

3º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO NA LUSOFONIA

Escola de Direito  
**Universidade do Minho**

Campus de Gualtar  
4710 - 057 Braga

sec@direito.uminho.pt

[www.direito.uminho.pt](http://www.direito.uminho.pt)

**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

**DIREITO NA LUSOFONIA VOL. II**  
*Diálogos constitucionais no espaço lusófono*



**Universidade do Minho**  
Escola de Direito



**DIREITO NA LUSOFONIA VOL. II**  
*Diálogos constitucionais no espaço lusófono*

3º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO NA LUSOFONIA

ÍNDICE

ÍNDICE

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO CONSTITUCIONAL

# DIREITO NA LUSOFONIA

## Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono

vol. II

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO CONSTITUCIONAL

---

## FICHA TÉCNICA

### TÍTULO DA PUBLICAÇÃO

Direito na Lusofonia. Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono - Vol. II

### COORDENADORES

Prof.<sup>a</sup> Doutora Maria Clara Calheiros  
Prof. Doutor Mário Ferreira Monte  
Prof.<sup>a</sup> Doutora Maria Assunção do Vale Pereira  
Prof.<sup>a</sup> Doutora Anabela Gonçalves

### REVISÃO

Mestre Diana Coutinho

### DATA DE PUBLICAÇÃO

Junho de 2017

### EDIÇÃO

Escola de Direito da Universidade do Minho

### IMPRESSÃO

Graficamares

### EXEMPLARES

100 exemplares

### DEPÓSITO LEGAL

409738/16

### ISBN

978-989-99766-2-7

---

## ÍNDEX

DIREITO AO AMBIENTE: O MEU OU O NOSSO AMBIENTE?

1

OS DIREITOS DE DEFESA DO ARGUIDO E A UNIÃO EUROPEIA:  
IGUALDADE DE ARMAS OU DESIGUALDADE MANIFESTA?

5

OS JOVENS INVESTIGADORES DO DIREITO NA LUSOFONIA:  
O QUE FAZER PARA DINAMIZAR A INTEGRAÇÃO CIENTÍFICA?

15

O DIREITO FUNDAMENTAL À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO  
– ESSÊNCIA, REFRAÇÕES E CONFIGURAÇÃO MODERNA  
NO ESPAÇO LUSÓFONO

21

OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS  
E PROCESSO PENAL ANGOLANO

31

AS FORÇAS ARMADAS E O ESTADO DE DIREITO

41

A CONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS DE CONFLITOS  
FAMILIARES NO DIREITO INTERNACIONAL ANGOLANO

47

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES PRIVADAS  
INTERNACIONAIS: OS NOVOS TIPOS DE FAMÍLIA

55

---

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL PLANO CONSTITUCIONAL Y CIVIL:  
LAS EXPERIENCIAS JURÍDICAS PORTUGUESA Y ESPAÑOLA

63

SOBERANIA E DIREITO FISCAL DA UNIÃO EUROPEIA

69

COMPARATIVO ENTRE A LEGISLAÇÃO AO ACESSO À INFORMAÇÃO  
PORTUGUESA E BRASILEIRA E OS DESAFIOS DE SUA IMPLEMENTAÇÃO

77

OS FATOS LEGISLATIVOS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

87

O DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO  
E A SITUAÇÃO DE COMPLEXIDADE POLÍTICA, SOCIAL, ECONÓMICA  
E CULTURAL DE TIMOR-LESTE

103

MERCOSUL: INTERGOVERNABILIDADE E DESAFIOS À SUPRANACIONALIDADE  
UMA ANÁLISE SOBRE AS CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS-PARTES E SEUS RE-  
FLEXOS NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO

113

DIREITO À LIBERDADE, PRISÃO PREVENTIVA E PROPORCIONALIDADE  
DA INCONSTITUCIONALIDADE QUARENTENÁRIA DOS 'CRIMES  
INCAUCIONÁVEIS' E DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE PARA PROTEGER  
A INVESTIGAÇÃO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS  
DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU DA REPÚBLICA POPULAR  
DA CHINA E DA REPÚBLICA DE PORTUGAL

143

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO SOLUÇÃO (UTÓPICA) PARA O DIREITO PENAL E  
PARA O PROCESSO PENAL?: CRÍTICA A PARTIR DO CONCEITO DE COMUNIDADE

153

---

JURISDIÇÃO E DIREITO DE DEFESA

161

PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA  
CABO-VERDIANA

169

O DIREITO (?) CONSTITUCIONAL À VIDA DO EMBRIÃO

175

A TUTELA CONSTITUCIONAL FACE AOS NOVOS PARADIGMAS DE TRIBUTAÇÃO

183

A DIVULGAÇÃO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS LUSO-BRASILEIROS  
DE SUAS RECOMENDAÇÕES AOS GESTORES PÚBLICOS  
COMO INDUTOR DA BOA GOVERNANÇA PÚBLICA

191

---

## NOTA DE APRESENTAÇÃO

Direito na Lusofonia. Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono - Vol. II

A Escola de Direito da Universidade do Minho organizou a terceira edição do congresso internacional Direito na Lusofonia, nos dias 18, 19, 20 e 21 de maio de 2016. Esta terceira edição, subordinada ao tema «Diálogos constitucionais no espaço lusófono», teve lugar em Portugal, de modo a permitir que nela se comemorassem os quarenta anos da Constituição da República Portuguesa de 1976.

Foi com grande júbilo que a Escola de Direito verificou o enorme acolhimento que a iniciativa que promoveu teve junto da comunidade académica e jurídica dos vários países lusófonos, que estiveram representados no evento: Portugal, Brasil, Moçambique, Angola, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Timor Leste e Macau.

Aquando do Congresso, foi publicado um volume com o registo dos trabalhos que aí foram apresentados e que foram enviados pelos autores à Comissão Organizadora, nas datas estabelecidas para o efeito. Nem todos os oradores conseguiram enviar a tempo do primeiro volume o texto integral que correspondia às suas intervenções. Por essa razão, agora se publica um segundo volume, com estas intervenções, e assim se encerram os trabalhos referentes à terceira edição do Congresso Direito na Lusofonia.

Como no primeiro volume, é essencial agradecer o trabalho e a dedicação dos funcionários da Escola de Direito que auxiliaram na preparação do Congresso e na preparação deste segundo volume.

A Comissão Organizadora

Clara Calheiros  
Anabela Gonçalves  
Assunção Pereira  
Mário Monte

---

## O DIREITO (?) CONSTITUCIONAL À VIDA DO EMBRIÃO<sup>1</sup>

*Sónia Moreira*

*Prof.<sup>a</sup> Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho*

### 1. O problema

A primeira vez que ouvi defender que o embrião tinha direito a ser implantado (como corolário do seu direito à vida) senti incredulidade. Pensei em material genético: como podia ter direito ao que quer que fosse?

No entanto, num segundo momento, tive de reconhecer que, obviamente, o embrião não é apenas material genético – é o resultado da união dos gâmetas masculino e feminino, do qual resulta um código genético único e irrepetível, que, nas condições adequadas, se desenvolverá até maturar em vida humana tal como a conhecemos. Assim, trata-se de vida humana em formação, ainda que se possa encontrar fora do ventre materno, como acontece com os embriões obtidos a partir de técnicas de PMA.

Ora, se a CRP consagra no seu art. 24.º que o direito à vida é inviolável, abrangerá também a vida humana em formação? Num tema tão polémico como este – tal como o são todos aqueles que entram no campo da bioética (e não só), não há resposta unânime. Há doutrina que defende que sim, afirmando o seu direito a serem implantados; no outro extremo, há doutrina que defende que o art. 24.º se refere apenas às pessoas, aqueles que possuem personalidade jurídica nos termos do art. 66.º do CC, portanto, após o nascimento completo e com vida.

A própria lei se torna desconcertante, ao dar respostas tão díspares como admitir a IVG até às 10 semanas, sem outra justificativa que não a mera vontade da mãe, ou admitindo a possibilidade de os embriões excedentários poderem ser eliminados ou utilizados para investigação científica, por um lado, e, por outro,

---

<sup>1</sup> Por vontade da autora o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

ao afirmar expressamente que as técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana.

Quais as implicações jurídicas de seguirmos uma ou outra doutrina? Afinal, que significa “a vida humana é inviolável”?

## 2. Personalidade jurídica versus “vida humana”

O art. 24.º da CRP consagra o mais fundamental dos direitos, liberdades e garantias: o direito à vida. Fá-lo em termos lapidares: “A vida humana é inviolável”. E, dúvidas houvesse, esclarece no seu n.º 2 que “[e]m caso algum haverá pena de morte”. Vista no seu conjunto, esta norma parece sacramental, como que expressão de uma verdade absoluta. Sabemos que não é exatamente assim. A nossa lei permite, por exemplo, a violação do direito à vida de outrem em caso de legítima defesa. Quando há que considerar os direitos de outras pessoas, mesmo o direito à vida pode sofrer restrições.

Mas que entendemos por “vida humana”? A que se refere a CRP quando determina que a vida humana é inviolável?

A primeira acepção que nos ocorre é a de “pessoa”. Mas “pessoa” em que sentido? Biológico? Sociológico? Jurídico? Ético?

Ainda que nos restrinjamos ao conceito de pessoa em sentido jurídico – afinal, estamos a analisar a Lei Fundamental – é importante sermos mais precisos: caberá aqui apenas a pessoa singular. Deixemos, então, de parte as pessoas colectivas. Portanto, quando nos referimos a “pessoa”, referimo-nos a todo aquele que, não sendo uma pessoa colectiva, é titular de direitos e de obrigações, ou seja, todo aquele que possui a susceptibilidade de ser sujeito de relações jurídicas.

Ora, a CRP não determina quem é pessoa singular, deixando a determinação da aquisição da personalidade jurídica ao Código Civil. Nos termos do seu art. 66.º, n.º 1, a aquisição da personalidade jurídica ocorre no momento do nascimento completo e com vida. A lei civil ainda reconhece direitos aos nascituros, mas, nos termos do n.º 2 desta norma, subordina o seu reconhecimento ao facto do nascimento.

Portanto, uma análise meramente formalista da lei, far-nos-ia concluir que só se reconhece direito à vida à criança já nascida. Assim, quem provocasse a morte de feto ou de criança ainda não nascida, ficaria impune. Tal conclusão choca-nos. E choca-nos porque sabemos que, ainda antes de termos uma criança recém-nascida, já há “vida humana”, embora ainda em formação. Por isso mesmo, porque a lei assume que a vida humana em formação também merece protecção, é que o Código Penal prevê e pune os chamados “crimes contra a vida intra-uterina”.

Neste sentido, no sentido de que se reconhece existir vida humana intra-uterina merecedora de protecção, apesar de ainda não existir personalidade

jurídica do feto, encontramos autores de mérito inquestionável, como Antunes Varela<sup>2</sup>, Galvão Telles<sup>3</sup>, Carlos Mota Pinto<sup>4</sup>, Heinrich Hörster<sup>5</sup> e Carvalho Fernandes<sup>6</sup>. Estes autores entendem que serão razões de ordem ética a impor a sua tutela; tais razões, no entanto, já não imporão a sua personificação, pois esta não será “a única via de tutela jurídica”<sup>7</sup>. O feto lesado no ventre materno terá, então, direito a ser ressarcido a partir do momento em que nasça, pois aí já possuirá personalidade jurídica e há identidade entre o feto lesado e a criança já nascida e, portanto, agora, titular de direitos.

Esta solução é tentadora. É tentadora porque respeita a letra do art. 66.º, n.º 1. Infelizmente, esta solução não é suficiente. É que implica que a criança venha a nascer, respeitando-se o determinado pelo art. 66.º, n.º 2, do CC. Assim, se uma criança for lesada na sua integridade física no ventre materno, mas sobreviver, terá direito a ser ressarcida; se, pelo contrário não sobreviver, não terá direito algum. Como é, então, tutelada? Se a lesão que lhe é infligida é mais grave, como é possível que a sua tutela seja menor (ou inexistente)?

Por outro lado, há autores que defendem que não cabe à lei decidir quem tem ou não a qualidade de pessoa. Ser-se pessoa em sentido jurídico, ser-se sujeito de direitos, é algo inerente a todo o ser humano, quer a lei o reconheça, quer não<sup>8</sup>. A dignidade da pessoa humana, cerne irredutível e fundamental da nossa ordem jurídica constitucional, a isso obriga e reconhecê-lo é reconhecer o primado do Direito Natural sobre o Direito Positivo<sup>9</sup>.

Isto significa que voltamos ao ponto inicial: quando temos, então, “vida

<sup>2</sup> VARELA, Antunes, “A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000, p. 634.

<sup>3</sup> GALVÃO TELLES, Inocência, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010 (reimpr. da 10.ª ed.), pp. 165.

<sup>4</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (atualizada por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO E PAULO MOTA PINTO), Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 203.

<sup>5</sup> HÖRSTER, Heinrich Ewald *A Parte Geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, 2014 (reimpr. da ed. de 1992), pp. 300 e 301.

<sup>6</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, *Introdução, Pressupostos da Relação jurídica*, 6.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, pp. 201 e ss.

<sup>7</sup> *Idem*, pp. 203 a 205.

<sup>8</sup> HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Direito Civil*, *Cit.*, p. 294; GONZALEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado*, Vol. I, *Parte Geral (arts. 1.º a 396.º)*, Lisboa, Quid Juris, 2011, p. 87 e VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 35.

<sup>9</sup> V., por todos, CHORÃO, Mário Emílio F. Bigotte, “O Nascituro e a Questão do Estatuto Jurídico do Embrião Humano no Direito Português”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 640 e 641; MOTA, Henrique, “Interrupção voluntária da gravidez”, in JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 295 e ss.

humana”? Quando estamos perante uma pessoa em sentido ético ou ontológico<sup>10</sup>? Quando deve ser o momento determinante para a tutela da vida do nascituro?

Discutem-se várias possibilidades: o momento da concepção, o da nidificação (implantação no útero), o do início da actividade cerebral ou o da sua viabilidade<sup>11</sup>.

No entanto, em termos biológicos e éticos<sup>12</sup> parece que estamos perante vida humana após a concepção. No momento em que o óvulo e o espermatozóide trocam informação genética e se fundem no ovo, temos um novo ser, único e irrepitível, que, se não vir interrompido o processo natural do seu desenvolvimento, maturará até nascer<sup>13</sup>.

Significa isto que devemos considerar que estamos perante uma pessoa em sentido jurídico logo após a concepção, como defendem Oliveira Ascensão e Menezes Cordeiro, ainda que os seus únicos direitos sejam o direito à vida e o direito à integridade física, já que os restantes direitos dependerão do seu nascimento, no que seria uma personalidade jurídica parcial, como defende Capelo de Sousa<sup>14</sup>?

Como se explica, então, o regime actual da interrupção voluntária da gravidez? Que a protecção penal dada ao “ser humano em formação” possa cair perante a consideração de outros direitos e bens jurídicos relevantes da mãe – como é o caso de estar em causa a sua vida, ou a sua saúde, ou a gravidez em questão ter sido originada por um crime contra a sua autodeterminação sexual, situações

<sup>10</sup> Para uma breve panorâmica sobre estas questões, v. MELO, Helena Pereira, “O Embrião e o Direito”, in RUI NUNES, HELENA PEREIRA DE MELO (coord.), *A Ética e o Direito no Início da Vida Humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2001, pp. 162 a 171.

<sup>11</sup> BOTELHO, Catarina Santos, “Comentário ao art. 66.º do CC”, in LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOSÉ BRANDÃO PROENÇA (coord.), *Comentário ao Código Civil (Parte Geral)*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, p. 164.

<sup>12</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, *Direito Civil - Teoria Geral, Vol. I, Introdução, as Pessoas, os Bens*, 2.ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 54.

<sup>13</sup> Cfr. MELO, Helena Pereira de, “O Embrião e o Direito”, Cit. pp. 160 e 161.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, ASCENSÃO, José de, *Direito Civil - Teoria Geral...*, Cit., p. 55; RABINDRANATH, V. A. Capelo de Sousa, *Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 364; CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil, IV, Parte geral - Pessoas*, Coimbra Almedina, 2011, pp. 363 e 365. Já Rita Lobo Xavier entende que não é necessário reconhecer ao nascituro personalidade jurídica (visto que a personalidade jurídica é apenas um conceito de operacionalidade prática que fica muito aquém da “tradução jurídica da condição ontológica da pessoa”), já que, mesmo sem que lhe seja reconhecida a personalidade jurídica, o nascituro sempre gozará do direito à vida e à integridade física. LOBO XAVIER, Rita, “O Respeito pela Vida Humana Não Nascida e Respectiva Tradução no Ordenamento Jurídico Português”, in *Do Início ao Fim da Vida, Actas do Colóquio de Bioética, Funchal, 18 e 19 de Março de 2005*, Braga, Publicações da Faculdade de Filosofia da Universidade Católica Portuguesa, 2005, pp. 151 a 154. Em sentido contrário, entendendo que *de iure condito* o nascituro não tem personalidade jurídica, mas que *de iure condendo* esta devia ser-lhe reconhecida, FIGO, Tiago, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal - O conceito de pessoa revistado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 229.

que a nossa lei equaciona como excepções à criminalização do aborto – ainda pode entender-se. Mas como se explica que o art. 142.º, n.º 1, al. e), do Código Penal permita a uma mulher abortar livremente até às 10 semanas de gravidez? Ou o regime jurídico estabelecido pela Lei da Procriação Medicamente Assistida, que, embora em condições apertadas, permite a destruição de embriões ou a sua utilização para experimentação científica (por exemplo, desde que se trate de embriões excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projecto parental)? A sermos coerentes, a entendermos que há vida humana desde a concepção, a protecção dedicada aos embriões devia ser exactamente a mesma que é reconhecida a uma criança já nascida ou a um adulto<sup>15</sup>. No entanto, não é isso que vemos suceder. A nossa lei não olha com os mesmos olhos para os embriões, os embriões implantados em útero materno e os fetos que já atingiram um determinado estágio do seu desenvolvimento. Por exemplo, a lei penal consagra uma protecção diferente à vida humana já nascida e à que ainda está por nascer ao estabelecer dois tipos distintos de crime (contra a vida humana, o crime de homicídio; contra a vida humana intra-uterina, o crime de aborto), com diferentes regimes jurídicos (nomeadamente, sendo as molduras penais bastantes diferentes; além disso, no caso do crime de aborto a tentativa não é punível, nem a violação em caso de negligência); já a vida humana extra-uterina (embriões criopreservados) não possui sequer tutela penal<sup>16</sup>.

### 3. Argumentos contra a personalidade jurídica do nascituro

Os autores que entendem que a vida humana não nascida merece protecção, mas não ao ponto de se lhe reconhecer personalidade jurídica, baseiam-se, grandemente, em argumentos de certeza e de segurança jurídica e em razão da sua precariedade. Por exemplo, Galvão Telles afirma que o início da personalidade com o nascimento é a solução mais adequada do ponto de vista do Direito Positivo pois uma “personalidade jurídica coincidente com a concepção estaria condenada a desvanecer-se, sem deixar qualquer rasto, em caso de aborto, voluntário ou involuntário (...) [pelo que] teríamos uma personalidade condicional e provisória. O indicado é que a personalidade apenas surja quando possa revestir eficácia perdurável e tal só acontece com o nascimento”<sup>17</sup>. Por outro lado, como não seria possível determinar com certeza o momento da concepção, não seria possível determinar-se com certeza o momento da aquisição da personali-

<sup>15</sup> Neste sentido, DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 217.

<sup>16</sup> Neste sentido, v. LOBO XAVIER, Rita, “O Respeito pela Vida Humana Não Nascida e Respectiva Tradução no Ordenamento Jurídico Português” Cit. pp. 140 a 142 e 145.

<sup>17</sup> GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Introdução ao Estudo do Direito*, Cit., p. 165.



dade jurídica e, nas palavras de Antunes Varela, “[a] ordem jurídica (...) necessita de um momento quanto possível *certo, seguro, inequívoco, objectivamente determinável*, a partir do qual reconheça a existência de uma pessoa como sujeito autónomo de direitos”<sup>18</sup>. O autor afirma que a opção do momento do nascimento pelo legislador “não é arbitrária, nem antinatural ou artificial”, justificando-se em “virtude da notoriedade e do fácil reconhecimento do facto do nascimento, em contraste com o secretismo natural e social da concepção do embrião”, bem como pelo facto de a existência das “propriedades fundamentais do ser humano (a consciência, a vontade, a razão) est[ar] sempre mais próximo do nascimento do indivíduo do que da fecundação do óvulo no seio materno”, bem como por “a autonomização fisiológica do filho perante o organismo da mãe” ser um marco fundamental no desenvolvimento do ser humano.

#### 4. Contra-argumentos

Que dizer quanto a estes argumentos? Se a questão é a da notoriedade, por se desconhecer se a mulher está ou não grávida, Carneiro da Frada afirma que tudo se resolve através da prova. Uma vez que hoje a evolução tecnológica permite provar que se está perante vida humana intra-uterina, esta objecção estaria afastada<sup>19</sup>. Por outro lado, há adultos que sofrem de qualidades minguantes que lhes afastam a razão, a vontade ou até a consciência e nem por isso deixam de ser considerados pessoas; finalmente, o nascimento é, de facto, um marco muito importante no desenvolvimento do ser humano, porque lhe garante a entrada no mundo das relações interpessoais que, até então, só mantinha com a mãe. Acontece que, ainda antes deste momento, é possível atingir a criança na sua integridade física e na sua vida e condicionar a sua defesa ao nascimento é denegar-lhe a protecção juridicamente merecida.

Por outro lado, é compreensível que os direitos patrimoniais do nascituro fiquem condicionados ao momento do nascimento completo e com vida, atendendo à precariedade da vida intra-uterina, mas já não os seus direitos fundamentais à vida e à integridade física.

Carneiro da Frada apresenta, assim, uma proposta de interpretação conforme com a Constituição do art. 66.º do CC, de forma a sacrificar o menos pos-

<sup>18</sup> VARELA, Antunes, “A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil”, Cit., p. 632. Igualmente neste sentido, SILVA, Rui Gomes da/SILVA, Miguel Medina, *Teoria Geral do Direito Civil - Noções Elementares*, Lisboa, Âncora Editora, 2010, p. 73 e 74 (cfr. n. 100).

<sup>19</sup> CARNEIRO DA FRADA, Manuel António, “A protecção juscivil da vida pré-natal – Sobre o estatuto jurídico do embrião”, in JOANA LIBERAL ARNAUT (org.), *Direito e Justiça – Verdade, Pessoa Humana e Ordem Político-Jurídica, Colóquio Internacional em Homenagem a Mário Emílio Forte Bigotte Chorão*, Faculdade Católica, 2008, pp. 153 e 154.

sível a sua letra. A lei diz que a personalidade jurídica se adquire no momento do nascimento completo e com vida. Em vez de se interpretar esta expressão como o estabelecimento de uma *conditio sine qua non* de aquisição da personalidade jurídica, pode interpretar-se como o estabelecimento de uma condição meramente suficiente. Ou seja, o nascimento permitirá adquirir personalidade jurídica, mas não será a única via para esta aquisição. Em regra, será a partir do nascimento que se afirmará a existência de um novo sujeito de Direito, em prol da segurança jurídica; no entanto, o que importará será a existência ou não de vida humana – este é que será o facto necessário para a existência de personalidade jurídica. Ora, desde que se possa provar que esta vida existe ainda antes do nascimento, nada obsta a que seja reconhecida à criança ainda não nascida a sua personalidade jurídica, caso seja necessário fazê-lo antes do seu nascimento. Portanto, o art. 66.º, n.º 1, será a regra, por permitir provar, sem dificuldades, que temos vida humana. A querer fazer-se valer a personalidade jurídica antes do momento do nascimento, o ónus da prova inverte-se<sup>20</sup>.

Esta posição parece-nos muito interessante, permitindo salvaguardar os direitos pessoais fundamentais do nascituro ainda que este não chegue a nascer. Permite reconhecer-lhe o direito a nascer, o direito a exigir que as outras pessoas não provoquem a sua morte por negligência, por exemplo. Ainda que esta conduta não seja crime, pelo menos deverá ser considerada um ilícito civil.

#### 5. A incoerência da lei portuguesa – questões práticas e evolução futura

Mas como podemos conciliar esta posição com a actual permissão legal do aborto livre até às 10 semanas da gravidez e com o regime da PMA? Considerando que as normas que permitem o aborto e a eliminação de embriões excedentários são inconstitucionais? Não será isso excessivo?

Por exemplo, em termos práticos, se assim for, qual o destino a dar aos embriões excedentários? Mantê-los em criopreservação *ad aeternum* não será possível. Por outro lado, como se pode exigir a uma mulher (ou a um casal) que implante um embrião e leve até ao fim uma gravidez que (já) não deseja? Uma solução poderia ser exigir que os casais que recorram a estas técnicas que previamente se comprometessem a implantar os embriões excedentários ou a autorizar a sua adoção por outros casais... embora não possamos esquecer que tal seria forçar as pessoas que querem ter filhos e precisam de recorrer a técnicas de PMA a correr o risco de ter de ceder o seu material genético (e os seus filhos biológi-

<sup>20</sup> CARNEIRO DA FRADA, Manuel António, “A protecção juscivil da vida pré-natal – Sobre o estatuto jurídico do embrião”, Cit., pp. 153 a 154.

cos). É necessário ponderar muito bem tudo o que está em jogo. E esta situação é diferente da de uma mulher que ficou grávida e não quer levar a gravidez até ao fim. A gestação vai avançando e não pode ser “congelada”, apenas eliminada.

Parece que a nossa sociedade (e, por isso, a nossa ordem jurídica) vê com olhos diferentes o embrião por implantar, o feto dentro do ventre materno até às 10 semanas e o feto a partir deste momento. Possivelmente porque a partir das 10/12 semanas a ecografia já mostra um ser humano em miniatura. E, como antes disso não o vemos, não nos parece criminoso “eliminá-lo”.

Ora, devemos considerar o seguinte: antes da “revolução ecográfica”, que nos permite hoje observar a vida intrauterina e provar a sua existência<sup>21</sup>, não se via o feto e a forma como este era encarado era completamente diferente. Antes chegou a defender-se que o seu sistema nervoso ainda não estava suficientemente desenvolvido para que este pudesse sentir dor, sofrimento, prazer ou outras sensações. Na verdade, mesmo depois de ser descoberta a anestesia, os cirurgiões continuavam a operar recém-nascidos sem a utilizar por considerarem que os seus cérebros ainda não estavam desenvolvidos o suficiente para saber o que era a dor – crença que, aparentemente, ainda persistia nos anos 80 do século XX<sup>22</sup>.

Contudo, hoje está provado que a partir do sexto mês – possivelmente antes – o feto já tem “uma vida afectiva activa”, podendo “ver, ouvir, tocar, saborear e mesmo, a um nível muito primitivo, aprender “in utero””<sup>23</sup>. E que algures entre a vigésima oitava semana e a trigésima segunda, adquire consciência, pois “os circuitos nervosos do cérebro estão tão desenvolvidos como os de um recém-nascido”. Poucas semanas depois é possível perceber as suas ondas cerebrais e “detectar se a criança dorme ou está acordada. Mesmo quando dorme, é agora capaz de actividade mental”, podendo detectar-se a existência de movimentos oculares (REM – *rapid eye movement*), que indiciam a existência de sonhos<sup>24</sup>. No entanto, é muito mais cedo que o corpo da criança fica completamente formado – ao fim do segundo mês – sendo que já foram registadas ondas cerebrais às cinco semanas; além disso, o feto começa a mexer-se às dez ou onze semanas “com um fim preciso”<sup>25</sup>.

Que iremos descobrir a seguir?

Talvez, no futuro, a percepção da sociedade mude e, com isso, o Direito. O futuro o dirá.

<sup>21</sup> GONZALEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado*, Cit., p. 87 e ss.

<sup>22</sup> LEITE DE CAMPOS, Diogo (org.), “A criança-sujeito: a vida intra-uterina”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 306.

<sup>23</sup> LEITE DE CAMPOS, Diogo, “A criança-sujeito: a vida intra-uterina”, Cit., p. 294.

<sup>24</sup> LEITE DE CAMPOS, Diogo, “A criança-sujeito: a vida intra-uterina”, Cit., p. 298.

<sup>25</sup> *Idem*, pp. 304 e 305.

## A TUTELA CONSTITUCIONAL FACE AOS NOVOS PARADIGMAS DE TRIBUTAÇÃO

Tânia Meireles da Cunha  
Juiz de Direito

### 1. Introdução

Ao longo dos últimos anos tem-se assistido a um aumento do número de tributos, com especial enfoque em tributos designados de “taxas” ou “contribuições”, mas cuja caracterização tem levantado dúvidas e suscitado elevada litigiosidade.

A mudança que se tem vindo a operar, do paradigma tradicional da tributação, tem, pois, estado na génese de diversas controvérsias em termos de enquadramento legal e conformidade face ao quadro constitucional.

O que nos propomos aqui é uma abordagem sobre o âmbito e dimensão destes novos tributos, deste novo paradigma da fiscalidade, com uma breve caracterização do mesmo e uma sistematização de algumas das questões que se têm colocado em termos de conformidade com os princípios que encontram assento constitucional.

### 2. O tributo e a tributação

O nosso ordenamento consagra um conceito amplo de tributo.

Assim, como resulta desde logo do art.º 165.º, n.º 1, al. i), da Constituição da República Portuguesa (CRP), os tributos têm uma natureza tripartida:

- a). Impostos;
- b). Taxas; e
- c). Demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas.