser exercido a qualquer tempo, constituindo um novo fenômeno jurídico que o Direito deve contextualizar no sistema normativo.

Apesar de não ter sido encontrada nenhuma decisão sobre o assunto proposto neste artigo, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a exclusão do sobrenome do pai ou da mãe que abandonou o filho, em prol da dignidade deste, mas acreditamos que esta resposta ainda seja insuficiente, na medida em que a supressão do patronímico do registro terá uma mera simbologia de ruptura, quando ali permaneça mantida a identificação da parentalidade, permitindo, inclusive, que este pai e/ou mãe ausente possa vir a se beneficiar de eventual pedido de alimentos e na futura sucessão do filho abandonado.

Com o escopo de se chegar ao resultado esperado, que reflita a temática abordada, a pesquisa será, quanto à natureza, básica e, quanto à abordagem do problema, será qualitativa, já que preocupada com aspectos da realidade que não podem ser quantificados. Ademais, sobre o procedimento técnico, a pesquisa será bibliográfica, utilizando livros e artigos jurídicos publicados em meios convencionais e eletrônicos, além dos dispositivos legais em vigor sobre a matéria.

## 1. A CONSTITUIÇÃO E DESCONSTITUIÇÃO DA PARENTALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O instituto da filiação passou por profundas modificações, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual ficou expressamente consignada a vedação de tratamento diferenciado quanto às diversas formas de constituição desse parentesco.

Corroborando a ideia de multiplicidade de vínculos parentais, o art. 1.593 do Código Civil de 2002 prevê que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Desta forma, o ordenamento jurídico brasileiro acabou por consagrar o parentesco biológico, compreendido como aquele derivado da transmissão da carga genética dos pais aos filhos, que pode se configurar através das hipóteses de presunção legal consignadas no art. 1.597 daquele diploma legal ou da verificação da verdade real da consanguinidade por meio de exame de DNA, mas, também, o parentesco socioafetivo, pelo qual o *status* de pai e/ou de mãe se dá por manifestação de vontade, ou seja, quando a(s) pessoa(s) assume(m) voluntariamente uma função parental perante outra, tratando-a e responsabilizando-se perante esta como se pai e/ou mãe fosse, através da adoção e da socioafetividade em sentido estrito.

A parentalidade presumida é fundada na ideia de fidelidade da mulher casada ou pode decorrer da submissão às técnicas de reprodução humana assistida para a concretização de um projeto parental, como se depreende do citado art. 1.597 do Código Civil de 2002, que aqui transcrevemos:

“Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

Acontece que esta é uma presunção relativa, que admite prova em contrário, tanto que o art. 1.601 do Código Civil de 2002 permite ao marido “o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”. Em que pese a legislação não estabelecer qualquer restrição ao exercício

da ação negatória de paternidade pelo pai “enganado”, exigindo tão somente a demonstração de divergência entre a paternidade ficta e a verdade real, a jurisprudência brasileira vem ponderando os interesses das partes envolvidas nesta demanda para julgar improcedente a ação quando comprovada a consolidação do vínculo afetivo por meio da convivência familiar, em nítido caráter protecionista da infância e da juventude, parte mais vulnerável no âmbito deste conflito parental.

Quando os pais, por outro lado, não são casados ou, mesmo desfrutando desse estado civil, não se enquadram nas situações acima descritas, o reconhecimento da parentalidade pode ocorrer por livre e espontânea manifestação de vontade, que pode ser feita no registro do nascimento, por escritura pública, escrito particular a ser arquivado em cartório, por testamento ou por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém, nos termos do art. 1.609 do Código Civil de 2002.

O legislador brasileiro consigna ainda que o reconhecimento voluntário da filiação não pode ser revogado, sob pena de se deixar o filho sujeito ao arbítrio dos pais, mas admite a anulação do registro de nascimento quando tiver ocorrido erro ou falsidade, pois, neste caso, a manifestação de vontade estaria viciada (art. 1.604 do Código Civil de 2002). Também nesta situação, demonstrado que o filho reconhecido já construiu uma referência paterna com o pai registral, o pedido de invalidação do vínculo familiar não deverá prosperar, privilegiando, assim, “o histórico fático de vivência da parentalidade”<sup>149</sup>.

Nestas duas situações, o pedido de desfazimento da relação parental ocorre em função da firme crença da inexistência de vínculo biológico entre quem registra, seja por presunção ou por manifestação de vontade, e aquele que é reconhecido como filho, subordinando a análise da pretensão, contudo, não apenas à verificação da coincidência biológica, mas também, em caso de resultado negativo, a identificação de paternidade socioafetiva. Por este motivo não cabe o manejo das referidas ações quando o reconhecimento da filiação se dá com quem, de antemão, se sabe não possuir vínculo biológico<sup>150</sup>.

Além das hipóteses de desconstituição da filiação por iniciativa dos pais, o art. 1.614 do Código Civil de 2002 possibilita a impugnação do reconhecimento pelo filho, por mera manifestação de vontade, “nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação”. Perceba-se que as ações, cuja legitimidade é

---

149 SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio - A práxis do direito brasileiro e o dimensionamento da tutela aos interesses de pais e filhos nas ações desconstitutivas de parentalidade. In TEPEDINO, Gustavo; ALMEIDA, Vitor (coord.) - *Trajetórias do direito civil: estudos em homenagem à professora Heloísa Helena Barboza*. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2023. ISBN 978-65-5515-764-2. p. 359.

150 SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio - *ob. cit.*, p. 353.

atribuída aos pais, são imprescritíveis, enquanto a ação promovida pelo filho fica subordinada a um limite temporal. Apesar desta previsão legal quanto ao prazo, a jurisprudência vem relativizando a sua aplicação, permitindo a propositura da ação de impugnação da filiação após o seu escoamento quando, além da desconstituição do vínculo parental com o pai e/ou mãe registral, o filho busca a constituição da parentalidade com outra(s) pessoa(s), ou seja, quando houver substituição do pai e/ou da mãe no registro de nascimento, independente da consolidação dos vínculos afetivos com o(s) pai(s) excluído(s).

Este artigo, por sua vez, propõe a ampliação do exercício do direito de excluir os vínculos de paternidade e/ou maternidade por iniciativa do filho, mesmo após o esgotamento do prazo de quatro anos após a sua maioridade ou emancipação e sem precisar incluir outra pessoa no lugar do ascendente excluído, quando configurada a situação denominada abandono afetivo, que será analisada no próximo capítulo.

## **2. O AFETO COMO VALOR JURÍDICO E SUA REPERCUSSÃO NO CAMPO DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da liberdade de planejamento familiar como manifestação da autonomia privada quando à decisão de construção de um projeto parental, mas entrelaça o seu exercício ao princípio da parentalidade responsável, segundo o qual “os pais devem arcar com o ônus e o bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não”<sup>151</sup>. Isso significa que ninguém é obrigado a ter filhos, mas, se os têm, por “dolo direto ou eventual” (porque quis ou assumiu o risco de tê-los), deve assumir as responsabilidades pelo seu cuidado, em especial durante a sua infância e adolescência.

Neste sentido, pondera Catarina Oliveira que

“A autonomia da vontade antecede as relações parentais, estando no âmbito do planejamento familiar, mas, uma vez que já exista a relação jurídica sobre a qual incidam as normas do poder familiar, o cuidado será obrigatório e a responsabilidade estará

---

151 PEREIRA, Rodrigo da Cunha - *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. ISBN 978-85-309-9046-6. p. 390.

presente nas diferentes modalidades de deveres que integrarão a situação jurídica dos pais<sup>152</sup>.

Por esta razão, afirmam Antônio Jorge Pereira Junior e Ana Mônica Anselmo de Amorim que “pais e filhos são credores e devedores do negócio jurídico familiar”, cujo adimplemento não se satisfaz apenas com a assistência material, ou seja, “não basta só colocar o filho no mundo (genitor) e custear suas despesas<sup>153</sup>, é preciso também efetivar o seu direito à convivência familiar, a fim de possibilitar o pleno desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente.

Afinal, após profundas mudanças na estrutura e função da autoridade parental, o foco de tutela constitucional passou a ser os filhos menores, enquanto pessoas em desenvolvimento que merecem diferenciada e integral proteção do Estado, da família e da sociedade, sobressaindo “sua função existencial, visto que se configura em ofício cujo escopo é a promoção das potencialidades criativas e humanas dos filhos<sup>154</sup>, para que estes possam alcançar sua autonomia na vida adulta.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira

“o dever de criar começa com a concepção, pois tem sua gênese no início da existência da criança. A partir daí, dura enquanto obrigação jurídica até que o filho alcance a maioridade. A criação está diretamente ligada ao suprimento de suas necessidades biopsíquicas, o que a atrela à assistência, ou seja, à satisfação das necessidades básicas, tais como cuidados na enfermidade, orientação moral, o apoio psicológico, as manifestações de afeto, o vestir, o abrigar, o alimentar, o acompanhar física e espiritualmente<sup>155</sup>.

---

152 OLIVEIRA, Catarina - Poder familiar na perspectiva do direito civil-constitucional e a necessária interferência da sociedade e do Estado para o melhor interesse de crianças e adolescentes. In EHRHRDT JUNIOR, Marcos; LÔBO, Fabiola Albuquerque; ANDRADE, Gustavo (coord.) - *Direito das relações familiares contemporâneas: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. ISBN 978-85-450-0700-5. p. 303.

153 PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de - Desfiliação - a autonomia privada como fundamento para a desconstituição do vínculo paterno-filial. In MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.) - *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. ISBN 978-85-450-0585-8. pp. 425-426.

154 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado - Autoridade parental e o aspecto finalístico de promover o desenvolvimento e bem-estar da criança e do adolescente. In MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coord.) - *Direito das famílias: por juristas brasileiras*. 2.ª ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2022. ISBN 978-65-5515-563-1. p. 427.

155 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado - *ob. cit.*, p. 428.

Corroborando este entendimento, Isabella Silveira Castro proclama que os pais devem fazer parte de um longo projeto educativo, o que exige, através do exercício da autoridade parental, “no plano dos fatos, um partilhar de vida, ou seja, exige convivência. É impossível cuidar e educar sem estar presente, alimentando os vínculos de intimidade e afeto próprios das relações familiares”<sup>156</sup>. Ora, “se a família é o *lugar* de realização pessoal, o *meio* será pela convivência”<sup>157</sup>.

Pode ocorrer, contudo, de a família não cumprir a sua função, negligenciando o exercício da autoridade parental e, com isso, comprometendo o sadio e pleno desenvolvimento dos filhos, o que deu ensejo à teoria do abandono afetivo, pela qual é reconhecido o direito à indenização por danos morais diante do descumprimento do dever de cuidado dos pais em face dos filhos menores, promovendo a interdisciplinaridade entre o Direito das Famílias e o Direito das Obrigações. Mas a interlocução entre essas disciplinas jurídicas nem sempre foi aceita no Brasil, como ensina Marcos Ehrhardt Junior:

“O dever jurídico de não causar dano a outrem e a obrigação de buscar, quando possível, a reparação do dano injustamente infligido a outro sujeito de direito há muito tempo são objeto de estudo do Direito Obrigacional. Antes do advento da Constituição Federal de 1988, a disciplina Direito de Danos, comumente estudada sob a denominação responsabilidade civil, a despeito de lúcidos posicionamentos doutrinários em sentido contrário, estava circunscrita a situações eminente emente patrimoniais, vale dizer, englobando apenas a proteção de bens mensuráveis em dinheiro. Nesse período, era comum encontrar nas decisões jurisprudenciais o argumento de que a dor não teria preço, que não se poderia monetizar sentimentos, motivo pelo qual se afastava a possibilidade de se pleitear indenização para compensar uma violação de direito extrapatrimonial, ou seja, bens que não podem ser avaliados em dinheiro”<sup>158</sup>.

---

156 CASTRO, Isabella Silveira - Abandono afetivo: reflexões críticas a partir dos posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça. In MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coord.) - *Direito das famílias: por juristas brasileiras*. 2.ª ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2022. ISBN 978-65-5515-563-1. p. 712.

157 OLIVEIRA, Catarina Almeida de - Reflexões acerca da patrimonialização das relações parentais para a concretização de direitos fundamentais de crianças e adolescentes no poder familiar. In EHRAHRT JUNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola Albuquerque (coord.) - *Constitucionalização das relações privadas: fundamentos de interpretação do direito privado brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. ISBN 978-65-5518-564-5. p. 75.

158 EHRAHRT JUNIOR, Marcos - Breves notas sobre a responsabilidade civil no direito das famílias. In EHRAHRT JUNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola Albuquerque; ANDRADE, Gustavo (coord.) - *Direito das relações familiares contemporâneas: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. ISBN 978-85-450-0700-5. p. 383.

Neste sentido, somente em 2012, a 3.<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.159.242/SP, proclamou a inexistência de restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família, reconhecendo que a imposição legal de cuidar dos filhos, quando descumprida, implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Em suma, como ficou consignado no voto da relatora, Min. Nancy Andrighi, “amar é faculdade, cuidar é dever”<sup>159</sup>.

Sobre o assunto, explica Rodrigo da Cunha Pereira que “qualquer pessoa, da infância à velhice, para estruturar-se como sujeito e ter um desenvolvimento saudável, necessita de alimentos para o corpo e para alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto, no sentido de cuidado”. Esclarece, entretanto, que, no campo jurídico, o afeto “é uma ação, uma conduta, presente ou não o sentimento. Portanto, está na categoria dos deveres que podem ser impostos como regra jurídica. E, a toda lei deve corresponder uma sanção, sob pena de se tornar mera regra ou princípio moral”<sup>160</sup>.

Em outro julgado, o Recurso Especial n.º 1.887.697/RJ, também de relatoria da Min. Nancy Andrighi, a mesma 3.<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça corroborou este entendimento, informando que “o dever jurídico de exercer a parentalidade de modo responsável compreende a obrigação de conferir ao filho uma firme referência parental, de modo a propiciar o seu adequado desenvolvimento mental, psíquico e de personalidade”, razão pela qual “se de sua inobservância resultarem em traumas, lesões ou prejuízos perceptíveis na criança ou adolescente, não haverá óbice para que os pais sejam condenados a reparar os danos experimentados pelo filho”<sup>161</sup>.

Trazendo uma crítica reflexiva sobre essa questão da repercussão patrimonial como decorrência do abandono afetivo, Catarina Oliveira pondera que a possibilidade de exigir multas e indenizações pecuniárias para forçar o cumprimento dos deveres parentais ou converter a prestação existencial desses deveres em obrigação de reparar perdas e danos, habitualmente de maneira econômica, “parece desconectada da realidade socioeconômica do país”, na medida em que atinge, possivelmente, uma parcela quase irrelevante da população brasileira, “considerando a quantidade de pessoas com patrimônio suficiente para garantir

---

159 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.159.242/SP. Disponível em: STJ\_RES\_1159242\_a95ca.pdf (jurisprudencia.s3.amazonaws.com). Acesso: 30/09/2023.

160 PEREIRA, Rodrigo da Cunha - *ob. cit.*, p. 385.

161 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.887.697/RJ. Disponível em: STJ\_RES\_P\_1887697\_7365c.pdf (jurisprudencia.s3.amazonaws.com). Acesso: 30/09/2023.

suas obrigações<sup>162</sup>, razão pela qual propõe se pensar em novas soluções para esse tipo de conflito familiar.

É preciso consignar, por oportuno, que o Código Civil de 2002, no art. 1.637, já estabelece a pena de suspensão do poder familiar aos pais que faltarem aos deveres àquele inerentes, bem como sujeita à sua perda aqueles que deixam o filho em abandono (art. 1.638 do Código Civil de 2002). Entendemos, contudo, que esta resposta legislativa é insuficiente, razão pela qual este artigo defende a possibilidade de desfiliação por abandono afetivo, que importaria na exclusão do parentesco em face do descumprimento do dever de cuidado, o que será objeto de análise no próximo capítulo.

### 3. A DESFILIAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

Para Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza, “o registro, ao atribuir o estado de filiação, diz respeito principalmente a criação de uma identidade e fixação ampla do parentesco, o que serve de referência para o desenvolvimento de qualquer pessoa<sup>163</sup>, razão pela qual, mais do que imputar uma repercussão material ou no campo da autoridade parental, que se extingue com a maioridade ou emancipação dos filhos, entendemos que o abandono afetivo deve ecoar na esfera da parentalidade.

A 3.<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.304.718/SP, de relatoria do Min. Paulo De Tarso Sanseverino, já permitiu, timidamente, a exclusão do sobrenome do pai e/ou da mãe que abandonou o filho por entender que, nesta situação, haveria justo motivo para a retificação do assento de nascimento. De acordo com o art. 56 da Lei n.º 6.015/73, é possível, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, a alteração do nome, desde que essa mudança preserve os apelidos de família. Ademais, é previsto, no art. 57 da mesma Lei, a possibilidade de alteração do nome, de maneira excepcional e por justo motivo, mediante apreciação judicial e após ouvido o Ministério Público. Para esta Corte, há necessidade de flexibilização desta última hipótese devido ao papel que o nome desempenha na formação e consolidação da personalidade de uma pessoa, acolhendo, pois, o pedido de supressão em decorrência do abandono

---

162 OLIVEIRA, Catarina Almeida de - *ob. cit.*, p. 77.

163 SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio - *ob. cit.*, p. 358.

afetivo por ser medida que respeita a vontade do filho abandonado e preserva sua integridade psicológica perante a unidade familiar concreta<sup>164</sup>.

Acreditamos, contudo, que a mera supressão do patronímico familiar do nome no registro acarretará uma mera simbologia de ruptura, na medida em que o vínculo parental estará imune ao abandono afetivo. É preciso compreender a desfiliação da parentalidade como um direito existencial do filho, constituindo um novo fenômeno jurídico que o Direito deve contextualizar no sistema normativo.

Por esta razão, na esteira do que proclamam Antônio Jorge Pereira Junior e Ana Mônica Anselmo de Amorim, defendemos que a inviolabilidade do vínculo paterno-filial deve ceder espaço a uma paternidade responsável<sup>165</sup>, não subordinando o desfazimento da filiação a um critério temporal ou à necessária substituição dos atores que exercem as funções parentais. Estes autores defendem a desfiliação

“dentro de uma ótica da autonomia privada, em que o sujeito que por toda a vida viu seu pai como um estranho, como um simples genitor (na acepção de pessoa que cedeu o material genético), pretende agora excluí-lo de forma definitiva de sua árvore genealógica, de seu assento de nascimento e, principalmente, como elemento de sua família”<sup>166</sup>.

A possibilidade de desconstituição do vínculo parental como decorrência do abandono afetivo teria o condão, inclusive, de evitar que o pai e/ou mãe que faltou com os deveres oriundos da autoridade parental possam vir a se beneficiar, no futuro, de uma obrigação alimentar a ser suportada pelo filho abandonado ou de sua herança após a sua morte.

Acerca dos alimentos, a ideia de reciprocidade da obrigação, estampada no art. 1.694 do Código Civil de 2002, vem fazendo com que a jurisprudência reconheça a ilegitimidade do pai e/ou da mãe que não cumpriu com o dever de sustento para pleitear alimentos ao filho abandonado. Cabe questionar, entretanto, se o mero aporte de recursos financeiros na subsistência do filho é suficiente para caracterizar tal reciprocidade, especialmente quando ausente o cumprimento do dever de cuidado no âmbito da esfera existencial.

No que diz respeito ao campo das sucessões, a exclusão do direito de herança aos ascendentes, como herdeiros necessários que são, está limitada à verificação

---

164 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.304.718/SP. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo De Tarso Sanseverino. Data de Julgamento: 18/12/2014. Disponível em: STJ\_RESP\_1304718\_c3056.pdf (jurisprudencia.s3.amazonaws.com). Acesso: 30/09/2023.

165 PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de - *ob. cit.*, p. 428.

166 PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de - *ob. cit.*, p. 430.

da ocorrência de uma das hipóteses taxativas de indignidade (art. 1.814 do Código Civil de 2002)<sup>167</sup> ou de deserção (art. 1.963 do Código Civil de 2002)<sup>168</sup>. Neste sentido, embora o desamparo esteja elencado no inciso IV do art. 1.963 do Código Civil de 2002 como causa de deserção, a referida pena somente pode ser aplicada quando a ausência de assistência material ou moral se der em face de descendente com deficiência mental ou grave enfermidade. Assim, o mero abandono afetivo não é causa de deserção, garantindo, por consequência, ao pai e/ou mãe que, deliberadamente, não cumpriu a sua função parental de cuidado, no mínimo, sua parcela quanto aos bens da legítima do filho abandonado (art. 1.846 do Código Civil de 2002)<sup>169</sup>.

Sobre a repercussão do abandono afetivo no direito hereditário, há o Projeto de Lei sob o n.º 867/2011 (original PLS n.º 118/2010), que pretende aumentar significativamente o rol de situações que geram a exclusão do sucessor por indignidade. Segue a redação propugnada para o art. 1.814 do Código Civil de 2002:

“Art. 1.814. Fica impedido de suceder, direta ou indiretamente, por indignidade, aquele que:

I – na condição de autor, coautor ou partícipe, tenha praticado ou tentado praticar, dolosamente, qualquer ato que importe em ofensa à vida ou à dignidade sexual do autor da herança ou de seu cônjuge, companheiro ou parente, por consanguinidade ou afinidade, até o segundo grau;

II – na condição de autor, coautor ou partícipe, tenha praticado ou tentado praticar, dolosamente, qualquer ato que importe em ofensa à honra, à integridade física, à liberdade ou ao patrimônio do autor da herança;

167 Art. 1.814. “São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.”

168 Art. 1.963. “Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserção dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.”

169 Art. 1.846. “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.”

**III – sem justa causa, tenha abandonado ou desamparado o autor da herança, especialmente aquele que, tendo conhecimento da paternidade ou maternidade do filho, não a tenha reconhecido voluntariamente durante a menoridade civil;**

IV – por violência ou qualquer meio fraudulento, inibir ou obstar o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade, furto, roubo, destruição, ocultar, falsificar ou alterar o testamento ou codicilo do falecido, incorrendo na mesma pena aquele que, mesmo não tendo sido o autor direto ou indireto de qualquer desses atos, fizer uso consciente do documento viciado.

Parágrafo único. Para efeito do disposto nos incisos I e II do caput deste artigo, incluem-se entre os atos suscetíveis de gerar declaração de indignidade quaisquer delitos dos quais tenham resultado a morte ou a restrição à liberdade do autor da herança ou de seu cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão” (grifo nosso)<sup>170</sup>.

Por todo o exposto, concluímos que a exclusão do nome do pai e/ou da mãe do assento de nascimento é medida que se impõe como respeito à autonomia privada, à personalidade e à dignidade da pessoa humana do filho abandonado, mesmo que se mantenha o local destinado a parentalidade em branco, devendo ser tal direito considerado imprescritível.

## CONCLUSÃO

É preciso pensar a desfiliação como uma possibilidade de rompimento do laço parental por descumprimento do dever de cuidado, ou seja, reconhecer a legitimidade de repudiar a paternidade ou maternidade, sem precisar expor motivo, razão ou fundamento, tampouco subordinar essa pretensão a um marco temporal ou à necessidade de colocação de um substituto no registro civil do filho que foi abandonado afetivamente.

A desfiliação por abandono afetivo, portanto, representaria a concretização da autodeterminação da pessoa, permitindo-lhe decidir sobre circunstâncias existenciais de sua própria vida, respeitando a sua identidade diante da realidade fática, e não meramente documental, da sua família.

Além de garantir a tutela de seus direitos da personalidade, a exclusão do nome do pai e/ou da mãe que abandona afetivamente o filho do seu registro de nascimento promoveria a garantia de que o filho não venha a ser obrigado a

---

170 BRASIL. Projeto de Lei n.º 867/2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=496851>. Acesso: 30/09/2023.

custear alimentos àquele que foi omissos em sua função parental, bem como que este possa ser seu herdeiro.

# **A VALORAÇÃO DO PERCURSO DO JOVEM DELINQUENTE NA DETERMINAÇÃO DA PENA: A JURISPRUDÊNCIA DE COMO JULGAR E DE COMO NÃO JULGAR**

Rui Caria<sup>171</sup>

**Sumário:** Introdução. **1.** O arguido “D” e o crime de “D”. **2.** A jovem vida de “D”. **3.** O recurso de “D”. **4.** A jurisprudência de como julgar: requisitos para a aplicação da atenuação especial da pena. **5.** A jurisprudência de como não julgar: a caracterização e condenação de “D”. **6.** As insuperáveis inconsistências da condenação de “D”. Conclusões – as perguntas que sobram.

**Resumo:** O Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro, consagra o Regime Penal Aplicável a Jovens Delinquentes. Este procurou introduzir um conjunto de soluções especializadas para os jovens imputáveis, apoiando-se no ideal socializador que pressupõe a sua capacidade de ressocialização. Na prática, a sua aplicação tem sido reduzida a apenas uma das ferramentas que oferece: a atenuação especial da pena prevista no seu artigo 4.º. A jurisprudência produzida quanto à possibilidade de aplicação desta atenuação especial é terreno fértil para colher várias ideias quanto à vitalidade da crença na capacidade de ressocialização, valoração do percurso do jovem na determinação da pena e sobre o estado da própria política criminal no que respeita ao tratamento de jovens. Na jurisprudência de diferentes instâncias dos nossos tribunais, é possível identificar duas correntes: uma que se mantém fiel à *ratio* humanista que inspirou o diploma original, orientada para a ressocialização do jovem; uma outra que aparenta rejeitar categoricamente a possibilidade de ressocialização. Apesar de chegarem a conclusões diferentes relativamente à atenuação da pena, ambas as correntes se apoiam em provas que traçam percursos semelhantes relativamente a diferentes jovens. O mesmo crime, praticado por agentes em circunstâncias

---

171 Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Bolseiro da FCT) e Assistente-Convidado na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Email: rui.caria@fe.uc.pt

análogas, invoca reações diferentes por parte do sistema de justiça penal. É este o problema que nos propomos compreender, analisando a jurisprudência dos tribunais superiores e verificando a conformidade da sua fundamentação com as finalidades preventivas do direito penal e com a ciência relativa ao desenvolvimento dos jovens atualmente consolidada.

**Palavras-chave:** Direito penal – Delinquência juvenil – Regime Penal Aplicável a Jovens Delinquentes – Determinação da medida da pena – Jurisprudência.

**Abstract:** The Law-Decree no. 401/82, of September the 23<sup>rd</sup>, puts forth the Special Regime for Young Offenders. It sought to introduce special solutions for young liable offenders, basing itself on the social principle that recognizes their capacity for rehabilitation. In practice, it has seen limited action, based on a single one of its tools: the special mitigation of the prison sentence based on its Article 4. The jurisprudence so far produced by our courts regarding this possibility of special mitigation of the prison sentence proves itself as fertile ground to pick ideas about the belief in rehabilitation, valuation of the young offender's life course in sentencing and about the state of criminal policy regarding its treatment of young offenders. It is possible to identify two positions taken by the courts: one that is loyal to the humanist ideas that inspired this law; another that apparently rejects the possibility of rehabilitation. Despite reaching different conclusions regarding the mitigation of the prison sentence, both positions use the same evidence regarding similar life-courses of young offenders. The same crime, committed by the same person in similar circumstances, earns different reactions by the criminal justice system. This is the problem we aim to understand, analysing the jurisprudence of the superior courts and comparing it to the aims of the preventive goals of criminal law and the science of development.

**Keywords:** Criminal law – Juvenile delinquency – Special regime for young offenders – Sentencing – Jurisprudence

## INTRODUÇÃO

Os desencontros entre a teoria e a prática não são estranhos aos juristas – apesar de crermos que aqueles que travam a sua luta nas trincheiras dos tribunais mais frequentemente se deparam com as paisagens destas inconsistências. O ramo do direito penal pesa com estes frutos. O diálogo entre ciência de prevenção criminal, prevenção criminal enquanto fim das penas, e concretização prática da

prevenção criminal, por vezes, parece uma conversa entre pessoas que se esforçam por contar, umas por cima das outras, uma história diferente, quando, na verdade, se referem à mesma verdade.

As decisões judiciais que os nossos tribunais vão compondo refletem frequentemente este problema particular. No âmbito penal, revelam-se injustiças ao nível da condenação, mas também da sua fundamentação. No que à condenação diz respeito, as penas “pesam” relativamente à gravidade dos factos – sendo esta, mais vezes do que seria desejável, inflacionada por discursos alarmistas<sup>172</sup> – e mostra-se incompatível com a complexidade do contexto que os rodeia.

A última observação só é possível de compreender através de uma reflexão cuidada sobre o fundamento da decisão e a sua relação com o agente e o seu contexto. Neste exercício, vê-se como ao discurso alarmista se junta o discurso moralista, em que o agente é mais do que aquele que praticou um crime, sendo-lhe apontado algo de irreparável e contrário à vida em sociedade.

Com isto queremos dizer que decisões judiciais no âmbito penal, apesar de deverem procurar a concretização do ideal socializador – que deriva da nossa própria constituição –, ao invés, revelam um discurso que exagera a gravidade e a frequência de determinados crimes, reduz o agente a um ser antissocial ao mesmo tempo que ignora o seu contexto, indo, desta maneira, ao encontro da retribuição. Tragicamente, encontram-se decisões desta natureza sobre crimes praticados por jovens. Resulta que, relativamente a um grupo caracterizado por vulnerabilidades graves no seu percurso de vida, e que persistem no momento da sua juventude, onde deveria haver uma especial atenção e apoio por parte de um Estado que também é social, existem condenações em penas longas apoiadas em fraca fundamentação jurídica e científica, juízos de valor e opiniões pessoais.

Como não pode deixar de ser, há que apresentar prova e fundamentar estas acusações – caso contrário, para além de não atingirmos o objetivo do nosso estudo, caímos em hipocrisia. Neste estudo, pretendemos analisar decisões judiciais onde encontramos muitos dos problemas até agora elencados, utilizando maus exemplos para alcançar boas soluções.

## 1. O ARGUIDO “D” E O CRIME DE “D”

---

172 Sobre isto, veja-se o nosso, CARIA, Rui - O direito penal da prevenção como resposta ao populismo penal: as emoções públicas como dimensões menosprezadas da política criminal. *ULP Law Review*. V 15, N 1 (2021).

Os factos que compõem a história que se segue resultam do Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (TRE), de 24 de setembro de 2019, processo n.º 160/17.1GBLGS. E1, em que é relator José Maria Martins Simão<sup>173</sup>.

Na zona do Algarve, um grupo de cinco agentes organizou-se com o propósito de se introduzir em residências e de lá retirar e apropriar-se de todos os bens facilmente transacionáveis que encontrasse (nomeadamente, objetos em metais preciosos, dispositivos eletrónicos e dinheiro), para mais tarde os vender. Levou a cabo este esquema durante vários meses e realizou-o em mais de uma dezena de residências.

O Tribunal Judicial da Comarca de Faro (TCF), no seu acórdão de 7 de março de 2019, condenou os vários arguidos no processo por crimes de furto qualificado. Inconformados com esta decisão, vários arguidos recorreram. É o conteúdo e conclusões desta decisão, e do recurso produzido pelo TRE, que nos vão ocupar neste estudo. Particularmente no que diz respeito ao arguido “D”, condenado, operando o cúmulo jurídico, numa pena única de 10 anos de prisão.

## 2. A JOVEM VIDA DE “D”

Fazia parte deste grupo um rapaz a que o acórdão se refere como “D”. Este rapaz tinha 18 anos à data dos factos e 19 anos à data da condenação. Era o mais novo de três filhos do casal progenitor, tendo cinco irmãos uterinos mais velhos. A separação dos seus pais ocorreu quando este tinha apenas dois anos de idade, ficando este aos cuidados da sua mãe, não tendo, sequer, qualquer recordação do seu pai. O próprio acórdão refere que o seu “processo de desenvolvimento decorreu no seio de uma família de baixo estrato socioeconómico e cultural”<sup>174</sup>.

Apesar de ter iniciado o seu percurso escolar em idade normativa, chegando a concluir o 9.º ano de escolaridade, não conseguiu terminar o curso de cozinha que lhe daria equivalência ao 12.º ano de escolaridade. Tinha intenções de ingressar noutro curso, mas, devido à falta de oferta por parte da escola que frequentava, acabou por decidir pelo abandono escolar. Após o abandono escolar, o seu percurso laboral reduziu-se a um ano de atividade como vigilante de piscina num estabelecimento hoteleiro. Depois de terminada essa atividade, permaneceu no desemprego, período onde começou a frequentar o café explorado por aqueles

---

173 Disponível em: <http://www.gde.mj.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/da053bb4f42497b18025848f0040ec90?OpenDocument>.

174 ACÓRDÃO do Tribunal da Relação de Évora, de 24.09.2019, *cit.*, II – Fundamentação – 1.59.

que seriam dois dos seus coarguidos no processo que culminou na sua condenação. Segundo a sua mãe, foi nesta altura “que o seu comportamento se alterou”<sup>175</sup>.

“D” não apresentava quaisquer contactos anteriores com o sistema de justiça e não padecia de qualquer problemática aditiva.

### 3. O RECURSO DE “D”

Tendo sido condenado a uma pena única de 10 anos com 19 anos de idade (quase metade da vida que vivera até então), “D” decide recorrer da decisão do TCF, apresentando o seu recurso perante o TRE.

A principal questão a ver reapreciada (e na qual nos vamos concentrar) prende-se com a aplicação do regime especial para jovens delinquentes, que não foi aplicado pelo tribunal *a quo*. O Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro, consagra o Regime Penal Aplicável a Jovens Delinquentes<sup>176</sup>. Este procurou introduzir um conjunto de soluções especializadas para os jovens imputáveis entre os 16 e os 21 anos, apoiando-se no ideal socializador que pressupõe a sua capacidade de ressocialização. Na prática, a sua aplicação tem sido reduzida a apenas uma das ferramentas que oferece<sup>177</sup>: a atenuação especial da pena prevista no seu artigo 4.º. Era desta atenuação que “D” entendia merecer beneficiar, possibilidade que lhe foi negada pelo tribunal de primeira instância.

Nas conclusões do seu recurso, pode ler-se como esta atenuação especial seria crucial para “D”, podendo culminar na suspensão da execução da pena: “o recorrente requer ainda que, em consequência da aplicação dessa normal especial para jovens até 21 anos de idade que a pena que lhe vier a ser aplicada não seja superior a cinco anos, devendo, em consequência disso, ser suspensa na sua execução”<sup>178</sup>.

---

175 *Idem, ibidem*.

176 Adiante, regime especial ou regime penal para jovens.

177 Para várias críticas às limitações deste regime e à sua ineficácia relativamente aos seus objetivos: FIGUEIROA, Filipa de - «Punição no limiar da idade adulta»: o regime penal especial para jovens adultos e, em especial, a interactividade entre penas e medidas tutelares educativas. *Julgar*. N 11 (2010), p. 163; CUNHA, Conceição - Respostas à Delinquência Juvenil. Do internamento para a Liberdade: Primeiros Passos para a Inserção Social dos Jovens. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 26 (2016), p. 450; e MIRANDA PEREIRA, Luís de - O Primado da Prevenção como Objectivo de uma Nova Política Criminal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (1995), p. 96.

178 ACÓRDÃO do Tribunal da Relação de Évora, de 24.09.2019, proc. n.º 160/17.1GBLGS.E1, *cit.*, I – Relatório, motivação do recurso de “D”, alínea T).

Com o recurso procurava-se, portanto, uma solução mais adequada à ressocialização do jovem “D”, em alinhamento com o idealizado pelo regime especial para jovens delinquentes de que este poderia beneficiar.

#### **4. A JURISPRUDÊNCIA DE COMO JULGAR: REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA ATENUAÇÃO ESPECIAL DA PENA**

Antes de compreendermos a razão pela qual o tribunal de primeira instância negou a “D” a atenuação especial da pena prevista no artigo 4.º do regime penal especial, devemos nós próprios compreender os requisitos exigidos por este diploma para a ativação desta ferramenta.

No texto do artigo, lê-se: “Se for aplicável pena de prisão [a jovem entre os 16 e os 21 anos], deve o Juiz atenuar especialmente a pena nos termos dos arts. 73.º e 74.º do Código Penal, quando tiver sérias razões para crer que da atenuação resultem vantagens para a reinserção do jovem condenado”.

Repare-se que este preceito não se reduz a uma opção discricionária de que cuja aplicação o juiz poderá dispensar. Pelo contrário, um entendimento basilar da jurisprudência a este respeito é de que a aplicação da atenuação especial da pena se assume como um verdadeiro “poder-dever vinculado que o juiz deve usar sempre que se verifiquem os respetivos pressupostos”, devendo este verificar, oficiosamente, se existem pressupostos de facto que imponham a aplicação do regime<sup>179</sup>.

Quanto a estes pressupostos, encontram-se aqui dois requisitos para haver lugar à atenuação especial. Um primeiro requisito de natureza formal: o agente ter entre os 16 e os 21 anos de idade à data da prática dos factos – facilmente verificável. O segundo requisito, de natureza material, apresenta maior margem para discussão e, por isso, para criar inconsistências na aplicação deste regime: haver razões para crer que da atenuação resultam vantagens para a reinserção do condenado.

A que razões deverá o julgador atender para formular o seu juízo sobre as vantagens para a reinserção de um jovem arguido e ponderar corretamente a aplicação da atenuação especial da pena?

O Tribunal da Relação do Porto ofereceu a seguinte síntese a este respeito: “Em vista à aplicação do regime jurídico dos jovens delinquentes, o que releva é

---

179 ACÓRDÃO do Supremo Tribunal de Justiça, de 11.06.2003, proc. n.º 03P1657, Relator: Henriques Gaspar, disponível em: <http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9e4ec227f3b8077f80256e05002e8c19?OpenDocument>.

o juízo de prognose sobre a personalidade e o desempenho futuro da personalidade do jovem, no sentido de saber se o desenvolvimento psicológico do jovem ainda consente uma qualquer intervenção de ajustamento e de consolidação da personalidade que funcione como «uma vantagem para a sua reinserção social»<sup>180</sup>.

Para além da personalidade jovem, o Supremo Tribunal de Justiça acrescentou que é igualmente fundamental lançar o olhar sobre as circunstâncias que envolvem o jovem dono desta personalidade: “Neste juízo de prognose conta essencialmente a personalidade do jovem, e a sua circunstância, pois que o mesmo é produto de um determinado contexto social”<sup>181</sup>.

Portanto, há que tomar em consideração a personalidade do jovem e as suas circunstâncias, ponderando se estas permitem que haja uma intervenção positiva no sentido da sua ressocialização. Especificamente, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) referiu-se à situação social e familiar do arguido, referindo que a inexistência de “amparos sociais e familiares” não devem merecer uma leitura imediatamente negativa<sup>182</sup>. No mesmo sentido vai a doutrina de Anabela Miranda Rodrigues, afirmando que a base em que se apoia a aplicação da atenuação especial é a “personalidade e as condições de vida e familiares dos menores”<sup>183</sup>.

## 5. A JURISPRUDÊNCIA DE COMO NÃO JULGAR: A CARACTERIZAÇÃO E CONDENAÇÃO DE “D”

O TCF faz a seguinte caracterização do jovem “D”: “é um jovem permeável a ser influenciado por más decisões, sem qualquer controlo, ou apoio, parental ou familiar, fatores que permitiram que abandonasse o trabalho e a vida em família (...) refugiando-se nas declarações que prestou numa postura reveladora de manifesta imaturidade (...) tudo apresentado num discurso sincero, mas infantil, ligeiro, quase leviano, sem revelar a verdadeira interiorização da culpa para além de a verbalizar, tudo revelando uma personalidade frágil e entregue a si própria,

---

180 ACÓRDÃO do Tribunal da Relação do Porto, de 17.01.2018, proc. n.º 1684/16.3JAPRT.P1, Relator: Ernesto Nascimento, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b786d3227a359c6a8025822700422f5f?OpenDocument>.

181 ACÓRDÃO do Supremo Tribunal de Justiça, de 18.06.2014, proc. n.º 578/12.6JABRG.G1, Relator: Santos Cabral.

182 ACÓRDÃO do Supremo Tribunal de Justiça, de 07.11.2007, proc. n.º 07P3214, Relator: Henriques Gaspar.

183 RODRIGUES, Anabela Miranda - Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou Realidade? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (1997), p. 361.

que compromete as razões pelas quais se acredita que a atenuação especial da pena não contribuirá para a sua ressocialização”<sup>184</sup>.

O TRE subscreve esta caracterização, observando ainda que o jovem “D” é dono daquilo que apelida como uma “personalidade frágil”<sup>185</sup>. Ademais, considera o TRE que não há qualquer evidência de uma vontade de enveredar por uma “tentativa séria de mudança de vida”<sup>186</sup>. Acrescentando pouco mais à fundamentação inicial do tribunal de primeira instância, o tribunal de segunda instância acaba por concluir: “Assim, não é possível formular um juízo de prognose favorável, isto é, não se perspectiva que da aplicação de uma pena atenuada resulte qualquer benefício para o percurso vivencial de vida do jovem, pelo que não nos merece reparo o facto de não ter sido aplicado ao arguido o regime penal dos jovens”<sup>187</sup>.

Ou seja, mais uma vez, o jovem “D” vê negada a oportunidade da atenuação especial da pena e qualquer esperança de uma eventual suspensão da sua execução, porquanto, segundo os tribunais, este já não admite qualquer hipótese de ressocialização.

## 6. AS INSUPERÁVEIS INCONSISTÊNCIAS DA CONDENAÇÃO DE “D”

Os acórdãos que ditam o percurso do jovem “D” relevam inconsistências na sua fundamentação que não conseguimos e não devemos ignorar. Estes tribunais fundamentaram a não aplicação da atenuação especial da pena, precisamente, com os factos que deveriam fundamentar a sua atenuação. A sua interpretação revela uma leitura errada das intenções e objetivos do regime especial (do artigo 4.º), da personalidade e contexto do jovem “D”, bem como da literatura científica que rodeia a ressocialização (nomeadamente a influência dos fatores de risco no comportamento delinvente ao longo do percurso de vida, desenvolvimento infantil e desistência de comportamentos delinquentes). Vejamos como a realidade científica e jurídica colaboram para oferecer sentido a este diploma. O regime especial, no seu próprio preâmbulo, assume como princípio a “ideia de que o jovem imputável é merecedor de um tratamento penal especializado” justificado, precisamente, pelo facto de estar “no limiar da sua maturidade”. O regime foi erguido à medida das necessidades de ressocialização suscitadas pelos jovens

---

184 ACÓRDÃO do Tribunal da Relação de Évora, de 24.09.2019, proc. n.º 160/17.1GBLGS.E1, *cit.*, III – Da medida das penas.

185 *Idem, ibidem.*

186 *Idem, ibidem.*

187 *Idem, ibidem.*

delinquentes<sup>188</sup>, reconhecendo-se, portanto, que estes apresentam necessidades especiais neste sentido, em virtude da sua imaturidade.

Em que se traduz, exatamente, esta imaturidade? Da perspectiva jurídica, vista sob a lente do nosso ordenamento jurídico, a maturidade penal atinge-se aos 16 anos de idade, nos termos do artigo 19.º do Código Penal. A partir desta idade, considera o direito penal português que a pessoa possui um grau de autodeterminação e maturidade suficientes para ser considerada imputável<sup>189</sup>.

O regime especial tem como destinatários jovens entre os 16 e os 21 anos, pelo que a racionalidade do diploma não se reduz à perspectiva jurídica simplista sobre a maturidade consagrada pelo legislador, pois considera um período mais abrangente de imaturidade. No mesmo preâmbulo, reconhece-se que o tratamento especial dos jovens delinquentes procura ir ao encontro das “mais recentes pesquisas no domínio das ciências humanas”. É neste momento que temos de invocar a perspectiva científica para alcançarmos um entendimento completo da imaturidade que justifica este tratamento especial.

Para as neurociências e psicologia, a transição da imaturidade para a maturidade não ocorre de forma tão simples como através do alcance de um marco etário – como ocorre no caso da imputabilidade aos 16 anos. Desta perspectiva, a maturidade está associada ao processo de desenvolvimento do próprio cérebro, nomeadamente, do córtex pré-frontal (CPF), a área do nosso cérebro associada ao controlo executivo, ou seja, a capacidade de bloquear um comportamento habitual em favor da execução de um comportamento menos familiar<sup>190</sup>.

O CPF passa por um longo processo de maturação que se estende até à nossa idade adulta. Significa isto que, durante a adolescência e na jovem adultez, as pessoas possuem um sistema autorregulatório imaturo, o que coloca dificuldades ao exercício do autocontrolo, planeamento e tomada de decisão, e representa uma maior tendência de adoção de comportamentos de risco<sup>191</sup>. Esta imaturidade no percurso de desenvolvimento é representada consistentemente nas estatísticas criminais através da chamada “*age-crime curve*”, onde se verifica uma maior

---

188 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de - *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 600.

189 *Idem*, pp. 594 e ss.

190 ALMLUND, Mathilde; DUCKWORTH, Angela Lee; HECKMAN, James; KAUTZ, Tim - Personality Psychology and Economics. In *Handbook of the Economics of Education*. 2011. pp. 65 e 66.

191 Neste sentido, STEINBERG, Laurence - Risk Taking in Adolescence: What Changes, and Why? *Annals of the New York Academy of Sciences*. 1021 (2004), pp. 54 e ss.

incidência de prática de crimes durante a adolescência e jovem adultez e uma maior desistência com o avanço para a idade adulta<sup>192</sup>.

À luz destas considerações torna-se clara a racionalidade do regime especial. Os jovens compreendidos nesta faixa etária são caracterizados por uma imaturidade da qual resultam dificuldades acrescidas na tomada de decisão e vulnerabilidade perante oportunidades de cometer crimes – mitigando a sua culpa jurídico-penal –, o que justifica um tratamento diferenciado e uma preocupação acrescida com a sua ressocialização, uma vez que são mais recetivos a esta<sup>193</sup>.

A preocupação com a ressocialização não se reduz a este diploma sobre jovens delinquentes, mas constitui um princípio orientador da política criminal, nomeadamente o princípio da socialidade que se incorpora como princípio orientador do programa político-criminal, impondo ao estado o dever de ajuda e solidariedade para com o condenado, enquanto membro da comunidade em especial estado de necessidade, proporcionando-lhe as condições necessárias para a reintegração na sociedade<sup>194</sup>.

Ou seja, aliando-se o fundamento sobre o qual assenta a criação do diploma com as imposições dos princípios que orientam a política criminal, é possível concluir que o regime especial pretende disponibilizar adaptações às consequências jurídicas dos crimes praticados por jovens imputáveis em virtude da sua imaturidade, auxiliando-os no seu caminho em direção a uma vida responsável em sociedade. Sendo a imaturidade e a vulnerabilidade dos jovens o fundamento e sentido deste regime especial, são estas que vão justificar a atenuação especial da pena.

Os tribunais que produziram os acórdãos apresentados decidem no sentido exatamente contrário, justificando a não aplicação da atenuação especial da pena com base em fatores que revelam a imaturidade e vulnerabilidade de “D” e que, por isso, assinalam as necessidades especiais deste a nível de ressocialização.

---

192 Sobre este fenómeno de forma aprofundada, FARRINGTON, David - Age and Crime. *Crime and Justice*. V 7 (1986), pp. 189 e ss.

193 Neste sentido, CAUFFMAN, Elizabeth; STEINBERG, Laurence - (Im)maturity of Judgement in Adolescence: Why Adolescents May Be Less Culpable Than Adults. *Behavioral Sciences and the Law*. 18 (2000), pp. 741 e 742.

194 Sobre o princípio da socialidade como princípio orientador do programa político-criminal, ANTUNES, Maria João - *Penas e Medidas de Segurança*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 15. Sobre o princípio da socialização: RODRIGUES, Anabela Miranda - *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária: Estatuto do Recluso e Socialização; Jurisdicionalização; Consensualismo e Prisão; Projeto de Proposta de Lei de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 38.

O tribunal de primeira instância caracterizou “D” como um “jovem permeável a ser influenciado por más decisões, sem qualquer controlo”<sup>195</sup>; com uma “postura reveladora de manifesta imaturidade”<sup>196</sup>; e que revelou uma “personalidade frágil e entregue a si própria”<sup>197</sup>. Ou seja, o tribunal elencou uma série de elementos de facto que vão no sentido de demonstrar a imaturidade do jovem “D”, imaturidade essa que, mais uma vez, serve de fundamento ao regime onde se prevê a possibilidade de atenuação especial da pena.

O tribunal não caracteriza apenas a personalidade de “D” como imatura, mas também o seu ambiente como vulnerável, resultando o mesmo do relatório social que apoia a decisão. Fala-se de um jovem cujo “processo de desenvolvimento decorreu no seio de uma família de baixo estrato socioeconómico e cultural”<sup>198</sup>, cujos pais se separaram quando este tinha apenas 2 anos de idade, que abandonou a escola com habilitações literárias equivalente ao 9.º ano de escolaridade, desempregado e rodeado por pares que acabaram por ser coarguidos. Ou seja, o percurso do jovem “D”, até então, é marcado por uma abundância de fatores de risco de comportamento delinquente. A criminologia é composta por várias teorias que procuram oferecer explicações quanto aos comportamentos delinquentes. Estas explicações criminológicas podem ser sistematizadas em dois conjuntos abrangentes: explicações criminológicas de nível individual e explicações criminológicas de nível social<sup>199</sup>. Ou seja, poderão concentrar as suas explicações sobre os comportamentos que correspondem a crimes na própria pessoa ou no contexto onde esta se insere, identificando fatores de risco destes comportamentos. Estes fatores de risco, assim como os fatores protetores, têm sido identificados dentro de três categorias: características individuais (como agressividade e hiperatividade na infância, características familiares (familiares presos, rejeição parental, falta de supervisão, disciplina ineficaz) e fatores contextuais/ambientais

---

195 ACÓRDÃO do Tribunal da Relação de Évora, 24.09.2019, proc. n.º 160/17.1GBLGS.E1, *cit.*, III – Da medida das penas.

196 *Idem, ibidem.*

197 *Idem, ibidem.*

198 *Idem, ibidem.*

199 Nesta sistematização, os autores caracterizam as explicações de nível individual como aquelas que se reportam ao “homem delinquente” e as de nível social como as que se interrogam sobre a “sociedade criminógena”. O primeiro nível é construído como um conjunto de explicações onde se fazem caber as teorias bioantropológicas, as teorias psicodinâmicas e as teorias psico-sociológicas. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da - *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. pp. 165 e ss.

(pobreza, residência em zonas de alta criminalidade, escolas com pares com comportamentos criminosos)<sup>200</sup>.

Podemos observar como o percurso do jovem “D” cabe dentro destas categorias. A nível individual, fruto da sua imaturidade, a sua personalidade parece revelar baixos níveis de autocontrolo<sup>201</sup> – o que o deixa permeável a influências externas e impulsos internos – que poderão resultar numa maior tendência para a prática de comportamentos considerados como crimes.

A nível social, é de notar, mais uma vez, que o processo de desenvolvimento ocorreu numa família de baixo estrato socioeconómico e cultural. Na literatura da criminologia, existem relações bem documentadas entre pobreza e criminalidade. Nomeadamente, a pobreza está associada a problemas de desenvolvimento infantil a nível cognitivo<sup>202</sup> e a nível da capacidade de autorregulação<sup>203</sup>. A presença destas condições na infância poderá levar a dificuldades de desenvolvimento de autocontrolo que, mais tarde, poderão resultar na prática de comportamentos considerados como crimes<sup>204</sup>.

Para além disto, o jovem “D” exhibe outros fatores de risco no seu percurso, como o facto de ter abandonado a escola antes da conclusão da escolaridade obrigatória<sup>205</sup>, assim como o facto de se encontrar desempregado durante um período prolongado<sup>206</sup>.

Paradoxalmente, logo depois de apresentarem estes factos como fazendo parte do percurso do jovem “D”, comprovando a sua imaturidade e vulnerabilidade, ambos os tribunais os utilizam como fundamento para afirmar que “a atenuação

---

200 TREMBLAY, Richard E.; CRAIG, Wendy M. - Developmental Crime Prevention. *Crime and Justice*. V 19 (1995), p. 158.

201 Sobre a relação entre o autocontrolo e o crime, GOTTFREDSON, Michael R.; HIRSCHI, Travis - *A General Theory of Crime*. California: Stranford University Press, 1990.

202 MCLOYD, Vonnice C. - Socioeconomic Disadvantage and Child Development. *American Psychologist*. V 53, N 2 (1998), p. 188.

203 EVANS, Gary W.; KIM, Pilyoung - Childhood Poverty, Chronic Stress, Self-Regulation, and Coping. *Childhood Development Perspectives*. V 7, N 1 (2013), p. 44.

204 Sobre esta relação, CASPI, Avshalom - The Child is The Father of the Man: Personality Continuities from Childhood to Adulthood. *Journal of Personality and Social Psychology*. V 78, N 1 (2000).

205 KROHN, M.D.; THORNBERRY, T.P.; COLLINS-HALL, L.; LIZOTTE, A.J. - School Dropout, Delinquent Behavior, and Drug Use. In KAPLAN, H.B. (ed.) - *Drugs, Crime, and Other Deviant Adaptations. Longitudinal Research in the Social and Behavioral Sciences*. Boston: Springer, 1995 ([https://doi.org/10.1007/978-1-4899-0970-1\\_7](https://doi.org/10.1007/978-1-4899-0970-1_7)).

206 LOCHNER, Lance; MORETII, Enrico - The Effect of Education on Crime: Evidence from Prison Inmates, Arrests, and Self-Reports. *The American Economic Review*. V 94, N 1 (2004).

especial da pena não contribuirá para a sua ressocialização<sup>207</sup>. O que equivale a dizer que poupar um jovem – cujo percurso já é abundantemente marcado por fatores de risco de comportamento delincente – de passar um longo período da sua curta vida num espaço amplamente documentado como sendo criminógeno<sup>208</sup> não resulta em qualquer vantagem para a sua ressocialização. Para nós, é seguro dizer que as decisões destes juízes constituem um exemplo de incompreensão da lei, dos valores que devem guiar a sua aplicação e da ciência que a fundamenta. Para além desta incompreensão, igualmente grave é o discurso moralista que reina em cada uma das decisões. Como tem um juiz condições para afirmar que um jovem não vai mudar? Como pode conseguir afirmar seguramente que o jovem não interiorizou a culpa? Com que fundamento caracteriza a personalidade do jovem como frágil, fora de controlo e permeável a influências?

Aspetos como estes não constam do relatório social elaborado por técnicos creditados para o efeito. É verdade que o relatório social, previsto no artigo 370.º do Código de Processo Penal, está sujeito ao princípio da livre apreciação da prova previsto no artigo 127.º do mesmo Código. Contudo, esta livre apreciação será um produto da própria personalidade, contexto e experiências de cada juiz que, por sua vez, poderão estar longe da personalidade, contexto e experiência do jovem arguido.

Acreditamos que este caso mostra essa distância e como da incompreensão do outro e da incapacidade de nos colocarmos no seu lugar poderão nascer caracterizações que ninguém beneficiam, que colocam em causa o futuro de um e que a todos nos fazem perder. Essa incapacidade de empatia talvez seja, também, um sintoma de uma personalidade frágil.

## CONCLUSÕES – AS PERGUNTAS QUE SOBRAM

Chegamos ao fim desta reflexão num estado académico saudável: com mais perguntas do que respostas. Apesar de alguns o poderem confundir com doença, cremos que é uma confusão típica de quem não consegue identificar os sintomas da evolução de uma discussão complexa – como é esta em torno dos jovens delinquentes e da resposta que o sistema de justiça penal lhes oferece.

---

207 ACÓRDÃO do Tribunal da Relação de Évora, de 24.09.2019, proc. n.º 160/17.1GBLGS.E1, *cit.*, III – Da medida das penas.

208 MARTINSON, Robert - What works? Questions and answers about prison reform. *The Public Interest*. N 35 (1974).

Há uma pergunta particular que não conseguimos afastar e que cremos assinalar o caminho a tomar em discussões futuras (daí a reservarmos ao espaço das conclusões): há alguma circunstância em que afastar um jovem da prisão não seja vantajoso para a sua ressocialização e desenvolvimento? Cremos que seja a questão fundamental, pois nela se concentram os problemas de interpretação do artigo 4.º do regime especial e nela assenta a ponderação sobre a aplicação da atenuação especial da pena. Afinal de contas, não só nos acórdãos que ocuparam a nossa reflexão, mas noutros como eles diz-se que é de não aplicar a atenuação especial da pena, pois dela não resultará nenhuma vantagem para a ressocialização do jovem. O que equivale a dizer que a redução do tempo do jovem na prisão não é benéfica de maneira nenhuma para a sua ressocialização.

O que nos faz colocar outras questões: são as nossas prisões assim tão boas? São as suas condições equivalentes às do exterior? São os seus programas capazes de capacitar? São os seus recursos vastos? São os seus profissionais suficientes e adequados ao número de reclusos? São os programas individuais de cada recluso baseados no que a ciência comprova ser eficaz para a sua ressocialização? As respostas parecem ir no sentido contrário – como já tivemos oportunidade de comprovar pessoalmente através de trabalho de campo no âmbito de um projeto de investigação sobre estas matérias<sup>209</sup>.

Se a resposta a estas questões é negativa, há que voltar a ponderar a primeira e talvez reformulá-la no seguinte sentido: não será sempre benéfico para um jovem passar menos tempo na prisão? A resposta parece ser inegavelmente positiva, tendo em conta os efeitos criminógenos do ambiente prisional e as vantagens comparativas da vivência no exterior.

Assim sendo, há uma nova pergunta a responder: alguma vez podem não resultar da atenuação especial da pena de prisão vantagens para a ressocialização de um jovem? Tendo em conta a reflexão deste estudo e o raciocínio até agora tecido, temos de responder na negativa e retirar daí as devidas consequências. Nomeadamente, considerar que o artigo 4.º do regime especial poderá precisar de uma reformulação – o que não é de surpreender, tendo em conta que se fala de um diploma com 40 anos de existência e sem qualquer alteração. Essa reformulação iria no sentido da atenuação especial da pena, que prevê não estar dependente do critério material de se verificarem vantagens para a ressocialização (uma vez que já vimos que resultam sempre), mas ser de aplicação obrigatória e automática para jovens imputáveis entre os 16 e os 21 anos.

---

209 Projeto de Investigação - YOUTHRESPONSE - Jovens adultos imputáveis: direito penal e a resposta judicial (ref.º PTDC/DIRDCP/29163/2017), apoiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia através de fundos nacionais, sob coordenação do Doutor João Pedroso (<https://youthresponse.ces.uc.pt/>).

Negar a aplicação da atenuação especial da pena a um jovem arguido é negar a sua capacidade de mudar. Esta descrença na ressocialização por parte do julgador acaba por se provar uma *self-fulfilling prophecy*<sup>210</sup>, na medida em que condenar o jovem às condições de um estabelecimento prisional durante um longo período irá dificultar a mudança que se crê impossível. Daí já há muito defendermos que a prevenção vai muito para além do direito penal<sup>211</sup>. Mas, para que ela seja levada a cabo, e concretizada de acordo com o que a ciência prova como sendo eficaz para capacitar e desenvolver jovens arguidos no sentido de uma vida melhor em sociedade, há que acreditar nela.

Pelo que nos sobra uma última pergunta: consegue um jovem ser melhor? Se a resposta não for afirmativa, todos estamos condenados.

---

210 "Treating a person as though he were generally rather than specifically deviant produces a self-fulfilling prophecy. It sets in motion several mechanisms which conspire to shape the person in the image people have of him", BECKER, Howard - *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1991.

211 CARIA, Rui - Direito Penal da Prevenção: para além dos fins das penas. In *Encontro de Investigadores da Escola de Direito do Minho 2021*. Ebook. 2022.







Esta publicação é financiada por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do Financiamento UID/05749/2020

Título	Encontro de Investigadores da Escola de Direito da Universidade do Minho 2023
Edição	Escola de Direito da Universidade do Minho
Comissão Organizadora	Anabela Susana de Sousa Gonçalves   João Vilas Boas   José Vegar Velho   Maria João Lourenço   Tiago Branco da Costa
Comissão Científica	JusGov - Centro de Investigação em Justiça e Governação
Data	Julho 2023
ISBN	978-989-35054-6-5