

Católica Talks

6

Conceitos Normativos e Normatividade

Católica Talks

**Conceitos Normativos
e Normatividade**

Licença: Este trabalho encontra-se publicado com a Licença Internacional Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0



Título Católica Talks:
Conceitos Normativos e Normatividade
Coordenação Elsa Vaz de Sequeira
Coleção Investigação

© Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito,
Research Centre for the Future of Law
© Universidade Católica Editora

Revisão editorial Patrícia Feio
Capa Ana Luísa Bolsa | 4 ELEMENTOS
Conceção gráfica Sersilito
Impressão e acabamentos Sersilito-Empresa Gráfica, Lda.
Depósito legal 548817/25
Data maio 2025
Tiragem 100 exemplares

DOI <https://doi.org/10.34632/9789725411292>
ISBN 9789725411285
eISBN 9789725411292

Universidade Católica Editora,
Sociedade Unipessoal, Lda.
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 217 214 020
uceditora@ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt

Católica Talks

**Conceitos Normativos
e Normatividade**

COORDENAÇÃO
Elsa Vaz de Sequeira

UCP 
EDITORA

Índice

- 7 Prefácio
- 9 ANDRÉ OLIVIER
A igualdade enquanto conceito normativo
- 31 FERNANDO OLIVEIRA E SÁ
Notas sobre a representação sem poderes e o abuso de representação no direito civil português
- 43 GIUSEPPE MAZZIOTTI
Fairness as a normative concept in EU digital policies: a mapping exercise for Fair MusE
- 73 INÊS QUADROS
Existe um *jus cogens* europeu? Considerações a partir da proibição da pena de morte
- 105 JOSÉ FERREIRA GOMES
Contratos privados, invalidades públicas: a invalidade dos contratos de Direito Privado da Administração Pública por vício de procedimento
- 135 PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS
Federação e federalismo: breve reflexão sobre o modelo federal europeu

Prefácio

É com muita satisfação que o *Católica Research Centre for the Future of Law* leva à estampa o sexto volume das *Católica Talks*, espaço de discussão aberta e informal sobre problemas jurídicos objeto de investigação do orador convidado.

Este ano, as *Talks* foram subordinadas ao tema «Conceitos Normativos e Normatividade». Sob este mote, debateram-se, nomeadamente, as noções de *contrariedade à lei*, *representação sem poderes*, *fairness*, *igualdade*, *federação e federalismo*, assim como de *ius cogens europeu*.

O livro que agora se publica colige a generalidade das intervenções efetuadas. A todos os autores que tão entusiasticamente abraçaram este desafio, um grande bem-haja!

A publicação desta obra, assim como a sua disponibilização em *open access*, só é possível graças ao generoso apoio concedido pelas sociedades *Rogério Alves & Associados* e *CRS Advogados*, a quem manifestamos publicamente o nosso apreço.

Um agradecimento especial é ainda devido à Mestre Maria Pena Ermida, pela dedicação e empenho que colocou na coordenação executiva das *Talks*, e ao Mestre Miguel Carmo Mota, pelo cuidado com que procedeu à edição dos diversos textos.

Elsa Vaz de Sequeira
Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito

A igualdade enquanto conceito normativo

ANDRÉ OLIVIER*

1. Introdução

O presente trabalho aborda a igualdade como um conceito normativo que estabelece diretrizes para o estabelecimento de relações de equivalência entre números, expressões, coisas, dentre outros elementos que podem ser comparados entre si. A partir da ideia de igualdade matemática, o trabalho logo avança ao campo da justiça e dos direitos humanos, discutindo como a igualdade orienta decisões de caráter ético e jurídico. O seu principal objetivo é apontar que a igualdade deve ser compreendida não a partir de uma perspectiva universal e absoluta, mas sim como normatividade prática, ou seja, como normas que moldam as interações sociais, culturais e institucionais em diferentes contextos.

Como, então, conceber a normatividade da igualdade senão por uma vista universal e absoluta? Para responder essa pergunta, pretende-se discutir como a igualdade e a justiça estão interligadas, argumentando que a igualdade constitui uma razão prática para agir, na medida em que serve para justificar ações que corrigem desigualdades e promovem uma distribuição proporcional de bens e recursos com base no mérito ou na necessidade de cada indivíduo. Em seguida, pretende-se explorar a institucionalização da igualdade como um princípio jurídico-normativo e destacar que, além de uma virtude ética, a igualdade gera direitos e obrigações, constituindo-se em fundamento das normas legais. O texto questiona se a igualdade deve sempre ser aplicada de maneira idêntica e sem distinção a todos os casos, sugerindo que a mera igualdade formal nem sempre resulta em justiça, pois pode perpetuar desigualdades preexistentes na sociedade. Nesse ponto, a discussão sobre a força normativa do direito à igualdade é aprofundada, explicando-se

* Professor da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Rio Grande do Sul, Brasil. Professor Pesquisador no Programa de Pós-Graduação em Direito e no Curso de Graduação em Direito da Unisinos. Doutor em Filosofia pela Unisinos. Bacharel em Filosofia e Direito. E-mail: andreluiz@unisinos.br.

como a normatividade desse conceito vai além de uma garantia formal ou abstrata de tratamento igual. Pretende-se explorar a transformação da igualdade formal em substancial, destacando conceitos como equidade, imparcialidade e não-discriminação. Ao final, o texto aborda como a igualdade deve levar em consideração as diferenças contextuais entre os indivíduos, e como medidas específicas, como políticas de ação afirmativa e justiça distributiva, são necessárias para corrigir desigualdades históricas e estruturais, garantindo justiça social real e oportunidades justas para todos.

O trabalho consiste em uma revisão da bibliografia, de modo que, a partir de um referencial teórico contratualista, pretende-se mostrar que a normatividade encontrada na igualdade deve ser entendida como um conceito prático, isto é, trata-se de uma normatividade prática, orientada pela necessidade de ajustar as relações sociais de maneira justa, equitativa, imparcial e não-discriminatória em cada caso concreto. Essa perspectiva reforça que a igualdade não é um princípio absoluto, mas sim um critério que, ao moldar as interações e instituições, busca corrigir desigualdades e promover a justiça em contextos que são diferentes e específicos.

2. Contextualização do problema

O que é igualdade? Na matemática, esse conceito expressa uma relação de equivalência entre duas expressões, números, objetos ou conjuntos, sendo denotada pelo símbolo « \equiv ». A afirmação de que duas coisas são iguais significa que elas têm o mesmo valor, tamanho, quantidade, ou representam a mesma entidade. A igualdade matemática é uma relação binária, o que significa que ela compara duas partes (ou elementos) e estabelece que, sob certas condições ou aspectos, elas são indistinguíveis em termos de valor ou forma. É a expressão da ideia de que duas quantidades, expressões ou objetos são equivalentes em todos os aspectos relevantes dentro de um determinado contexto ou operação.

A igualdade obedece a certas propriedades, como a propriedade reflexiva, que aduz que qualquer número ou expressão é igual a si mesmo: $a=a$. Ambos os lados de uma equação são equivalentes. Dessa afirmação, é possível inferir relações de proporcionalidade. Uma proporção é uma igualdade entre duas razões ou frações. Pitágoras, por exemplo, demonstra a relação de proporcionalidade em triângulos retângulos. Ele afirma que, em um triângulo retângulo, o quadrado da hipotenusa (c^2)

é igual à soma dos quadrados dos outros dois lados ($a^2 + b^2$), demonstrando uma relação de igualdade na fórmula: $a^2 + b^2 = c^2$. Proporções são amplamente utilizadas em matemática para resolver problemas que envolvem escalas e comparações entre quantidades. Com base no raciocínio demonstrativo, igualdade e proporcionalidade são conceitos fundamentais para que se possa comparar e equilibrar relações entre diferentes partes ou quantidades.

Em sua essência, a igualdade é um conceito matemático que se expressa pela ideia de que duas quantidades ou expressões são idênticas em valor ou quantidade. Esse conceito serve como base para diversas operações lógicas¹, garantindo que cálculos e raciocínios possam ser realizados com consistência e coerência. O raciocínio demonstrativo proporcionado pela matemática revela que existem verdades incontestáveis, como a conclusão inevitável de que a soma dos ângulos internos de um triângulo é sempre 180° , independentemente do seu formato, tamanho ou ângulo.

Embora possa ser representado como um valor numérico, a igualdade é um conceito que transcende o domínio matemático e assume um papel central no raciocínio prático, em especial quando esse conceito é aplicado ao campo da ação e do agir, bem como à efetivação da lei e ao proferimento de decisões judiciais. Além disso, a linguagem ordinária presente no cotidiano dos homens revela que a igualdade é um termo linguístico usado para cumprir uma finalidade prática, como uma regra ou um princípio a orientar que as relações devem ser pautadas por simetria e proporcionalidade.

A igualdade envolve justiça e direitos humanos. Diversos documentos normativos, como declarações de direitos e constituições, afirmam que todas as pessoas, independentemente de qualquer condição, devem ser tratadas de forma justa, igualitária e sem discriminação. Trata-se de um conceito normativo, que não somente declara um estado de coisas, como também estabelece um conjunto de normas e princípios que orientam a conduta de indivíduos, instituições e Estados. Em outras palavras, a igualdade não é apenas uma descrição da realidade existente e nem uma abstração teórica desconectada do mundo. Pelo contrário, a igualdade possui uma dimensão prescritiva, servindo-se como princípio prático a dar diretrizes e a determinar as relações sociais, morais e jurídicas. Mas, em que medida a igualdade pode dar essas diretrizes? Como ela

¹ THOMSON (2008).

pode orientar as relações humanas? É possível apontar quais são essas diretrizes, caso elas de fato existam? Afinal: em que medida a igualdade deve ser compreendida enquanto um conceito normativo?

Um kantiano diria que igualdade e normatividade são conceitos que só podem ser compreendidos a partir de princípios absolutos, necessários e universais. Kant aponta para o fato de que a razão prática estabelece princípios que são universais e sob os quais todos devem praticar e seguir, independentemente de qualquer condição. A igualdade não é uma condição empírica ou contingente, mas uma exigência moral fundamental que se manifesta através do imperativo categórico. Essa igualdade é normativamente vinculante para todos os seres racionais, independentemente de circunstâncias individuais ou sociais. A igualdade é um princípio absoluto e universal² que surge da aplicação do imperativo categórico, o qual exige que tratemos todas as pessoas como fins em si mesmas e nunca meramente como meios para outra finalidade³. Em termos kantianos, há, inevitavelmente, o dever de tratar a todos os indivíduos de modo igualitário e sempre com o mesmo respeito. Em outras palavras, é um princípio moral que se aplica a todos os seres racionais, em todas as circunstâncias, e que deve ser seguido por dever, e não por inclinações ou objetivos contingentes.

Desse modo, o problema proposto para a abordagem da presente investigação pode ser recolocado da seguinte maneira: em que termos a igualdade deve ser compreendida enquanto um conceito normativo? Deve ser, apenas, a partir de um sentido absoluto, universal e necessário do normativo? Logo veremos que não, que não há a necessidade de um princípio universal e válido sempre e sem exceções, como o imperativo categórico. Mas, como, então, conceber a igualdade enquanto um conceito normativo se não for pela via universalista? No intuito de responder esses questionamentos, o presente trabalho pretende argumentar que a igualdade, quando interpretada como um conceito normativo, não precisa ser necessariamente entendida como um princípio absoluto, senão como uma prática normativa que emerge das interações humanas e dos usos da linguagem em contextos específicos.

Contrário à via universalista, Turner investiga como podemos justificar ou explicar normas em termos de fatores empíricos, sem o recurso ao expediente de manifestações metafísicas ou transcendentais, como a

² KANT (2007), p. 59.

³ KANT (2007), p. 69.

«razão prática pura». Ele critica as visões que tratam as normas como objetivas e universalmente válidas, ao argumentar que a normatividade é uma construção social e contingente. Turner destaca que as normas são práticas sociais⁴ que surgem a partir dos hábitos e convenções, em vez de serem derivadas de princípios morais universais. Walzer⁵ defende que a igualdade é complexa e pluralista, ao argumentar que igualdade e justiça são conceitos que devem ser entendidos em termos contextuais. Miller⁶ defende uma posição semelhante ao propor que a igualdade seja abordada a partir de diferentes esferas ou dimensões da distribuição igualitária. Isso significa dizer que diferentes bens sociais devem ser distribuídos de maneira distinta, conforme a lógica interna de cada «esfera» da vida social, como a esfera política, econômica, etc.

A normatividade está em movimento e intimamente ligada ao contexto social e histórico. Não é um mandamento incondicional, tal como Kant propõe com seu imperativo categórico, mas sim como uma construção normativa que ganha significado e força dentro de práticas sociais, culturais e discursivas. Essas práticas são também institucionais e jurídicas, e se pautam por padrões de igualdade. Trata-se de uma normatividade prática, quando a igualdade ganha força normativa a partir dos mais dos diversificados usos e contextos práticos da linguagem dos processos intersubjetivos que a definem.

Para comprovar esse argumento, pretende-se, nos próximos capítulos, mostrar como a igualdade pode ser concebida a partir de uma normatividade prática, desenvolvendo-se a partir das necessidades, das experiências e, principalmente, dos acordos estabelecidos entre as pessoas em diferentes contextos. A igualdade é moldada pela dinâmica das relações sociais e não deixa de constituir obrigações que orientam o comportamento e a organização social. Essas obrigações são fruto da pressão social e das exigências morais e jurídicas por igualdade, exigências que as pessoas fazem entre si. Numa sociedade equilibrada, as exigências por igualdade costumam ser mais abertas ao diálogo e ao respeito mútuo, costumam ser mais negociadas e reinterpretadas em função das circunstâncias práticas.

⁴ TURNER (2010), pp. 25-26.

⁵ WALZER (1983), pp. 3-6.

⁶ MILLER (1997), pp. 222-237.

3. Igualdade e justiça: razões para o agir

O conceito de igualdade, em sua aplicação prática, está intrinsecamente ligado ao de justiça. A justiça emerge como um conjunto de demandas e reivindicações de igualdade, tanto nas relações humanas quanto nas instituições estatais e na sociedade civil. Essa conexão se fundamenta em uma «razão» que busca equilíbrio e proporcionalidade entre as diferentes partes que compõem um todo. Justiça e igualdade, assim, são conceitos interdependentes que se manifestam na comparação entre duas partes, em que a presença ou ausência de proporção define o que é justo. Quando comparadas, essas partes podem ser desiguais, desproporcionais, ou podem estar em simetria, a ponto de serem consideradas justas porque iguais. A igualdade funciona como uma «razão para agir»⁷, justificando ações direcionadas à busca pela proporcionalidade, seja pela correção equânime de relações desiguais, seja pela distribuição igualitária de bens e recursos.

Desde Aristóteles, essa compreensão se desdobra em duas formas de justiça em sentido estrito: a justiça corretiva e a justiça distributiva⁸, ambas aplicando a ideia de igualdade proporcional em contextos distintos e desempenhando papéis fundamentais na organização da sociedade.

A justiça corretiva se aplica a situações em que foram gerados desequilíbrios a partir de uma relação voluntária ou involuntária entre indivíduos, como contratos, negócios ou responsabilidade civil. Essas relações podem gerar danos e o propósito desse tipo de justiça é corrigir a desigualdade provocada. Visa-se à correção de uma injustiça que foi causada e, com isso, intenta-se à restauração do equilíbrio, usando a igualdade aritmética como referência⁹. Neste caso, a igualdade constitui uma razão numérica entre polos desiguais, e, como tal, não comporta diferenças, devendo as partes ser divididas em parcelas exatamente iguais. Por exemplo, na sequência 2, 5, 8, 11, 14, a diferença entre os termos consecutivos

⁷ RAZ (1999), pp. 9 e 178; (2022), pp. 92 e 224.

⁸ Aristóteles aponta para os sentidos da palavra «justiça» ao se referir à justiça enquanto lei e distingui-la da justiça enquanto igualdade aplicada ao caso concreto. A justiça, dita a partir de um sentido amplo, diz respeito à lei, isto é, a uma lei natural estabelecida pelo cosmos. A partir de um sentido restrito e específico, a justiça é compreendida como igualdade, seja a igualdade corretiva, seja a distributiva [ARISTOTLE (2019), 1130b30-1131a1, pp. 82-83]. O sentido específico é o significado que juristas imprimem à justiça quando da atuação direta em casos concretos, como ocorre com o juiz quando deve corrigir a desigualdade de determinada relação.

⁹ ARISTOTLE (2019), 1131b28-1132b20, pp. 85-87.

é sempre a mesma: 3. Dessa progressão, infere-se que a diferença é sempre igual, sem variação, e, na progressão, será sempre o mesmo número. Trata-se de progressão aritmética, segundo a qual a função da justiça é corrigir as relações desiguais, especialmente nas transações e interações negociadas, ajustando-as a uma relação milimetricamente igual.

A justiça corretiva tem a sua aplicação prática nas transações e deve ser aplicada para restaurar a igualdade original entre as partes, seja através da compensação ou de outras formas de reparação¹⁰. Essa forma de justiça almeja implementar mecanismos para restaurar a justiça em situações em que houve uma violação de direitos ou um desequilíbrio nas relações entre indivíduos, buscando restabelecer a igualdade através de uma correção direta da distorção existente nos casos concretos.

A justiça distributiva, por sua vez, diz respeito à distribuição de bens, recursos, honras e cargos entre os cidadãos, quando um governante ou, em linhas gerais, o Estado distribui com base numa ideia de proporcionalidade. Os benefícios ou encargos devem ser alocados de acordo com o mérito ou a necessidade de cada indivíduo. A distribuição dos recursos deve ser justa ao ponto de produzir mais igualdade, o que significa dizer que se trata de uma igualdade estabelecida por diferenciações entre pessoas ou grupos.

A justiça distributiva envolve a divisão da coisa pública e está baseada na igualdade geométrica, segundo a qual cada um recebe o que é seu de direito conforme o seu mérito, que é algo dado pela natureza¹¹. Por exemplo, na sequência 2, 6, 18, 54, a «razão» entre termos consecutivos é sempre multiplicável por 3 e, portanto, é maior e segue a aumentar progressivamente, ocasionando uma aparente desproporção entre a sequência de números. Embora haja uma constante na progressão, a razão demonstrada diferencia as partes e dá a cada um o que é seu de direito

¹⁰ ARISTOTLE (2019), 1132b21-1133b28, pp. 88-89.

¹¹ Em Aristóteles, trata-se da distribuição de honras, riquezas e outros bens comuns que são divididos entre os membros da comunidade de acordo com algum critério de proporção (ARISTOTLE, 2019, 1131a14-1131b27, pp. 83-84), como o mérito ou o merecimento de cada cidadão. Para Aristóteles, uma sociedade justa é aquela que distribui riqueza ou cargos públicos de acordo com a contribuição dada por cada um, o que significa admitir que alguns cidadãos mereceriam mais do que outros. A virtude deve ser conquistada pelo hábito, deve ser repetida na vida cotidiana ao ponto de o agente moral ser merecedor da virtude. A virtude deve ser merecida para todo aquele que intenta ser virtuoso ou excelente.

justamente porque diferencia as pessoas pela posição social que ocupa na pólis¹².

Do raciocínio prático de Aristóteles pode-se inferir que é preciso diferenciar para igualar a partir de uma ideia de proporcionalidade segundo a qual as pessoas são tratadas de acordo com seus méritos, necessidades ou até contribuições, ao menos quando se aborda a justiça na distribuição da coisa pública. A igualdade está ligada à ideia de dar a cada um o que é seu de direito, tratando os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira proporcional às suas diferenças. A distribuição equitativa depende de algumas diferenciações, que, se bem afinadas e harmonizadas, podem trazer mais igualdade na medida em que diferencia pessoas em determinados grupos ou classes com o objetivo de gerar mais igualdade e justiça social.

4. Contrato e institucionalização da igualdade

A igualdade constitui-se enquanto razão para agir não somente no campo das virtudes éticas¹³, mas desdobra-se também em justificativa para fundamentar normas e decisões no plano institucional de qualquer sistema de regras jurídicas. Nesses sistemas, decisões são tomadas e leis são elaboradas a partir de relações de proporcionalidade entre liberdades, direitos e garantias fundamentais. Do ponto de vista institucional,

¹² Aristóteles afirma que a participação na pólis é reservada aos homens que podem participar ativamente da vida política, o que geralmente incluía aqueles que eram chefes de família e proprietários de escravos. Aristóteles também acreditava em uma hierarquia na sociedade, que ele via como estabelecida por fatores naturais, segundo a qual algumas pessoas são naturalmente aptas a governar e outras a serem governadas. Tratava-se, por certo, de um Estado que, em linhas gerais, distribuía cargos e honrarias aos cidadãos, fazendo-se a ressalva de que somente alguns indivíduos teriam o vínculo de cidadania. Feita essa ressalva, é prudente lembrar que, embora a pólis grega tenha sido excludente com mulheres, escravos e estrangeiros, a cidadania, segundo o argumento de Aristóteles, está mais relacionada à participação política do que simplesmente à posse de uma família ou de escravos.

¹³ Embora o caráter normativo da igualdade até possa ser verificado na ética das virtudes de Aristóteles, a sua teoria resume-se ao fenômeno moral e à normatividade do ponto de vista valorativo, servindo como um guia prático para a conduta humana. Talvez, seja possível afirmar que se trata de uma normatividade em sentido «fraco», isto é, uma normatividade que não chega a gerar uma obrigação ou um dever. A igualdade é uma medida para o estabelecimento de padrões e princípios para orientar o comportamento moral do animal humano que se pretende virtuoso ou excelente no seu próprio agir. Não é um dever que todos necessariamente precisam seguir e respeitar.

a igualdade é concebida a partir de uma obrigação jurídica e caracteriza-se como um «direito», um direito que, numa relação jurídica, gera deveres e responsabilidades a terceiros. Desse modo, a normatividade que exsurge da igualdade não é apenas uma normatividade valorativa e axiológica, visto que o exercício da justiça depende de uma institucionalidade que só é possível com a tomada de decisões por parte de instituições estatais, formais e burocráticas, instituições que são governadas mais pelas leis do que pelos homens.

Do ponto de vista institucional, a justiça é um artifício¹⁴ e, portanto, é fruto de um contrato social¹⁵, isto é, um pacto ou acordo de vontades

¹⁴ No modelo contratualista, a justiça não é apenas uma virtude natural de sociabilidade a ser cultivada, mas é um conceito normativo central para a legitimação das instituições políticas, dos sistemas jurídicos e das leis. A formação da sociedade e do Estado está baseada na ideia de que os indivíduos, ao saírem do estado de natureza, concordam em estabelecer um contrato social que regula as interações humanas e protege os seus direitos mais fundamentais. A igualdade é, então, pressuposta como condição inicial dos indivíduos no estado de natureza, de sorte que o contrato social é um acordo que deve respeitar e preservar essa igualdade fundamental que caracteriza a hipótese do estado de natureza. Na medida em que é consolidada no contrato social, a igualdade serve como um princípio regulador a garantir que as instituições políticas tratem todos os indivíduos de maneira justa e imparcial.

¹⁵ Hobbes, Locke e Rousseau concebem o pacto social como uma forma de garantir a proteção dos indivíduos, mas com ênfases diferentes. Para Hobbes, o pacto é necessário para proteger a vida, uma vez que, no estado de natureza, os seres humanos vivem em constante guerra e insegurança. Thomas Hobbes, em sua obra *Leviatã*, argumenta que o estabelecimento do contrato retira o ser humano de um estado de natureza e selvageria no qual todo indivíduo poderia usar e abusar das suas liberdades, sem a existência de um poder soberano para impor ordem e paz. Para escapar desse estado caótico e preservar direitos naturais que seriam inerentes ao ser humano, os indivíduos consentem em estabelecer um contrato social [HOBBS (1996), p. 94], entregando parte de sua liberdade a um soberano em troca de segurança e ordem. Esse contrato é a base das leis e instituições que estruturam a sociedade [HOBBS (1996), p. 121], garantindo a justiça como um mecanismo para manter a paz e a estabilidade. John Locke e Jean-Jacques Rousseau segue a mesma metodologia, mas atingem conclusões diferentes. Locke vê o pacto como uma garantia da vida, liberdade e propriedade, elementos fundamentais que o governo deve preservar, já que no estado de natureza essas garantias são vulneráveis. Rousseau, por sua vez, entende o pacto social como um meio de recuperar a liberdade perdida, em que os indivíduos abrem mão de alguns direitos naturais em troca da liberdade coletiva e da igualdade, com menos ênfase na propriedade privada. Rousseau não prioriza a proteção da propriedade como Hobbes e, principalmente, Locke, focando mais na igualdade e liberdade coletivas, além de vincular a legitimidade à vontade geral, que representa a vontade coletiva do povo e visa o bem comum e o interesse geral da sociedade, em contraste com a vontade individual ou particular, que reflete os interesses pessoais.

que serve para declarar e reconhecer direitos, além de estabelecer parâmetros para se corrigir desigualdades ou para fomentar a igualdade a partir de intervenções equitativas por parte do Estado. Em termos práticos, as leis de um país representam e corporificam a ideia filosófica de contrato social. Elas são formuladas e implementadas através de um processo legislativo que, em teoria, reflete a vontade coletiva dos cidadãos. Este processo democrático assegura que as leis sejam justas e equitativas, protegendo os direitos e liberdades dos indivíduos.

Aliás, a institucionalização da justiça revela que a igualdade deve ser compreendida a partir da ideia de liberdades individuais, mais precisamente à ideia de que todos os seres humanos são igualmente livres. A liberdade, cabe destacar, refere-se à capacidade das pessoas de agir, expressar-se e fazer escolhas de forma autônoma, dentro dos limites estabelecidos pela lei e sem ofender direitos de terceiros. Cada ser humano «deve» ser igualmente livre para escolher e tomar suas próprias decisões. Nesse sentido, Wollheim e Berlin¹⁶ investigam as tensões entre igualdade e liberdade, discutindo até que ponto a busca por igualdade pode entrar em conflito com a promoção da liberdade individual. Eles também analisam as diferentes formas de igualdade, como igualdade formal (ou jurídica) e igualdade material (econômica e social), questionando como essas formas podem ser equilibradas em uma sociedade justa. Justiça, igualdade e liberdade estão interligadas na medida em que asseguram que os direitos individuais sejam respeitados e protegidos, garantindo, assim, que as pessoas tenham a mesma liberdade para viver suas vidas, sempre de acordo com suas convicções, crenças e pensamentos, e desde que não prejudiquem os direitos e liberdades de outros.

No fundo, o conceito de justiça é constituído pelo binômio igualdade-liberdade e se vincula, intrinsecamente, à linguagem daquilo que no mundo contemporâneo se entende por direitos humanos. A «igual liberdade» é um princípio a exigir que todas as pessoas sejam igualmente livres e que todos os indivíduos devem ter direitos iguais e as mesmas oportunidades, independentemente de sua origem, *status* socioeconômico, raça, gênero, religião ou quaisquer outras características pessoais. Em outras palavras, a igualdade de liberdade significa que todos têm o direito de buscar seus objetivos e interesses de maneira livre e autônoma, sem discriminação ou restrição injusta. Alcançar a igualdade de liberdade é, na prática, um desafio constante, pois muitas vezes existem

¹⁶ WOLLHEIM e BERLIN (1955-1956), p. 281.

barreiras estruturais e sociais que impedem algumas pessoas de desfrutar plenamente seus direitos e liberdades, desencadeando disparidades socioeconômicas, discriminação sistemática, acesso desigual à educação, emprego e recursos, entre outros fatores, contra os quais persiste a ideia de justiça.

A igualdade só alcançou a dimensão institucional e jurídica da linguagem dos direitos após o advento da modernidade, quando veio a constituir-se como um fundamento das estruturas legais e políticas que garantem a coexistência pacífica e equitativa entre os cidadãos. É importante contextualizar o conceito de igualdade na história, lembrando que se trata de um direito que emergiu fortemente com as revoluções liberais do século XVIII, especialmente a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789). Essas revoluções buscaram romper com as estruturas hierárquicas e aristocráticas das sociedades monárquicas, promovendo a ideia de que todos os indivíduos possuem os mesmos direitos fundamentais. A Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) afirmava que «todos os homens são criados iguais», enquanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), na França, expressava que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. São afirmações bastante descritivas, na medida em que apenas declaram direitos¹⁷. Esses documentos, dentre outros, introduziram formalmente a igualdade jurídica e política no âmbito das nações modernas, inspirando a criação de regimes democráticos e o desenvolvimento de direitos civis, que continuariam a ser expandidos ao longo dos séculos XIX e XX.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a criação da ONU e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, o direito

¹⁷ Embora tenham declarado direitos, esses documentos normativos sempre tiveram dificuldades para efetivar a igualdade na vida concreta dos seres humanos. O Estados Unidos afirmou a liberdade e a igualdade, mas continuou a adotar um sistema legal escravocrata. A França logo vivenciou os anos de terror com o uso indiscriminado da guilhotina para repressão política e violência generalizada, buscando a consolidação da classe burguesa dominante no poder e a eliminação tanto de inimigos internos quanto externos que ameaçavam a revolução. De todo modo, é inegável que houve uma ruptura com o modelo monárquico e a abertura para uma discussão mais democrática sobre a necessidade de igualdade na atribuição das liberdades individuais. Nos documentos normativos gerados pelas revoluções liberais, a igualdade era entendida principalmente como igualdade jurídica e política – a ideia de que todos os cidadãos devem ser tratados igualmente perante a lei e ter os mesmos direitos civis e políticos, independentemente de sua classe social ou origem.

à igualdade foi projetado internacionalmente. Digamos que, desde então, a ideia de contrato social ultrapassou as fronteiras da soberania nacional e contempla também as normas internacionais de direitos humanos, representando uma espécie de consenso global sobre os princípios básicos de justiça. É bem verdade que se trata de uma ordem jurídica precária, visto não possuir maiores mecanismos imperativos de sanção. Até pode existir um acordo internacional sobre o que são e quais são os direitos humanos, mas não há certamente sanção para obrigar, de fato, os países que violam ou se negam a cumprir esses acordos. Quando os mecanismos sancionatórios existem e possuem validade no sistema internacional de regras, são, na maior parte das vezes, frágeis e difíceis de ganhar efetividade. Em última instância, os mecanismos de sanção jurídica ficam a encargo de cada Estado-membro que compõe a comunidade internacional, isto é, a aplicação de direitos como a igualdade e as liberdades individuais estão submetidas ao controle normativo interno realizado por cada soberania, e não propriamente por uma estrutura normativa superior aos Estados e, portanto, internacional. De todo modo, diversos pactos e convenções internacionais foram assinados nas décadas seguintes à Segunda Guerra Mundial, acordos que são frutos de intensas negociações entre os países e refletem ao menos um compromisso compartilhado de respeitar e promover a dignidade, a liberdade e a igualdade de todos os seres humanos. Estes documentos internacionais estabelecem padrões mínimos de tratamento que todos os Estados-membros devem seguir, promovendo uma visão global de justiça que transcende fronteiras nacionais. A igualdade passa a ser concebida como um conceito normativo no sentido de que pode acarretar obrigações jurídicas. É a igualdade para se ter direitos. Todos são iguais em direitos e esses direitos geram obrigações e deveres a terceiros.

A correção das desigualdades se dá via decisão de um juiz ou magistrado que é chamado a solucionar um conflito naquilo que se chama justiça corretiva. Essas decisões envolvem a aplicação imparcial das normas jurídicas, assegurando que todas as pessoas sejam tratadas de forma equitativa e que seus direitos sejam igualmente respeitados. Magistrados devem ser imparciais e equânimes. Por outro lado, pode-se falar em justiça distributiva, que consiste na distribuição justa e equânime dos recursos públicos, o que demanda, em linhas gerais, a elaboração de políticas públicas a partir das quais o Estado investe no fomento da igualdade. Isso significa dizer que a justiça consiste não apenas na reparação de danos e

na punição de transgressões, mas também na promoção da igualdade de oportunidades e no acesso equitativo aos recursos e serviços essenciais.

Disso decorrem os seguintes questionamentos, que iremos tentar responder ao longo da última parte do presente trabalho: quais direitos e obrigações derivam do princípio da igualdade? Seriam somente as obrigações de tratar a todos os seres humanos absolutamente como iguais, sem qualquer exceção à regra? A resposta será negativa, visto que a realização da igualdade formal nem sempre é garantia de mais igualdade. A abstração e o formalismo apresentam limitações, em especial ao desconsiderar as diferenças reais entre indivíduos e grupos sociais. Nesse sentido, qualquer abordagem centrada em uma noção abstrata de igualdade e justiça pode, no final das contas, mais perpetuar desigualdades preexistentes do que alcançar uma justa igualdade entre as partes. Tratar indivíduos de contextos radicalmente distintos de maneira idêntica pode reforçar desigualdades, ao ignorar as barreiras que alguns enfrentam para acessar bens, recursos e oportunidades.

5. Igualdade e Diferença

A igualdade é um princípio normativo que está consagrado em diversas constituições e documentos internacionais de direitos humanos, e não se resume simplesmente a uma garantia abstrata de tratamento igualitário para todos. A igualdade é normativa porque se caracteriza como um direito que gera bem mais do que o dever de dividir o todo em parcelas milimetricamente iguais. Dentre algumas obrigações geradas pela igualdade, destacam-se a equidade, a imparcialidade e a não-discriminação, que são conceitos necessários para transformar a igualdade formal em uma igualdade substancial e efetiva, quando os cidadãos exercem seus direitos e oportunidades de maneira justa e equânime, independentemente de suas circunstâncias pessoais. Mais do que expressar uma relação de identidade entre duas partes que são comparadas, a igualdade reside na diferenciação entre partes que não são idênticas entre si.

Por um lado, a igualdade deve ser compreendida pela dimensão da equidade, que pode ser definida como um princípio normativo a exigir que políticas e decisões públicas levem em conta as diferenças de contexto e oportunidades entre as pessoas, promovendo justiça social e compensando desigualdades históricas e estruturais. O dever de equidade compete aos agentes estatais e surge do reconhecimento de que nem todas as pessoas partem das mesmas condições ou enfrentam os mesmos

obstáculos, exigindo-se que sejam adotadas medidas específicas para garantir que grupos historicamente marginalizados ou vulneráveis possam usufruir de seus direitos em igualdade de condições com os demais.

Para refletir sobre a justiça como equidade, John Rawls propõe o «princípio da diferença», ao alegar que, em alguns contextos, as desigualdades sociais e econômicas podem ser justificáveis, desde que beneficiem os menos favorecidos, promovendo assim uma forma de igualdade de oportunidades. Ele propõe uma versão contemporânea do contrato social ao levantar a hipótese de que indivíduos, quando pressupostos como livres, iguais e racionais, tendem a escolher os mesmos princípios de justiça para regular a sociedade que poderiam vir a habitar um dia. Rawls¹⁸ propõe o chamado «véu de ignorância» para pensar os conceitos de justiça e igualdade, pontuando que esses indivíduos, ao escolherem os princípios de justiça, não poderiam saber qual seria a sua posição na sociedade. Para escolher os princípios que irão regular a sociedade, deve-se pressupor que não se sabe ao certo qual será sua posição social. Rawls¹⁹ pressupõe uma posição original: não se sabe se esse indivíduo, ao ser colocando dentro do contexto social, será pobre ou rico, nem se branco ou negro. Não se sabe se será uma pessoa com deficiência, nem se será uma pessoa idosa, e assim por diante. Sem saber a sua posição social, quais seriam os princípios de justiça que essa pessoa gostaria de ver aplicados em sua sociedade?

Para concretizar a normatividade do conceito de igualdade, Rawls propõe que a sociedade seja organizada com base em dois princípios fundamentais: o da liberdade igual e o da diferença²⁰. O primeiro garante que todos tenham acesso aos mesmos direitos e liberdades fundamentais²¹, assegurando uma igualdade jurídica e política. Já o segundo permite a existência de desigualdades econômicas²², desde que elas resultem em benefícios para os mais desfavorecidos e que todos tenham igualdade justa de oportunidades para alcançar as posições de vantagem na vida social. Assim, a normatividade da igualdade se realiza em uma estrutura social que equilibra liberdades individuais com justiça social,

¹⁸ RAWLS (1999), p. 118.

¹⁹ RAWLS (1999), p. 102.

²⁰ RAWLS (1999), p. 53.

²¹ RAWLS (1999), p. 176.

²² RAWLS (1999), p. 242.

promovendo o bem-estar dos menos privilegiados e garantindo oportunidades iguais para todos.

Na mesma esteira de Rawls, Amartya Sen argumenta que a justiça exige que as pessoas tenham iguais oportunidades para realizar seu potencial e propõe uma análise da igualdade em termos de «capacidades»²³. Ele argumenta que o desenvolvimento deve ser medido não apenas em termos de renda ou crescimento econômico, mas com base nas capacidades das pessoas de viverem de acordo com seus valores e aspirações, propondo indicadores mais amplos do que o PIB – Produto Interno Bruto para medir o progresso de uma sociedade, tais como a saúde, educação e liberdade, são essenciais. Sen mostrou que a pobreza, a fome e a miséria²⁴ nem sempre são causadas pela escassez de alimentos, mas frequentemente por desigualdades nas distribuições de recursos e acessos.

Quando se aborda a justiça distributiva, a implementação de políticas de ação afirmativa é sempre o melhor exemplo para se pensar alternativas institucionais que buscam corrigir as desvantagens acumuladas ao longo do tempo por razões de raça, gênero, etnia, ou outros fatores. Pode-se afirmar que a diferenciação entre pessoas, nesses casos, deve ser implementada com equidade, isto é, com uma proporcionalidade feita a partir da diferença. A divisão da coisa pública deve ser realizada de modo equânime, revelando que esse dever de equidade complementa o direito à igualdade, assegurando que as diferenças relevantes sejam levadas em conta para alcançar uma justiça real e não meramente formal.

Com efeito, não há consenso no âmbito das teorias do liberalismo igualitário, de modo que há discordância sobre qual é a melhor forma de se distribuir oportunidades ou recursos, ou seja lá o que for. Afinal, distribuir o quê? Ronald Dworkin alega que os cidadãos possuem em relação ao governo o direito de «igual consideração e respeito»²⁵ e argumenta que, para haver verdadeira igualdade, não basta apenas redistribuir riqueza ou resultados, como ocorre em abordagens que focam na igualdade de bem-estar²⁶. Em vez disso, a «igualdade de recursos», como propõe Dworkin²⁷, é um tipo de justiça distributiva, que pressupõe que todos tenham a mesma quantidade de recursos de partida, permitindo

²³ SEN, (1992), pp. 39 e 79.

²⁴ SEN (1981); SEN (1992), p. 102.

²⁵ DWORKIN (1977), pp. 180-183; pp. 272-278.

²⁶ DWORKIN (2000), p. 11.

²⁷ DWORKIN (2000), p. 65.

que as diferenças de bem-estar ou de resultados sejam consequência das escolhas pessoais e não de desigualdades injustas.

A ideia central de Dworkin é que as desigualdades resultantes de preferências, habilidades ou decisões pessoais são aceitáveis, mas aquelas derivadas de circunstâncias além do controle do indivíduo – como a má sorte, o ambiente social ou a saúde – devem ser compensadas pela sociedade. Ele usa o exemplo do «leilão de recursos»²⁸ como um experimento mental: imagine que todos os recursos da sociedade fossem leiloados e distribuídos de forma que ninguém preferisse a alocação de outra pessoa, ou seja, todos começassem com as mesmas oportunidades e possibilidades. Isso criaria um ponto de partida justo, muito embora, ao longo da vida, algumas desigualdades acabariam por surgir devido às escolhas individuais de cada pessoa. A igualdade de recursos é uma tentativa de equilibrar justiça e liberdade individual, reconhecendo a responsabilidade das pessoas por suas próprias escolhas, mas ao mesmo tempo corrigindo desigualdades que resultam de desvantagens arbitrárias ou injustas.

Dworkin²⁹ destaca a existência de direitos morais dos cidadãos contra seus governantes, como é o caso direito à igualdade de consideração e respeito. Elizabeth Anderson³⁰, Christian Schemmel³¹ e Samuel Scheffler³² vão além da simples distribuição de recursos ou resultados e propõem uma visão relacional da igualdade. Eles destacam que a igualdade envolve um compromisso moral com a ideia de que todos os indivíduos são iguais, o que impacta práticas sociais, instituições e atitudes. As pessoas se obrigam moralmente nestas práticas e nas relações que estabelecem entre si, de modo que a igualdade deve ser compreendida em termos relacionais, ou seja, não apenas no sentido de que todos devem ter a mesma quantidade de recursos ou oportunidades, mas no sentido de que a igualdade está profundamente ligada ao modo como as pessoas se relacionam e interagem dentro de uma sociedade. A igualdade envolve não apenas a distribuição justa de recursos, mas também a criação de relações justas e equitativas que moldam a interação social.

²⁸ DWORKIN (2000), p. 65.

²⁹ DWORKIN (1977), p. 138.

³⁰ ANDERSON (1999), p. 287.

³¹ SCHEMMELE (2011), p. 366.

³² SCHEFFLER (2015), p. 21.

Derek Parfit³³ aborda a igualdade ao propor uma mudança de eixo nas justificações ao afirmar que a justiça se pauta em uma noção de prioridade, na medida em que o mais importante é beneficiar aqueles que estão em condições piores, mesmo que isso não reduza diretamente a desigualdade geral. Bernard Williams analisa as tensões entre a igualdade de oportunidades e a igualdade de resultados, destacando que a simples oferta de oportunidades iguais pode perpetuar desigualdades que já estavam enraizadas na sociedade. Ele argumenta que a justiça social requer uma reflexão cuidadosa sobre as condições e circunstâncias que levam a resultados desiguais³⁴ para, após isso, conseguir apontar as medidas necessárias para corrigir essas injustiças. Sobre a discussão acerca do melhor tipo de política de distribuição da coisa pública, é notável a crítica de Nozick³⁵ à igualdade de oportunidade, bem como sua defesa do libertarianismo. Embora seja um crítico da justiça distributiva, Nozick também aborda a igualdade e a justiça em termos normativos, argumentando que a justiça na distribuição de recursos deve respeitar as aquisições e transferências legítimas a respeito da propriedade privada.

Thomas Nagel³⁶ também rejeita uma abordagem exclusivamente voltada na distribuição material e sugere que o conceito de igualdade deve ser mais amplo, incorporando o respeito pela dignidade e a consideração igualitária de todas as pessoas. Ele aponta para o conceito de imparcialidade, que é essencial para garantir que todos sejam tratados sem favoritismos ou preconceitos, especialmente em processos legais, educacionais e no mercado de trabalho. A imparcialidade é posta em prática em contextos que envolvam julgamentos e decisões, como no sistema judicial, em que a imparcialidade exige que juízes e tribunais avaliem casos concretos com isenção e sem influências externas ou preconceitos pessoais. Imparcialidade implica que as decisões tomadas no âmbito jurídico, administrativo ou social, devem ser feitas sem que o julgador tome um dos lados do litígio, tratando todas as partes de maneira justa e objetiva. Nessa seara, Nagel³⁷ explora a tensão que existe entre igualdade e decisões parciais, ao argumentar que a igualdade tem uma dimensão normativa que deve ser incorporada em nossas decisões práticas e nas

³³ PARFIT (1997), p. 213.

³⁴ WILLIAMS (1997), p. 97.

³⁵ NOZICK (1974), p. 235.

³⁶ NAGEL (2013), pp. 106-127.

³⁷ NAGEL (1991).

instituições sociais. Sen destaca a necessidade de uma imparcialidade «aberta»³⁸, qual seja, uma imparcialidade que não seja feita apenas pelos e para os que são de dentro de um mesmo círculo limitado de pessoas.

A imparcialidade garante que as instituições e os agentes públicos respeitem e concretizem o direito à igualdade, evitando que interesses pessoais ou preconceitos influenciem o tratamento dado a qualquer indivíduo ou grupo. Independentemente de suas características individuais, as decisões devem ser fundamentadas em critérios justos e transparentes, mantendo a integridade e a legitimidade de qualquer processo de decisão, como deve ocorrer nos processos judiciais.

Talvez o melhor modo de se compreender a igualdade seja com o princípio da não-discriminação e na garantia de que ninguém será excluído ou marginalizado com base em características como raça, gênero, orientação sexual ou condição socioeconômica. O direito à igualdade impõe a obrigação de eliminar tais práticas discriminatórias e de promover um ambiente em que todas as pessoas tenham as mesmas oportunidades e direitos. Disso decorre o dever de não-discriminar, que proíbe práticas ou políticas públicas que resultam em tratamento injusto ou desfavorecido de indivíduos ou grupos com base em demarcadores sociais com a finalidade apenas de excluir e segregar. Esse dever proíbe a discriminação negativa, que está associado à injustiça e à desigualdade, resultando em exclusão ou marginalização de pessoas devido a preconceitos ou estereótipos. Exemplos de discriminação negativa incluem a negação de oportunidades de emprego ou educação para indivíduos de grupos minoritários ou a aplicação desigual das leis.

Com efeito, existem medidas legítimas de proteção da igualdade que buscam corrigir desigualdades históricas ao promover a inclusão de grupos desfavorecidos. Trata-se da discriminação positiva, o que pode incluir a implementação de políticas que reservam vagas em universidades, empregos ou cargos públicos para pessoas e minorias que enfrentaram discriminação no passado. O objetivo da discriminação positiva é nivelar uma disputa, como a concorrência para cargo público, colocando todos os envolvidos em um patamar de proporcionalidade feito à base da diferença, oferecendo oportunidades que ajudam a equilibrar a participação desses grupos na sociedade e reduzir as disparidades existentes. Essas medidas são temporárias e visam alcançar uma

³⁸ SEN (2009), p. 124.

igualdade substantiva, em que as desigualdades históricas são reconhecidas e corrigidas.

A não-discriminação é, assim, um dos pilares para garantir que a igualdade não seja mais do que uma promessa vazia, assegurando que todas as pessoas, independentemente de suas diferenças, possam participar plenamente da vida social, política e econômica.

6. Considerações Finais

Enquanto conceito normativo, a igualdade não deve ser compreendida apenas em termos matemáticos ou abstratos, mas sim como uma prática dinâmica e contextual que orienta as relações sociais, seja no âmbito das escolhas morais, seja na institucionalidade das decisões jurídicas e da proteção e aplicação da lei. A análise da igualdade sob uma perspectiva contratualista evidencia que a sua aplicação requer uma atenção cuidadosa das particularidades e circunstâncias de cada situação, reconhecendo que a mera igualdade formal pode falhar em promover uma justiça idealizada.

A igualdade reside nos contextos práticos e, portanto, varia de caso a caso, à medida em que reside na diferença justa e igualitária entre as pessoas. Enquanto normatividade, a igualdade envolve a criação de padrões sobre como tratar as pessoas de forma justa e equitativa – e não há uma fórmula única para se fazer isso. A criação desses padrões depende dos contextos nos quais a prática da igualdade se desenvolve e adquire um arranjo institucional cada vez mais complexo. Em termos de justiça distributiva, colocar a igualdade em prática é incluir pessoas na distribuição de recursos, direitos, oportunidades e responsabilidades. Respeitar a dignidade e as necessidades de todos, sem discriminação ou privilégios injustificados, constitui uma orientação normativa a qual qualquer pessoa deve seguir caso queira ver implementado, na prática, um Estado Democrático de Direito.

No mundo contemporâneo, a igualdade enfrenta inúmeros desafios. A desigualdade socioeconômica persiste como uma barreira fundamental à justiça social, com milhões de pessoas ainda enfrentando fome, pobreza e miséria. O acesso desigual à justiça e ao Poder Judiciário intensifica essas disparidades, ao passo que a carga tributária, frequentemente mais pesada para os mais pobres, agrava a injustiça fiscal. No campo da discriminação e do preconceito, as barreiras com base em etnia, gênero, orientação sexual, religião e deficiência permanecem

obstáculos à verdadeira igualdade, exigindo a criação de um direito anti-discriminatório e antirracista que enfrente essas exclusões. A revolução digital, por sua vez, apresenta novas desigualdades tecnológicas, com a exclusão digital marginalizando ainda mais aqueles que não têm acesso adequado às ferramentas tecnológicas, comprometendo a igualdade de oportunidades no mundo contemporâneo. Em um cenário de crescente diversidade cultural e pluralismo jurídico, o desafio é garantir que todos os cidadãos, independentemente de suas origens, sejam tratados com igualdade perante a lei.

O grande desafio é efetivar a igualdade na diferença. Sem o reconhecimento das diferenças, a justiça torna-se inatingível, pois as disparidades socioeconômicas e de poder podem minar a capacidade das pessoas de receber tratamento justo e imparcial perante a lei e as instituições sociais, colocando, assim, obstáculos à igualdade de oportunidades e ao acesso equitativo a recursos. Portanto, a justiça busca assegurar que todos tenham as mesmas oportunidades e tratamento justo perante a lei e as instituições sociais, o que pode resultar na implementação de políticas públicas destinadas a combater a discriminação, promover a igualdade de gênero e garantir o acesso equitativo à educação, saúde, emprego e outros serviços essenciais. Além disso, a justiça implica a responsabilização por violações de direitos e a garantia de reparação para aqueles que foram prejudicados injustamente, o que inclui o estabelecimento e a aplicação de leis e regulamentos que protegem os direitos humanos e garantem a igualdade de liberdade para todos os membros da sociedade.

Assim, a normatividade prática da igualdade não se limita a um ideal; ela exige um engajamento ativo na luta contra as desigualdades e na promoção de condições que garantam que todos tenham a mesma chance de sucesso na vida. A normatividade caracteriza-se como um conjunto de obrigações institucionais que exigem ações concretas para corrigir desigualdades e promover justiça. Direitos e deveres emanam do conceito de igualdade. Da igualdade derivam a equidade, a imparcialidade e a não-discriminação, que são direitos reconhecidos para a concretização de uma sociedade mais inclusiva. Esses direitos geram obrigações que visa justamente garantir que o tratamento igualitário seja aplicado de maneira a levar em consideração a dignidade da pessoa humana em sua diferença, a proteger a imparcialidade nas decisões e a combater todas as formas de discriminação, segregação e exclusão. O princípio da igualdade gera direitos e exige deveres, obrigações e responsabilidades. Sem obrigações, o direito à igualdade permaneceria incompleto e incapaz de

cumprir sua função normativa de promover a justiça e o respeito pela dignidade humana em todas as suas dimensões.

A igualdade normativa é, portanto, um princípio que orienta as políticas públicas, as leis e as práticas sociais para promover uma sociedade mais justa, em que todas as pessoas têm acesso às mesmas oportunidades e são tratadas com igual respeito. Compreender a igualdade como um conceito normativo é reconhecer a necessidade de um compromisso contínuo com a promoção da justiça social e distributiva. Essa compreensão demanda uma ação coletiva que transcenda a mera aplicação de leis, envolvendo um esforço genuíno para criar um ambiente onde todos os indivíduos sejam tratados com dignidade e respeito.

Referências

- ANDERSON, Elizabeth S, “What is the point of equality?”, *Ethics*, v. 109, n. 2, jan. 1999 p. 287-337.
- ARISTOTLE. *Nicomachean Ethics*, Translated by Terence Irwin, 3. ed, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 2019.
- DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, MA, 2000.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil*, Edited by Richard Tuck, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- KANT, Immanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Tradução de Paulo Quintela, Edições 70, Lisboa, 2007.
- MILLER, David, “Equality and justice”, *Ratio*, v. 10, 1997, pp. 222-237. NAGEL, Thomas, *Equality and Partiality*, Oxford University Press, Oxford, 1991.
- NAGEL, Thomas, *Mortal Questions*, 16. ed, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Blackwell, Oxford, 1974.
- PARFIT, Derek, “Equality and Priority”, *Ratio*, v. 10, n. 3, 1997, pp. 202-221.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Revised edition, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1999.
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2. ed, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- RAZ, Joseph, *The Roots of Normativity*, Oxford University Press, Oxford, 2022.
- SCHEFFLER, Samuel, “The practice of equality”. In *Social Equality: Essays on What it Means to be Equals*, FOURIE, Carina. SCHUPPERT, Fabian, WALLIMANN-HELMER, Ivo (Orgs.), Oxford University Press, Oxford, 2015. pp. 21-44.

- SCHEMMELE, Christian, "Why Relational Egalitarians Should Care About Distributions", *Social Theory and Practice*, v. 37, n. 3, jul. 2011, pp. 365-390.
- SEN, Amartya, *Inequality Reexamined*, Clarendon Press, Harvard University Press, Oxford, Cambridge, Harvard University Press, 1992.
- SEN, Amartya, *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation*, Clarendon Press, Oxford, 1981.
- SEN, Amartya, *The Idea of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, MA., 2009.
- THOMSON, Judith Jarvis, *Normativity*, Open Court, The Paul Carus Lectures Series, v 22, Chicago, 2008.
- TURNER, Stephen, *Explaining the Normative*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- WALZER, Michael, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, New York, 1983.
- WILLIAMS, Bernard "The idea of equality", In *Equality: Selected Readings*, POJMAN, Louis P.; WESTMORELAND, Robert (Orgs.). Oxford University Press, New York., 1997, pp. 91-102.
- WOLLHEIM, Richard; BERLIN, Isaiah, "Equality", *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, v. 56, 1955-1956, pp. 281-326.

Notas sobre a representação sem poderes e o abuso de representação no direito civil português

FERNANDO OLIVEIRA E SÁ*

1. A aproximação ao conceito de *representação sem poderes* pode ser realizada por duas perspetivas: pela banda da conformação das *relações internas*, entre o representante e o representado, ou pela conformação das *relações externas*, entre o representante e os terceiros. Isto é, não constitui uma inevitabilidade conceber o problema da falta de poderes de representação como um problema a analisar exclusivamente pela perspetiva da relação entre representante e representado.

2. Aceitando a tese de que as regras da representação tratam, no essencial, da *regulação das relações externas*¹, o problema da representação sem poderes deixa de poder ser encarado apenas, ou no essencial, pela perspetiva das relações entre representado e representante. Assim sendo, será necessário indagar se à *representação sem poderes* é possível oferecer contornos distintos daqueles que correntemente lhe são atribuídos e que se focam, no essencial, no problema de determinar se existiu, ou não, outorga voluntária de poderes de representação – *maxime* com consciência da declaração.

3. Pensamos poder desenhar-se uma alternativa: *entender que a determinação do que seja a falta de poderes de representação deverá ter em conta o horizonte do terceiro com quem o representante celebra o negócio*, uma perspetiva que oferece novos contornos à dogmática da

* Professor Auxiliar na Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito (Escola de Lisboa). O texto que se dá à estampa condensa as notas que serviram de base à nossa intervenção na *Católica Talk* de 27 de junho de 2024, um simples arrazoado, sem qualquer pretensão de oferecer ao leitor um estudo sistematizado e aturado sobre os temas abordados. Também as referências bibliográficas que se acrescentaram ao texto não têm a intenção de refletir, de forma completa e esgotante, o panorama doutrinal sobre os temas e problemas tratados. <https://orcid.org/0000-0002-7469-1401>

¹ Não se trata, contudo, de uma tese pacífica; v. BORNERMANN (2007), *passim*, *maxime* pp. 106 e s.

representação e ao conceito tradicional de falta de poderes, em especial no seu confronto com o instituto do *abuso de representação*².

4. A dogmática da representação voluntária, pelo menos em direito civil, continua dominada por uma irritante insistência na *vontade* e na ideia da procuração como ato de *legitimação* do representante face a terceiros. Aliás, qualquer das duas teorias que tradicionalmente concorrem para explicar a representação contribuem, em boa medida, para o adensar da *narrativa voluntarista* da representação. A *teoria do dono do negócio* afirma, de forma espantosa, que a vontade é exclusivamente do representado; já na *teoria da representação*, no seu estado mais puro, a vontade é apenas do representante. A primeira alimenta a ilusão de afirmar que a vontade é de quem não a manifestou; a segunda vive na ficção da possibilidade de representação na vontade, redundando numa mera descrição de um efeito que é incapaz de explicar e fundamentar³. A superação destas visões, hoje lograda⁴, não poderá deixar de ter repercussões noutros lugares da dogmática da representação.

5. Na visão tradicional, de base labandiana, a procuração é concebida como um negócio *separado e abstrato*⁵. A técnica da abstração constitui uma *forma robusta de proteção do tráfego jurídico*⁶, um instrumento reforçado de garantia da confiança dos sujeitos que negociam com um procurador, não sendo, contudo, a única ou exclusiva forma de tutela dos referidos sujeitos. No essencial, a abstração da procuração significa:

- a) que é um negócio jurídico distinto do negócio jurídico subjacente;
- b) que a eventual ineficácia do negócio jurídico subjacente não afeta a eficácia da procuração e do negócio representativo;
- c) que o conteúdo da relação subjacente não conforma os poderes de representação conferidos através de procuração.

6. O problema, todavia, é o de que a abstração, nesta *pureza teórica*, foi há muito ultrapassada, mesmo no espaço alemão, e tem sido recusada, com bons argumentos, por um importante setor da doutrina

² V. pontos 18-21 *infra*.

³ V. REHBERG (2014), pp. 774 e ss.

⁴ V. ALBUQUERQUE (2004), pp. 1199 e ss., e OLIVEIRA E SÁ (2023), pp. 31 e s.

⁵ Note-se que a simples separação entre os negócios não implica a sua abstração; com indicações, v. SCHMIDT (2017), p. 127.

⁶ Cfr. BEUTHIEN (2000), p. 82.

nacional⁷. Assim, a ideia de que o negócio subjacente e a procuração são autónomos, em razão da dureza das soluções que conduz, tem sido objeto de um processo de progressiva *erosão* ou *abandono*⁸. O abuso de representação, como facilmente se intui, ilustra bem este processo de retração da abstração da procuração⁹, *unindo* a procuração ao conteúdo do negócio subjacente.

7. No abuso de representação, trata-se de hipóteses em que, *no âmbito das relações externas, à custa da legitimação externa criada através de uma procuração externa, isto é, comunicada pelo representado ou exibida pelo procurador ao terceiro*¹⁰, *o representante pode mais do que lhe consente a relação interna*. Nestas hipóteses, se tratadas à luz dos rigores da abstração, não estaria em jogo a vinculação do representado ao negócio e a sua eficácia, mesmo que o terceiro conhecesse o abuso, o que redundaria numa solução que se tem reputado manifestamente insustentável¹¹.

8. Ora, na verdade, como muito bem tem sido assinalado, o *abuso de representação é apenas uma hipótese ou modalidade de representação sem poderes*¹², visto que se lida com uma situação em que o terceiro, de acordo com as regras da interpretação, conhecia ou devia conhecer os contornos das relações internas que conformam a atuação do representado, *caso em que o conhecia ou devia conhecer as limitações dos poderes representativos operadas pelo negócio subjacente e a conseqüente falta de poderes representativos*. No fundo, o abuso de representação

⁷ Cfr. ALBUQUERQUE (2004), pp. 504 e ss., com extensas indicações, e, de forma mais abreviada, em (2019), pp. 618 e ss.

⁸ V. BEUTHIEN (2020), pp. 88 e ss.

⁹ V. DÖRNER (2018), pp. 75 e ss.; como tão impressivamente afirma ALBUQUERQUE (2019), p. 620, «a ideia do abuso de representação não é possível de se adaptar à tese da autonomia integral ou da abstração da procuração. Tem mesmo, para usar uma linguagem figurada, o potencial devastador para essa teoria de uma bomba atômica lançada no seu seio».

¹⁰ O conceito de *procuração externa* que aqui se usa é distinto daquele que é usado na doutrina alemã, englobando também a procuração conferida ao procurador e por este exibida ou comunicada a terceiros.

¹¹ Para a crítica à solução de LABAND, v., com indicações, SCHMIDT (2017), pp. 124 e ss.; sobre a conceção deste autor, v., com amplo desenvolvimento, ALBUQUERQUE (2004), pp. 335 e ss.

¹² V. as importantes considerações de ALBUQUERQUE (2004), pp. 764 e ss., e (2020), p. 620.

não é mais do que um caso de *unidade entre a relação interna e externa*, entre o negócio autorizativo ou obrigacional subjacente e a procuração.

9. O mesmo fenómeno poderia ser observado pela lente de PAWLOWSKI: a abstração, enquanto princípio-base, não cede, apenas deverá funcionar na medida em que a proteção de terceiros, a quem se encontra funcionalizada, o reclame; tal será o caso sempre que os terceiros conheçam ou deviam conhecer o abuso¹³. Não parece, contudo, que seja essa a perspetiva correta para o direito português, que não terá, como já se afirmou, consentido à ideia da abstração entre a procuração relativamente ao negócio subjacente.

10. Seja como for: *se o terceiro conhecer ou dever conhecer o abuso, sabe ou devia saber que o representante não tem poderes*; não se vê como sair desta ideia. Assim sendo, e em rigor, *o que está em jogo não é tanto a abstração entre os negócios jurídicos, antes – e à falta de melhor expressão e bem conscientes da sua impropriedade – a “abstração” entre as relações interna e externa, cuja extensão é determinada pela perspetiva dos terceiros¹⁴, segundo as regras da interpretação¹⁵*. É esta a “abstração” consentida pelo direito português, e a solução legislativa é certa: *o terceiro não poderia estar obrigado a conhecer e a investigar os contornos da relação jurídica que une o representado e o procurador*. Porém, esta “abstração” a que se alude não opera à custa do corte radical da *relação de meio e fim que naturalmente une o negócio subjacente e procuração¹⁶*, tal como faz a doutrina da abstração entre os negócios jurídicos.

11. A razão jurídica última para esta solução bastante facilitadora do tráfego jurídico e economicamente eficiente¹⁷ radica, se bem se vê, *na estrutura e divisão de risco tipicamente subjacente aos negócios dirigidos a terceiros*, isto é, de negócios jurídicos que servem de base para prática, por parte de terceiros, de outros atos ou negócios jurídicos¹⁸, tal

¹³ Cfr. PAWLOWSKI (1996), p. 129. Na mesma linha, v. SCHMIDT (2017), pp. 128 e s.

¹⁴ Cfr. DE LA DURANTAYE (2020), p. 203.

¹⁵ Sobre a importância das regras da interpretação para determinação da existência, extensão e finalidade dos poderes de representação, v. ALBUQUERQUE (2004), pp. 919 e ss.

¹⁶ Sobre esta ideia da procuração como meio para o cumprimento do programa obrigacional que liga representado e procurador, v. DÖRNER (2018), pp. 148 e s.

¹⁷ Cfr. DE LA DURANTAYE (2020), pp. 202 e s.

¹⁸ Sobre este tipo de negócios e a respetiva estrutura de risco, ilustrada a propósito da cessão de créditos e da assunção interna de dívida, v. OLIVEIRA E SÁ (2023), pp. 79 e ss.; v., ainda, CANARIS (1971), p. 485.

como ocorre com a unidade negocial constituída pela procuração e pelo negócio a esta subjacente¹⁹. O representado *sabe*, à luz das circunstâncias do negócio que celebrou com o procurador ou da autorização que lhe conferiu, que o procurador poderá vir a celebrar negócios com um conjunto indeterminado de terceiros completamente estranhos ao termos da relação interna, *assumindo, dessa forma, o risco da simples comunicação da procuração, do negócio de legitimação objetiva face a terceiros*. A procuração é, no essencial, como se afirmou no início²⁰, a dimensão externa da unidade negocial constituída pela relação subjacente e a procuração, que tem como função servir de presa para a confiança dos terceiros que interagem com o procurador. A *separação dos negócios* – que não a sua abstração – implica, desde logo, que os terceiros não possam, em regra, aplicando as regras da interpretação, descortinar a totalidade da conformação interna dos poderes conferidos através da procuração, o lado externo da já referida unidade negocial. Surge, assim, um *risco de dissociação* entre as limitações dos poderes representativos decorrentes das relações internas e a aparência criada pela procuração externa. Ora, *este risco inerente à separação dos negócios não pode, na ausência de outros fatores que alteram a sua alocação, sair da esfera daquele que lhe deu causa e se encontra em posição de o controlar: o procurador*.

12. As referidas regras da interpretação são, assim, instrumentais para determinar um dos fatores que permite uma diferente composição da alocação do descrito *risco da separação*: é através da sua aplicação que se deverá analisar, à luz das circunstâncias do negócio celebrado, o sentido apreensível de acordo com o art. 236.º e, desta forma, o *conhecimento* ou a *suscetibilidade* de conhecer o conteúdo e o fim do negócio subjacente, que conforma e limita os poderes conferidos através da procuração.

13. Se assim for – em especial num sistema em que se afastou a conceção da abstração da procuração –, tal força a uma relativização da distinção entre representação sem poderes e abuso de representação e, no futuro, quem sabe, condenará mesmo ao seu *desaparecimento*. Talvez ainda reste à distinção uma temporária função didática, de indicação de um caso específico de falta de poderes de representação, importante até ao momento em que faça carreira a ideia da sua patente falta de autonomia dogmática. O Código Civil talvez tenha laborado num paradoxo: positivou o abuso de representação, que foi recolher à jurisprudência e

¹⁹ Cfr. CANARIS (1971), p. 485.

²⁰ V. ponto 2 *supra*.

doutrinas alemãs, mas não parece que tenha concedido à doutrina da abstração a causa última da criação e do desenvolvimento da doutrina do abuso. Como se viu, o *abuso* só se explica autonomamente como resposta aos rigores da abstração da procuração²¹.

14. Seja como for, todo este esquema da representação dita voluntária deverá, colocando os olhos no futuro e nos dados doutrinários mais recentes, ser reponderado. Se a função da *procuração externa* – aquela que é comunicada pelo representado aos terceiros ou exibida pelo procurador aos terceiros²² – é essencialmente relevante nas relações externas, como facto gerador de confiança²³, e as regras da interpretação são o instrumento primordial de fixação da “abstração” entre as relações internas e externas, *torna-se bastante difícil a distinção entre representação voluntária e as situações de facto subjacentes às chamadas procurações aparentes ou toleradas*. Mesmo não existindo uma procuração externa – existindo ou não procuração interna –, será tal hipótese substancialmente distinta daquelas em que o representado dá qualquer outra contribuição ou causa para a aparência de poderes de representação? Pensa-se que não. Sendo a resposta negativa, *o fator comum para a afirmação de poderes de representação e que cirze todas as hipóteses referidas encontra-se na avaliação global, realizada do ponto de vista do terceiro, da existência de circunstâncias que objetivamente demonstrem a existência de poderes de representação – da presença de uma legitimação objetiva²⁴, caso se quiser evitar a utilização da expressão “aparência”*. Desta forma, encontra-se um denominador comum que não pode deixar de ser tomado em consideração. Vejamos em que medida e com que alcance.

15. Escrevemos, em 2020, que, em face do direito positivo português, *«o trabalho a empreender parece, então, ser o de libertar as formas de imputação de comportamentos declarativos de terceiros sem poderes e que nunca os tiveram dos quadros dogmáticos da representação voluntária, mas, simultaneamente, evitar colocar o problema como uma forma de abuso»²⁵*. Continuamos a acreditar que, no essencial, dentro das contingências do direito positivo português e do panorama doutrinal

²¹ Recorde-se ALBUQUERQUE (2019), p. 620.

²² Sobre o conceito, v. GUICHARD/PROENÇA/RIBEIRO (2023), p. 793.

²³ Cfr. PAWLOWSKI (1996), p. 127.

²⁴ Na expressão de DE LA DURANTAYE (2020), p. 204.

²⁵ OLIVEIRA E SÁ (2023), nota 173, pp. 53 e ss.

maioritário, este é o melhor caminho. Caso nos queiramos libertar das referidas contingências, talvez se possa e deva ir ainda mais longe.

16. A doutrina nacional, ainda extremamente marcada por uma tendência voluntarista, usa um esquema *curioso*: começa por perguntar se existem poderes voluntariamente conferidos; caso não existam, indaga se é uma hipótese subsumível as regras legais de proteção de terceiros de boa-fé²⁶; e, caso a resposta seja também negativa, convoca, *ultima ratio*, o abuso de direito ou, em alternativa, formas de representação tolerada ou aparente, sem prejuízo das hipóteses em que se admite a aplicação por analogia do art. 23.º do Decreto-Lei n.º 178/86²⁷ ou o desenvolvimento de uma *procuração institucional*²⁸. Este percurso é particularmente interessante: *começa* numa análise da *vontade negocial* do representado e, mudando radicalmente de perspectiva, *termina* com uma análise da *confiança* suscitada nos terceiros. Se assim for, foi aberta uma importante brecha na construção voluntarista: parece conceder-se não existir uma diferença *substancial* entre as hipóteses em que existe e é exibida uma procuração e as situações, alegadamente tuteladas pelo abuso de direito, em que «*o terceiro seja colocado numa situação de acreditar, justificadamente, na existência de uma procuração*»²⁹. Se assim for, as consequências são enormes. Vejamos por partes.

17. Por mais que se negue, no direito português, a possibilidade de recurso às figuras da representação aparente e tolerada, quem assim pensa incorre num *paradoxo*: lança mão do abuso de direito, em especial nas suas modalidades de *venire* ou *surrectio*³⁰, o que, do ponto de vista dogmático, *significa convocar os mesmíssimos requisitos que fundamentam a procuração aparente e tolerada*³¹, os requisitos da tutela da confiança. Os argumentos substantivos que normalmente são utilizados contra o recurso à procuração aparente repousam na *voluntariedade* dos

²⁶ Sendo certo que estas regras apenas parecem pensadas para casos em que existiram poderes de representação validamente conferidos, conforme indica GUICHARD/PROENÇA/RIBEIRO (2023), p. 792, retomando posição assumida por Raúl Guichard na sua dissertação de doutoramento.

²⁷ Cfr., com abundantes indicações, ALBUQUERQUE (2004), pp. 1054 e ss.

²⁸ Cfr. CORDEIRO/ALBUQUERQUE (2020), pp. 781 e s.

²⁹ Expressão de CORDEIRO/ALBUQUERQUE (2020), p. 78.

³⁰ V. ALBUQUERQUE (2019), pp. 625 e ss., e ALBUQUERQUE (2020), pp. 780 e ss.

³¹ Conscientes de que alguma doutrina olha para a *procuração tolerada* como um fenómeno negocial; v. ALBUQUERQUE (2020), p. 780, e, com amplo desenvolvimento e indicações, DE LA DURANTAYE (2020), pp. 233 e ss.

efeitos da representação voluntária: *na vontade como única forma de imputação de efeitos jurídicos assente no valor do comportamento de um sujeito*. O recurso ao abuso não permitiria afirmar a existência de uma procuração, apenas impediria alegar a sua inexistência sempre que o terceiro tivesse justificadamente confiado na sua existência, uma subtileza que em nada altera a realidade subjacente: *tudo se passa, nem mais, nem menos, como se existisse procuração*.

18. *Configurando a representação como uma forma de imputação ao representado da ação ou comportamento do representante*³², não se deverá reduzir esta conformação dogmática a um problema de existência de uma procuração no sentido estrito, enquanto ato voluntário, com consciência da declaração. Tal seria uma posição manifestamente redutora das potencialidades dogmáticas e explicativas franqueadas pela conceção do fenómeno representativo enquanto imputação do comportamento negocial do procurador ao dono do negócio. Para tirar pleno partido de tais virtudes explicativas, deverá procurar-se responder a uma pergunta, com capacidade para unificar, sintetizar e simplificar o processo tripartido de análise dos efeitos da representação que acima se fez referência³³: *existe legitimação objetiva que justifique a confiança na existência de poderes de representação e, portanto, de uma situação de atuação em nome do representado?*³⁴.

19. Na generalidade dos casos, tal *legitimidade objetiva* decorre da existência de uma procuração voluntariamente outorgada e que é exibida ou comunicada pelo procurador aos terceiros, pelo que a imputação ao representado opera em razão da *vontade*. Nos casos de representação aparente, a imputação ao representado, assente na confiança gerada nos terceiros, opera por força de outro critério de imputação: *pelo risco*. Ainda que através de critérios de imputação de diferente *pedigree* jurídico, existe, porém, um denominador comum a todas as hipóteses e que importa, mais uma vez, realçar: *a realização de um juízo único que agrega as distintas hipóteses de atuação representativa, num método que, através de um juízo único, absorve a relevância do abuso de direito nesta matéria ou mesmo a necessidade de autonomizar a representação aparente ou tolerada*.

³² Cfr. ALBUQUERQUE (2004), pp. 1199 e 1217, e OLIVEIRA E SÁ (2023), p. 31.

³³ V. ponto 16 *supra*.

³⁴ Cfr. PAWLOWSKI (1996), p. 127.

20. Caso se entenda que este modo de ver o problema violenta os quadros do direito português – e, no mínimo, há que reconhecer que os pressiona bastante – e se insista na procuração voluntária como ponto de partida da construção dogmática, esquecendo que a procuração externa cumpre uma função de criação de confiança e aparência³⁵, resta uma saída airosa: olhar para as formas de imputação alternativa fora dos quadros da dogmática da representação, *nos quadros da tutela geral da confiança que flanqueia o negócio jurídico*³⁶. O que nos parece estranho, insiste-se, é que se argumente com a ideia de que as potencialidades do pensamento da confiança – *que são sensíveis a uma fina interação social, situada abaixo do nível de relevância do negócio jurídico, que não pode ser desconsiderada por um sistema jurídico-civil maduro*³⁷ – sejam limitadas pelo art. 266.^o³⁸, e que a confiança apenas tenha efeitos de paralisação do exercício de direitos, negando-lhe qualquer efeito positivo, isto é, como fator de *imputação* do comportamento declarativo de terceiros. Tal é ainda mais estranho quando, por exemplo no *venire*, a confiança do terceiro é relativa à existência de poderes de representação, não sendo, em rigor, dirigida à não existência posterior de um qualquer comportamento contraditório.

21. No fundo, esta visão manifestamente *objetivada* permite um tratamento unitário: *i*) dos casos em que existe uma aparência criada pela existência formal de uma procuração voluntariamente outorgada e *ii*) das hipóteses em que existe outra forma de criação da aparência da existência de representação, imputável ao dono do negócio. Procuração aparente ou tolerada é uma designação infeliz, ainda fortemente marcada pela ideia voluntarista de “procuração”, *para hipóteses em que a aparência de atuação em representação ainda é imputável a uma conduta*

³⁵ Cujos funcionamento não implica, de forma alguma, a abstração da procuração face à relação subjacente, como bem nota BEUTHIAN (2000), p. 88.

³⁶ Que já se tentou em OLIVEIRA E SÁ (2023), nota 173, pp. 53 e ss.

³⁷ Como nota CANARIS (1971), p. 6, não é da simples alusão à confiança que se retira qualquer conclusão relativa à sua tutela *positiva* ou *negativa*, sendo necessário recorrer a outros tópicos argumentativos, normalmente relativos à tutela do tráfego jurídico, que justifiquem a opção pela tutela positiva. Ora, a interação social abaixo do limite de relevância do negócio jurídico, *no âmbito de negócios dirigidos a terceiros*, implica, pensa-se, uma tutela reforçada dos terceiros, apta a fundar a atribuição de efeitos positivos à confiança; v. ponderação análoga em CANARIS (1971), p. 551.

³⁸ Cfr. ALBUQUERQUE (2020), p. 781.

do representado. Do ponto de vista do terceiro, aquele que aqui releva, a legitimação do representante é, em qualquer dos casos, a mesma³⁹.

22. Implica tudo isto que, na prática, os resultados a que se chegará sejam muito distintos daqueles a que as visões marcadamente voluntaristas alcançam em conjunto com a aplicação do abuso de direito? A resposta é clara: talvez não, porque as soluções justas tendem, de uma forma ou outra, a impor-se. A virtude é outra: é a de deixar, do ponto de vista dogmático, tudo bem mais claro e simples, sem necessidade de recorrer a outros lugares do sistema, tratando tudo dentro dos quadros da representação sem poderes. Nas palavras que Giuseppe Tomasi di Lampedusa colocou na boca de Tancredo Falconeri: «*se vogliamo che tutto rimanga com 'è, bisogna che tutto cambi*».

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Pedro de, *Da representação em direito civil*, Almedina, Coimbra, 2004.
- ALBUQUERQUE, Pedro de, *A representação voluntária em Direito Civil*, in Código Civil – Livro do Cinquentenário, vol. II, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 615-629.
- ALBUQUERQUE, Pedro de, in *Código Civil Comentado, I – Parte Geral*, coord. Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2020.
- BEUTHIEN, Volker, *Gilt im Stellvertretungsrecht ein Abstraktionsprinzip – Zum Verhältnis von Auftrag, Amt und Vollmacht*, in 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Band I, hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris *et al.*, Beck Verlag, München, 2000, pp. 82-109.
- BORNERMANN, Alexander, *Rechtsscheinvollmachten in ein- und mehrstufigem Innenverhältnissen*, AcP, 2007, pp. 102-153.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Beck Verlag, München, 1971.
- CORDEIRO, António Menezes/ALBUQUERQUE, Pedro de, in *Código Civil Comentado, I – Parte Geral*, coord. Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2020.
- DE LA DURANTAYE, Katharina, *Erklärung und Wille*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.
- DÖRNER, Ruth, *Die Abstraktheit der Vollmacht – Zur mangelnden Begründbarkeit eines bürgerlichen Lehrsatzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 2018.
- FIKENTSCHE, Wolfgang, *Scheinvollmacht und Vertreterbegriff*, AcP, 1954, pp. 1-21.
- GUICHARD, Raúl, *A representação sem poderes no direito civil português. A ratificação*, vols. I e II, edição policopiada, 2009.
- GUICHARD, Raúl/PROENÇA, Catarina Brandão/RIBEIRO, Ana Teresa, *Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, 2.^a ed., UCP Editora, Lisboa, 2023.

³⁹ WOLFGANG FIKENTSCHE (1954), p. 18

- PAWLOWSKI, Hans-Martin, *Die gewillkürte Stellvertretung*, JZ, 1996, pp. 125-132.
- REHBERG, Markus, *Das Rechtfertigungsprinzip – Eine Vertragstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.
- SÁ, Fernando Oliveira e, *A influência de terceiros na decisão de contratar – Do dolo de terceiro à responsabilidade de terceiros por informações*, UCP Editora, Lisboa, 2023.
- SCHMIDT, Karsten, *Zur “Abstraktheit” im Stellvertretungsrecht – Wiederlesen: Paul Laband, ZHR 10 (1866), 183ff*, in *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert – Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, hrsg. Marietta Auer *et al.*, De Gruyter, Berlin, Boston, 2017, pp. 117-128.

Fairness as a normative concept in EU digital policies: a mapping exercise for Fair MusE

GIUSEPPE MAZZIOTTI*

1. Introduction

As reflected in a political instrument such as the 2017 European Pillar of Social Rights, Europe is proud to be home to the most equal and ‘fair’ societies in the world.¹ Despite the uncertainties and controversies that characterise the recourse to this concept in various policy fields, the European notion of ‘fairness’ is increasingly used as a synonym with distributive ‘justice’, equal opportunities, and fair working conditions in the labour market. According to the Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion in 2020, fairness is a “broad normative concept, encompassing different ways of sharing resources or benefits.”² Drawing on this concept, Europe can be increasingly viewed as a jurisdiction where its policies foster a ‘fair’ distribution of costs and

* Universidade Católica Portuguesa, Católica Global School of Law, Abreu Professor of Law and Innovation, Lisbon; Principal Investigator of ‘Promoting Fairness in the Music Ecosystem in a Platform-Dominated and Post-Pandemic Europe,’ funded by Horizon Europe (Grant Agreement No. 101095088), hereinafter referred to as ‘Fair MusE’. The author would like to thank the Fair MusE team at UCP for their excellent research assistance: Jasmin Leuendorf, Chiara Carmen De Lisi, Laura Matos, and Eirini Volikou. Any errors or omissions remain the sole responsibility of the author. The author also expresses gratitude to the Católica Research Centre for the Future of Law, and in particular to Prof. Elsa Vaz Sequeira, for organising the Católica Talks series and for the invitation to present a talk on ‘Fairness’ on 14 November 2023. Thanks are also extended to Prof. Giovanni De Gregorio for his insightful comments on the content of the talk. This article draws on the discussion initiated by the Centre and includes preliminary research results from the Fair MusE project.

¹ European Commission, ‘European Pillar of Social Rights – Building a Fairer and More Inclusive European Union’, available at <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1226&langId=en> accessed 1 October 2024.

² See, for instance, European Commission, ‘Employment and Social Developments in Europe Review’ (2020), p. 56, available at https://www.etui.org/sites/default/files/2020-11/Employment%20and%20Social%20Developments_2020.pdf accessed 11 October 2024.

benefits according to normative criteria based on merit, basic needs and equality of opportunity or outcomes.³ By seeking to address the needs of the least advantaged in society, and trying to pursue substantive (and not purely formal) equality, EU policies presuppose regulatory interventions to remove obstacles to systemic inequalities.⁴

This article argues that ‘fairness’ has become a consolidated normative concept in the domain of EU digital policies, where regulations address and seek to curb inequalities exacerbated by the exponential growth of services that transform large online platforms into digital gatekeepers. Before illustrating how this concept is being used in EU digital policy, Section 2 briefly recalls the historic role of fairness in the early stage of the European economic integration process and its recent resurgence as a manifestation of the EU 2015 ‘Digital Market Strategy’. Section 3 briefly maps EU regulatory interventions where a ‘fair balance’ of interests appears as a key concept aimed at (i) promoting fair competition, (ii) protecting fundamental rights, and (iii) ensuring that the enforcement of intellectual property rights and of other fundamental rights is mutually limited when they conflict with each other in digital markets. Finally, Section 4 addresses, more specifically, the EU’s long-term attempt to empower individual copyright holders, especially in the music industry, by prioritising their right to obtain fair remuneration for the exploitation of their works. This section emphasises the dimension of ‘fairness as data transparency’ without which authors and performers cannot effectively exercise their statutory rights in a platform-dominated and data-driven digital economy.

2. An evolving concept in the European economic integration process

The concept of fairness and the goal to attain distributive justice in the allocation of scarce resources were the main reasons for starting the process of European economic integration shortly after the end of World War II. When Robert Schuman put forward a mutual pooling of resources

³ *Ibidem*.

⁴ Here, inevitable references in the literature on political economy are RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971; and, at a later stage, RAWLS, John, *Justice as Fairness: A Restatement*, Erin Kelly (ed.), Harvard University Press, Cambridge, 2001.

in 1950,⁵ the entanglement of European economies should have been more than a mere mechanism to hamper a future war: it became what is today a Union of a single market that fosters economic and social progress, as well as the free movement of goods, services, capital, and persons (as much as possible).⁶ The relevant literature emphasises that the normative concept of ‘fairness’ originates from competition-related law and policy.⁷ This policy was unified at the European level as an essential instrument for the building of a Common Market since its inception.⁸ Rules ensuring ‘undistorted competition’ have been considered an essential element of a well-functioning European ‘Single Market’ and a fundamental principle codified in primary European law since the Treaty of Rome in 1957 [then Article 3(f)]. Guaranteeing ‘fair competition’ was already listed high in this Treaty’s preamble, with the imposition of ‘unfair trading conditions’ being recognised as a kind of prohibited abuse of a dominant market position (then Article 86). In the current version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), fairness is still underlying the prohibition of exploitative abuses by dominant firms under Article 102 TFEU and is reflected in the ‘fair share for consumers’ justification in Article 101(3) TFEU.⁹

The notion of fairness in commercial practices has existed at the international level for over a century, being based on commercial

⁵ SCHUMAN, Robert, “The Schuman Declaration”, 9 May 1950, available at <https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1945-59/schuman-declaration-may-1950_en> accessed 11 October 2024.

⁶ BARNARD, Catherine, “Competence Review: the internal market”, 2018, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/226863/bis-13-1064-competence-review-internal-market.pdf accessed 11 October 2024.

⁷ SCHEUERER, Stefan, “The Fairness Principle in Competition-Related Economic Law”, Max Planck Institute for Innovation and Competition, 2023, Research Paper No. 23-12, p. 5, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4442652 accessed 11 October 2024.

⁸ Facilitating the creation of the Single Market is, after all, listed by many authors as one of the objectives pursued by competition law: see CRAIG, Paul and DE BURCA, Gráinne, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 5th ed., Oxford University Press, Cambridge, 2011, p. 960; and STYLIANOU, Konstantinos and IAKOVIDES, Marios, “The goals of EU competition law: a comprehensive empirical investigation”, *Legal Studies*, vol. 42, 2022, 620, 629.

⁹ SCHWEITZER, Heike, “The art to make gatekeeper positions contestable and the challenge to know what is fair: A discussion of the Digital Markets Act Proposal”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, vol. 29, 2021, 503, 509.

honesty.¹⁰ This field is regulated mainly at the national level and has been only partially harmonised under EU law through specific regulatory interventions. In the specific domain of unfair competition, the main effort to harmonise national laws was embodied in the 2016 Trade Secrets Directive, which addresses the protection of undisclosed know-how and business information (i. e., trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure.¹¹ On a distinct although related front, the EU has deployed the concept of commercial fairness in the domain of consumer protection, where it indirectly benefits competitors of businesses that are caught engaging in unfair practices.¹² The main legislation of the EU in this field includes the 2005 Unfair Commercial Practices Directive¹³ and the 2006 Directive on Misleading and Comparative Advertising.¹⁴

The interest in this concept resurged, even in terms of political language and legal terminology, when EU policymakers started addressing unprecedented challenges posed by the exceptional growth of tech companies whose services ended up dominating or deeply conditioning the dynamics of web-based markets. As a regulatory concept and legal instrument, ‘fairness’ is historically connected with the agenda of Margrethe Vestager, who assumed the Competition Commissioner’s office in the European Commission headed by Jean-Claude Juncker

¹⁰ See Article 10-bis(2) of the Paris Convention on the Protection of Industrial Property, which defined unfair competition as acts of competition that are “contrary to honest practices in industrial or commercial matters.”

¹¹ See Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure OJ L 157/1. On this front see for instance SENFTLEBEN, Martin, “Protection against unfair competition in the European Union: from divergent national approaches to harmonised rules on search result rankings, influencers and greenwashing”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 19, 2024, 149.

¹² Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (‘Unfair Commercial Practices Directive’) OJ L 149/22, Recital 8.

¹³ Unfair Commercial Practices Directive (n 12).

¹⁴ See Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising (codified version) OJ L 376/21.

in September 2014.¹⁵ It was at that time that ‘fairness’ restarted being explicitly included amongst the multiple goals identified as pursued by competition law.¹⁶ After having consolidated the structure of the new Commission with the intent to foster the implementation of a political agenda where ‘fairness’ appeared as a general policy criterion, Juncker launched a ‘Digital Single Market Strategy’ in 2015.¹⁷ From then onwards, this concept has permeated a significant evolution that can be observed in both the case law and the legislative production of the EU.¹⁸ On the first front, this recently gained traction has the potential to translate ‘fairness’ into a more mainstream concept in the actual competition enforcement practice.¹⁹ On the second front, key EU legislative initiatives adopted from 2015 onwards evidence that ‘fairness’ has become a normative concept which seeks to protect the interests of competitors, consumers and individuals from the disproportionate concentration of wealth and power accumulated by a handful of tech companies. This cluster of new legislation can be interpreted as a structural, comprehensive and certainly tardive reaction of the European Union to “the threats coming from the rise of unaccountable transnational private powers, whose global effects increasingly produce local challenges for constitutional democracies.”²⁰

3. Fairness manifestations in the ‘Digital Single Market Strategy’

From the perspective of so-called ‘digital constitutionalism’, we can infer that ‘fairness’ has become an EU normative concept that pursues different policy goals in various fields of regulation:

- (i) Promoting fair competition in digital markets, with direct benefits in the protection of consumer interests;

¹⁵ See DUNNE, Niamh, “Fairness and the Challenge of Making Markets Work Better”, *Modern Law Review*, vol. 84, 2020, 230, 233; and COLANGELO, Giuseppe, “In Fairness We (Should Not) Trust: The Duplicity of the EU Competition Policy Mantra in Digital Markets”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 68, 2023, 618, 622.

¹⁶ STYLIANOU, IAKOVIDES (n 8) 629.

¹⁷ European Commission, ‘A Digital Single Market Strategy for Europe’ (Communication) COM(2015) 192 final.

¹⁸ This evolution is evidenced by recent cases such as the fine against Apple for its App store anti-steering practices, *Apple* (Case AT.40437) Commission Decision [2024].

¹⁹ STYLIANOU, IAKOVIDES (n 8) 642.

²⁰ DE GREGORIO, Giovanni, *Digital Constitutionalism in Europe – Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, 3.

- (ii) Protecting fundamental rights such as privacy and freedom of expression that can be harmed by corporate actors controlling powerful technologies and, in the age of surveillance capitalism, large volumes of data, especially personal data; and
- (iii) Striking a ‘fair balance’ between the protection of intellectual property – in particular, copyright’s expectation to foster fair remuneration of authors and performers – and other fundamental rights, as prescribed in the Charter of Fundamental Rights of the European Union.²¹

The next few sub-sections briefly map the most relevant manifestations of the normative concept of fairness in the recent legislation adopted by the EU.

3.1. Fair competition in digital markets

The clearest and most tangible legislative manifestation of ‘fairness’ as a regulatory concept aimed at fostering fair competition in digital markets is certainly the Digital Markets Act (DMA)²² enacted in October 2022.²³ In particular, the enactment of the DMA was justified by the intent to target economically powerful providers or ‘gatekeepers’ of ‘core platform services’, whose characteristic network effects and ability to connect many business users with many consumers, with

²¹ The Nice Charter (Charter of Fundamental Rights) was initially a non-binding declaration signed in 2000 by the Presidents of the European Parliament, the Commission and the Council at the Nice European Council. After efforts to give the Charter binding legal force through the Constitutional Treaty failed in 2005, the Lisbon Treaty, which came into force in 2009, succeeded in making the Charter legally binding by incorporating it into the EU’s primary law framework through Article 6 of the Treaty on the European Union, which elevates the Charter to the status of EU Treaties: see Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community [2007] OJ C306/1; Charter of Fundamental Rights of the European Union [2012] OJ C326/391.

²² Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (‘Digital Markets Act’) [2022] OJ L265/1.

²³ The DMA’s main purpose, under Article 1, is “to contribute to the proper functioning of the internal market by laying down harmonised rules ensuring for all businesses, contestable and fair markets in the digital sector across the Union where gatekeepers are present, to the benefit of business users and end users.”

subsequent ‘lock-in’ effects, can easily undermine the contestability of the services and the fairness of the commercial relationship between the core platform service providers, their business users and the end users (cf. Recital 2, DMA). An unfair practice under the DMA is one where there is “an imbalance between the rights and obligations of business users and the gatekeeper obtains an advantage from business users that is disproportionate to the service provided.”²⁴

From this perspective, the DMA can be viewed as an evolution of the 2019 Platform-to-Business Regulation,²⁵ which explicitly intended to create the conditions for a fair online business environment and incentivise fairness and transparency,²⁶ and which, unlike the DMA, applies across all platforms operating in the EU regardless of size and type.²⁷

More recently, another regulation where the element of fairness is strong is the Data Act,²⁸ which applies to personal and non-personal data. This Act aims to boost competitiveness in the data market and to achieve a fairer distribution of the value that data have in today’s digital economy among various market operators, including small and medium-sized enterprises (SMEs) and individuals. Unlike the DMA, the Data Act does not limit itself to applying only to large digital platforms performing core platform services but to companies that, regardless of size, qualify

²⁴ Cf. DMA, Article 12(5)(b). See also DMA’s Recital 33. In explaining unfairness here, the DMA seems to focus only on the relationship between gatekeepers and business users, thus aiming primarily to enhance fairness in the market and prevent unequal treatment of business users: see KOENIG, Carsten, “Introduction to the Digital Markets Act (DMA)” forthcoming in EU Platform Law, Björn Steinrötter, Christian Heinze and Michael Denga (eds), Nomos, Baden-Baden, 2024, pp. 23-24. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4715147

²⁵ Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services [2019] OJ L186/57.

²⁶ See P2B Regulation, Recitals 7 and 8. See also MAZZIOTTI, Giuseppe and RANAIVOSON, Heritiana, “Can Online Music Platforms Be Fair? An Interdisciplinary Research Manifesto”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 55, 2024, p. 249, 251f.

²⁷ On the role of the P2B Regulation, see BUSCH, Christoph, “Platform regulation beyond DSA and DMA: Which role for the P2B Regulation?” *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 12, issue 2, 2024, pp. 201-206.

²⁸ Regulation (EU) 2023/2854 of the European Parliament and of the Council of 13 December 2023 on harmonised rules on fair access to and use of data and amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive (EU) 2020/1828 (‘Data Act’) OJ L 2023/2854.

as ‘data holders’.²⁹ Essentially, the Act aims to regulate the conditions of access, sharing, and use of data generated by connected products or related services and to protect, in particular, smaller companies from unfair contractual terms imposed by companies in a stronger bargaining position.³⁰ In addition, the Act aims to remedy structural data-related inequalities by imposing fair, reasonable, and non-discriminatory (FRAND) terms where a data holder is legally obliged to make such data available to another business³¹ and requires an ‘unfairness test’ to be conducted on contractual terms, such as ‘take-it-or-leave-it’ data access conditions, unilaterally imposed on a business in a weaker bargaining position.³²

3.2. Protection of fundamental rights

The General Data Protection Regulation (GDPR)³³ is historically the first among the recent landmark pieces of technology regulation that sought to protect individuals’ fundamental rights against the deployment of powerful surveillance and data processing technologies. The evolution of a fundamental right to personal data protection in Europe’s digital society is closely related to its inclusion in Article 8 of the EU Charter of Fundamental Rights. As observed in the literature, the constitutionalisation of this right placed the Court of Justice of the European Union (CJEU) in a position to act as a judicial activist in expanding the scope of data protection and advancing its concrete enforcement in digital settings.³⁴

²⁹ Data Act, Article 2(13).

³⁰ Data Act, Chapter II. In that context, the manufacturer of a connected product, for example a smart appliance, must make the data generated from the use of that product available to the user or a designated third party in the EU. Unlocked access to data from smart devices can lead, for instance, to a more competitive post-sale services market by allowing companies other than the manufacturer to access the generated data and provide related services.

³¹ Data Act, Article 8.

³² Data Act, Recital 59 and Chapter IV.

³³ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (‘General Data Protection Regulation’) OJ L 119/1.

³⁴ See DE GREGORIO (n 20) pp. 60-64, where the author persuasively argues that the CJEU’s case law functioned as a bridge between an initial phase of digital liberalism and today’s era of digital constitutionalism in EU digital policy, especially in the codification of online privacy rights.

It is clear that the landmark judgment of the CJEU, which ended up coining new rights such as the ‘right to be forgotten’, was a catalyst for their codification in a new, EU-wide regulation such as the GDPR.³⁵ In this regard, fairness towards the individual as a ‘data subject’ is part of the core principles of data processing in both Article 8(2) of the above-mentioned Charter and Article 5(1)(a) of the GDPR. From a more practical perspective, fairness in the data protection context is also associated with procedural fairness, which concerns whether personal data are obtained and processed using fair means.³⁶ This is not the case, for instance, when a data subject is not made aware that their data will be processed or the processing will not be handled in a way the data subject could reasonably expect.³⁷

Other prominent examples of EU regulations aimed at protecting people’s fundamental rights from the implementation of platforms’ algorithms, recommender systems, content moderation policies and the use of high-risk technologies are, respectively, the 2022 Digital Services Act (DSA)³⁸ and the 2024 Artificial Intelligence (AI) Act.³⁹ Although the purposes of boosting Europe’s competitiveness in the digital economy and helping smaller platforms, SMEs and start-ups feature high in the list of the DSA’s core goals,⁴⁰ the creation of a horizontal legal infrastructure

³⁵ See *Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González* (C-131/12) [2014] ECR I-317. This 2014 ruling established that individuals have the right to request the removal of personal data from search engine results under certain conditions (note how the GDPR was only adopted in 2016).

³⁶ See HÄUSELMANN, Andreas and CUSTERS, Bart, “Substantive Fairness in the GDPR: Fairness Elements for Article 5.1a GDPR”, *Computer Law & Security Review*, vol. 52, 2024.

³⁷ See, for instance, European Data Protection Board, “Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects” Version 2.0, 2019, para. 12.

³⁸ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (‘Digital Services Act’) OJ L 277/1.

³⁹ Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 [2024] (‘AI Act’) OJ L, 2024/1689.

⁴⁰ European Commission, “The Digital Services Act – Ensuring a safe and accountable online environment” available at https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act_en accessed 11 October 2024.

for the enforcement of fundamental rights within ecosystems built and controlled by large private actors is the most obvious policy objective of this regulation.⁴¹ From an atextual point of view, the DSA comes with abundant references to the need for online intermediaries to effectively respect, ensure the protection and enable the exercise of users' and other affected parties' fundamental rights, further including the right to respect for private and family life, right to non-discrimination, right to an effective remedy, rights of the child and – last but not least – the right to (intellectual) property.⁴² Moreover, fundamental rights considerations are embodied in the Act's provisions seeking to shed light on the implementation of algorithmic decision-making and automated tools.⁴³ This emphasis in the DSA's language highlights the importance attributed to framing online intermediaries' engagement in content moderation, procedural mechanisms and safeguards to be made available to users. Yet, it is ultimately in the remit of public authorities to guarantee an effective enforcement of fundamental rights that, in case of conflict within an online platform or another service being subject to the DSA, shall be proportionate and strike "a fair balance between the rights concerned."⁴⁴

As regards the AI Act, this hefty and far-reaching piece of *ex ante* regulation codifies fairness concerns in relation to several rights enshrined in the EU Charter of Fundamental Rights. Through its adoption after complex preparatory works, the European Union aimed to safeguard fundamental rights and broader societal interests while simultaneously encouraging the adoption of AI to enhance its global competitiveness. Based on a controversial risk-based approach that seeks to prevent harmful outcomes, consistent with product safety and cybersecurity law principles, the AI Act intends to make AI technologies safe and secure

⁴¹ As emphasised by the European Parliament during the preparatory work for the adoption of this legislation, the DSA seeks to help the EU and its Member States ensure "a fair digital ecosystem in which fundamental rights as enshrined in the Treaties and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, especially freedom of expression and information, non-discrimination, media freedom and pluralism, privacy and data protection, are respected": see European Parliament resolution of 20 October 2020 on the Digital Services Act and fundamental rights issues posed [2020/2022(INI)], point 1.

⁴² See, for instance, DSA Recitals 3, 22, 39 to 41, 47, 52, 63, 81, 109 and Articles 14(4) and 34(1)(b).

⁴³ DSA, Article 27.

⁴⁴ DSA, Recital 153.

to give businesses and public institutions the legal clarity they need to innovate and deploy AI technologies.⁴⁵ Among the fundamental rights the AI Act expressly seeks to protect via *ex ante* obligations aimed to ensure safety and cybersecurity, and *ex post* liability criteria aimed at compensating potential AI-related damages, workers' right to fair and just working conditions (Article 31) and the right to a fair trial (Article 47) are relevant examples. Although not explicitly mentioning fairness, the provisions under Article 53(1)(c) and Article 53(1)(d) are important for this article because, despite their ambiguity and the unsettled issues they raise, they introduce *ex ante* copyright-related obligations for 'general-purpose' AI model developers that draw on the notion of 'fairness as data transparency' (see *infra*).⁴⁶ This notion has grown exponentially in terms of relevance under EU law to empower individual creators in the exercise of their exclusive rights. In this regard, data transparency matters in the specific domain of text and data mining activities aimed at training AI technologies, where copyright holders hold opt-out rights under Article 4(3) Directive 2019/790. To this end, the EU AI Act obliges 'general-purpose' AI model developers to (i) put in place a policy to comply with EU copyright law and make sure that developers' products identify and comply with reservations of rights expressed by copyright holders; and (ii) draw up and make publicly available a sufficiently detailed summary of the materials used for training the general-purpose AI model, according to a template provided by the AI Office.

⁴⁵ See KRETSCHMER, Martin; KRETSCHMER, Tobias; PEUKERT, Alexander and PEUKERT, Christian, "The risks of risk-based AI regulation: taking liability seriously, 27 September 2023, pp. 3-9, available at <<https://ssrn.com/abstract=4622405>> accessed 12 October 2024, where the authors stress that the AI Act's risk-based approach creates "a tremendous amount of complexity. This complexity is not an unavoidable consequence of the need to regulate AI in a proportionate manner. Instead, it follows from the attempt to extend the traditional product safety approach to AI. The logic of this approach is to work backward from certain harms to measures that mitigate the risk that these harms materialize."

⁴⁶ See PEUKERT, Alexander, "Copyright in the Artificial Intelligence Act – A Primer", *GRUR International*, vol. 73, 2024, pp. 497, 499, where the author criticises the AI Act for having created a hybrid framework for the protection of fundamental rights where these individual rights, including authors' rights, are not placed in a concrete setting. Rather, they constitute "[...] objective values and general principles that the EU has to protect in an age of AI. To achieve this complex set of public interest aims, the AI Act does not establish private rights of individuals but obligations of various actors in the AI value chain."

3.3 *'Fair balance' in the enforcement of intellectual property rights*

As evidenced by the EU law-making activities in the past few years, industrial property continues to be a domain where fairness is expected to play a public policy function.⁴⁷ In the field of patent law, for instance, the 2023 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Standard Essential Patents (SEPs),⁴⁸ approved by the European Parliament in February of 2024 and subsequently withdrawn by the European Commission,⁴⁹ had 'fairness' as an explicit goal.⁵⁰ Even earlier, in the evolution of EU trademark law, 'fairness' considerations played a role in indicating that unauthorised uses of a mark by third parties can be legitimate and 'fair' if they are undertaken for purposes of artistic expression so long as they are consistent with honest practices in industrial and commercial matters.⁵¹

Despite the interest that 'fairness' retains in the fields originally considered by the Paris Convention, copyright law is certainly the intellectual property field where this concept has emerged, even in Europe, as a fundamental normative principle. Among the domains of copyright

⁴⁷ As recalled above, a legal definition of fairness in intellectual property law has existed for more than a century: Article 10-bis(2) of the 1883 Paris Convention for the Protection of Industrial Property defines 'unfair' competition as any act "contrary to honest practices in industrial or commercial matters."

⁴⁸ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on standard essential patents and amending Regulation (EU) 2017/1001 [2023] COM(2023) 232 final.

⁴⁹ SEPs are patents that protect essential technologies in technical standards or specifications. See European Parliament, "Standard Essential Patents Regulation", Briefing, PE 754.578, November 2023, available at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/754578/EPRS_BRI\(2023\)754578_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/754578/EPRS_BRI(2023)754578_EN.pdf) accessed 11 October 2024. For more information on the Commission's withdrawal of this Regulation in February 2025, see <https://ec.europa.eu/newsroom/eisma/items/871191/en>

⁵⁰ Recital 2 of the Regulation Proposals stated: "This Regulation aims at improving the licensing of SEPs, by addressing the causes of inefficient licensing such as insufficient transparency with regard to SEPs, fair, reasonable and non-discriminatory (FRAND) terms and conditions and licensing in the value chain, and limited use of dispute resolution procedures for resolving FRAND disputes. All these together reduce the overall fairness and efficiency of the system and result in excess administrative and transactional costs."

⁵¹ Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (codification) [2017] OJ L154/1, Recital 21; Directive 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks [2015] OJ L336/1, Recital 27.

where this concept has historically played a role and its importance is growing – considering also the social, artistic and commercial changes induced by the digital revolution in the past two decades – are (i) copyright exceptions and (ii) the implementation of online copyright enforcement measures such as site-blocking injunctions.

3.3.1 *Copyright exceptions*

The most relevant examples in this mapping exercise concerning copyright exceptions are certainly the doctrines of ‘fair use’ under U.S. law⁵² and ‘fair dealing’ in the United Kingdom.⁵³ Fair use, in particular, embodies an eminently flexible, open-ended legal standard or rule of reason where ‘fairness’ is understood as a kind of ‘equity’, ‘flexibility’ that allows courts to pursue the public interest by continually adapting the doctrine in new technical contexts. For instance, this happened in the landmark case of *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, where the Supreme Court held that home recording of television shows for personal use was not copyright infringement because it served the public interest by enabling “time-shifting” without harming the potential market for the original works.⁵⁴ Three decades afterwards, the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit ruled in favour of Google, finding that large-scale digitisation of book collections leading to the Google Books project constituted fair use.⁵⁵

⁵² Cf. Section 107 of the U.S. Copyright Act. Initially created by courts and later codified in the U.S. Copyright Act of 1976, fair use operates retrospectively and flexibly, with judges being able to apply this doctrine on a case-by-case basis whenever they find unauthorised use of a copyrighted work ‘fair’ and, therefore, legitimate. To do so, U.S. courts are bound by statutory criteria that function as guiding principles in the evaluation of potentially copyright infringing uses, namely: (i) the purpose and character of the use; (ii) the nature of the work; (iii) the amount or substantiality of the portion used; and (iv) the effect of the use on the potential market value of the work.

⁵³ ‘Fair dealing’ in the UK is distinct from the broader US ‘fair use’ doctrine. In the UK, fair dealing is more narrowly defined and is limited to specific purposes as set out under Sect. 29 and 30 of the Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA).

⁵⁴ See 464 U.S. 417, 1984.

⁵⁵ See *Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015), where the Court reached this conclusion on the grounds of the transformative character of Google’s use; the limited display of snippets; the overall public benefit created a searchable digital database of millions of books; and the minimal harm caused to the market for the original works.

In Europe, instead, the concept of public interest is not explicitly defined under copyright law. Exceptions are solidly based on a principle of strict interpretation and the international standard of the ‘three-step test’.⁵⁶ This standard requires that exceptions apply in certain special cases, on condition that they do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. By providing the broadest harmonization set of measures the EU has adopted so far to integrate national copyright systems, Directive 2001/29 acknowledges the importance of a fair balance of the interests of copyright owners with the interests of users and the public at large (cf. Recital 31). To this end, Article 5 of the Directive contains a catalogue of exceptions and limitations, many of which are clearly intended to ensure that copyright does not unduly restrict fundamental rights. Yet, the exhaustive character of this catalogue and the constraints created even by the EU version of the three-step test (Article 5(5)) leave little room for courts to limit the copyright scope through an external limit to copyright enforcement.

The judicial ‘activism’ of the CJEU in this area is well-known. While interpreting the exceptions contained in the Directive 2001/29,⁵⁷ the CJEU has consistently emphasised the need to strike a fair balance between conflicting interests.⁵⁸ In its 2011 judgment in *Eva-Maria Painer v. Standard Verlags*, the CJEU advocated for a restrictive interpretation of the notion of ‘quotation’ under Article 5(3)(d) InfoSoc Directive; yet, it emphasised that copyright exceptions should be interpreted fairly

⁵⁶ See the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Property, Article 9(2); and the TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) Agreement, Article 13. For a scholarly attempt to go beyond and radically reduce the restrictiveness of the three-step test and elaborate a global doctrine of fair use based on an extensive interpretation of the mandatory copyright exception of quotation under Article 10(1) of the Berne Convention, see APLIN Tanya and BENTLY Lionel, *Global Mandatory Fair Use*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

⁵⁷ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (hereinafter ‘InfoSoc Directive’).

⁵⁸ The rulings on exceptions where the CJEU expressly relied on the principle of ‘fair balance’ include: C-145/10, *Eva-Maria Painer v. Standard Verlags GmbH and Others* [2011] ECLI:EU:C:2011:798 para. 132; C-201/13, *Deckmyn* [2014] ECLI:EU:C:2014:2132 para. 27; C-469/17 *Funke Medien v Bundesrepublik Deutschland* [2019] ECLI:EU:C:2019:623, para. 53; C-476/17, *Pelham* [2019] ECLI:EU:C:2019:624 para. 32.

and, thus, consistently with their intended purpose.⁵⁹ By adopting such teleological reasoning, the judges paved the way for more flexibility when balancing the rights and interests at stake.⁶⁰

From the mid-2010s onwards, the CJEU increasingly acknowledged that the intended purpose of copyright exceptions was that of protecting fundamental rights, particularly freedom of expression and information.⁶¹ In *Deckmyn*,⁶² the Court found that the parody exception should have been regarded as an “autonomous concept of EU law,” banning all restrictive criteria on national law, and shall be interpreted in a way that maintains a fair balance between copyright protection and freedom of expression.⁶³ In doing so, the CJEU effectively ended up merging the logic of the exception with that of a user’s fundamental right, making the parody exception *de facto* mandatory for Member States, despite the optional character of the exceptions in the InfoSoc Directive.⁶⁴ Something similar happened in *Funke Medien* and *Spiegel Online*, where two media outlets advocated their fundamental right to use materials protected by copyright without the right-holders’ authorisation.⁶⁵ The copyright claims these defendants sought to curb on the grounds of media freedom concerned – respectively – a classified military report and a pseudonymised book chapter authored by a politician, both of which were made available to the public without permission. Even if these rulings emphasised the necessity to interpret copyright exceptions broadly, to accommodate fundamental rights, the Court held that users’ fundamental rights cannot justify the introduction

⁵⁹ *Eva-Maria Painer*, paras. 109 and 133.

⁶⁰ RENDAS, Tito, “Fundamental Rights in EU Copyright Law: An Overview” in *The Routledge Handbook of EU Copyright Law*, Eleonora Rosati (ed.), Routledge, London, 2021, p. 27.

⁶¹ Charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 11.

⁶² C-201/13, *Deckmyn* [2014] ECLI:EU:C:2014:2132.

⁶³ Cf. Article 5(3)(k) InfoSoc Directive. See *Deckmyn*, para. 27.

⁶⁴ SGANGA, Caterina, “A Decade of of Fair Balance Doctrine, and How to Fix It: Copyright versus Fundamental Rights before the CJEU from *Promusicae* to *Funke Medien*, *Pelham* and *Spiegel Online*” *European Intellectual Property Review*, vol. 11, 2019, p. 683, 689. This point was also raised for other copyright exceptions by SNIJDERS, Thom and VAN DEURSEN Stijn, “The Road Not Taken – the CJEU Sheds Light on the Role of Fundamental Rights in the European Copyright Framework – a Case Note on the *Pelham*, *Spiegel Online* and *Funke Medien* Decisions” *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 50, 2019, p. 1176, 1190.

⁶⁵ See C-516/17, *Spiegel Online* [2019] ECLI:EU:C:2019:625, para. 54 and C-469/17 *Funke Medien* [2019] ECLI:EU:C:2019:623, para. 70.

of new copyright exceptions that would expand the exhaustive, closed catalogue of exceptions set out in the InfoSoc Directive.⁶⁶

3.3.2. Copyright enforcement

The CJEU's principle of fair balance of interests has played a relevant role in the domain of online copyright enforcement. 'Fair balance' was initially used by the Court to establish limits to the legitimacy of excessively broad enforcement measures that would not be proportionate and would unduly harm tech companies' freedom to do their business online.⁶⁷ The implementation of permanent filters requested by the Belgian collecting society SABAM, aimed to prevent a social network (Netlog) from making its members' music repertoire available to the public, is an excellent example.⁶⁸ Consistently with its bidirectional character, this principle has been used by the CJEU also the other way around, namely, to justify and uphold the adoption or even the constitutional validity of measures aimed at restoring, or at least facilitating, the exercise of copyright in ecosystems where these rights are particularly vulnerable. This was, and still is (to a lesser extent), the case of the social media industry, where a protracted implementation of the controversial liability exemption created by Article 14 of the 2000 e-Commerce Directive and the industry practice of notice-and-takedown mechanisms systematically sacrificed the integrity of authors' rights and related rights to the altar of Internet or media 'freedom'.⁶⁹

⁶⁶ See *Spiegel Online*, para. 49.

⁶⁷ The CJEU started using the principle of fair balance of fundamental rights to create limits to excessive copyright enforcement in *C-275/06, Promusicae* [2008] ECLI:EU:C:2008:54. It continued in cases such as *C-70/10, Scarlet Extended v. SABAM* [2011] ECLI:EU:C:2008:54 and *C-314/12, UPC Telekabel Wien* [2014] ECLI:EU:C:2014:192.

⁶⁸ See *C-360/10 SABAM v. Netlog* [2012] ECLI:EU:C:2012:85, paras. 43-47.

⁶⁹ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market. It is worth recalling that Article 14 of the e-Commerce Directive was originally designed to protect hosting service providers who had no actual knowledge of illegal activities being performed by recipients of their services. Logically, this liability exemption should *not* have applied to 'intelligent' platforms which "play an active role of such a kind as to give them knowledge of or control over those data [entered by recipients]": see *C-324/09, L'Oréal v. eBay* [2011] ECLI:EU:C:2011:474, para. 112 f.

The most important ruling evidencing that the protection of authors' rights can prevail over other fundamental rights is certainly *Poland v. Parliament and Council*.⁷⁰ In this ruling, the CJEU confirmed the full legitimacy of Article 17(4)(b) and (c) of the DSM Directive, which was challenged by Poland mainly because of its supposed conflict with users' fundamental rights to freedom of expression under Article 11 of the EU Charter on Fundamental Rights. The Court held in its ruling that, although not inviolable and absolute, the right to intellectual property embodied in Article 17(2) of the EU Charter on Fundamental Rights is a human right whose high level of protection justifies the copyright liability regime created under Article 17 of the DSM Directive.⁷¹ To reach this conclusion, the Court considered this liability infrastructure as a whole, including the provisions aimed at preserving the effectiveness of certain copyright exceptions and offering redress and out-of-court dispute resolution mechanisms to users of each social media service falling under the definition of 'Online Content-Sharing Service Provider'.⁷²

3.3.3. Constitutionalisation of authors' rights in Europe

The consolidation of the principle of a fair balance of interests in the CJEU's case law is consistent with the EU Charter on Fundamental Rights and with the idea that copyright stands at the same level as other human rights, especially after the constitutionalisation of the Charter under Article 6 TEU.⁷³ Yet, many legal scholars openly questioned the desirability of this principle and of the idea that intellectual property and, more specifically copyright, could be ranked at the same level as other fundamental rights.⁷⁴ Senftleben recently justified this conclusion by

⁷⁰ See C-401/19, *Republic of Poland v. European Parliament and Council*, [2022] ECLI:EU: C:2022:297.

⁷¹ See *Poland v. Parliament and Council*, paras. 92-99.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ MAZZIOTTI, RANAIVOSON (n 26) p. 257

⁷⁴ This trend in legal scholarship became particularly visible with the adoption and national transpositions of Article 17 of the Digital Single Market Directive (2019/790), as a significant number of scholars argued that this provision would disproportionately harm end users' freedom of expression and information: see, for instance, QUINTAIS, João Pedro *et al.*, "Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce*, vol. 10, 2019, pp. 277-282; GEIGER, Christophe and JÜTTE, Bernd Justin, "Platform Liability under

arguing that the CJEU has contributed to an excessive entrenchment of copyright law within the EU's constitutional framework, a phenomenon he refers to as 'overconstitutionalisation'.⁷⁵ He argues that, instead of ensuring a balanced consideration of competing fundamental rights – such as freedom of expression – provisions such as the above-mentioned three-step test function as barriers, further limiting the scope of exceptions to intellectual property protection. As a result, the above-mentioned CJEU's rulings would reinforce a legal regime that overwhelmingly favours rights holders, while restricting the ability of users to invoke their fundamental rights. This author raises a strong critique of the fair balance principle, arguing that, by confining the balancing of rights within the (too) narrow parameters of existing intellectual property frameworks, the CJEU has limited the opportunities to accommodate broader public policy concerns.⁷⁶ This has the effect of privileging copyright holders and downplaying the significance of fundamental rights for users, leading to a system where intellectual property protection is prioritised at the expense of other crucial freedoms.

Another equally authoritative voice such as Strowel's expressed a very different opinion that we find more persuasive than the one based on copyright's excessive constitutionalisation. This author conceives a balance of interests as a necessity of the EU Charter, arguing that the settlement of disputes where authors' and users' rights enter into conflict depends on a case-by-case assessment of various interests concretely at risk. To support this view, Strowel refers to CJEU rulings that reveal a careful examination of disputes where the necessity to guarantee a *high level* of protection for intellectual property, as explicitly required in European directives, made copyright claims prevail over defences

Art. 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match”, *GRUR International*, vol. 70, 2021, 532-534; REDA, Felix; SELINGER, Joschka and SERVATIUS, Michael, “Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market: a Fundamental Rights Assessment”, *Gesellschaft für Freiheitsrechte*, 2020, 42.

⁷⁵ SENFTLEBEN, Martin, “The Unproductive ‘Overconstitutionalization’ of EU Copyright and Trademark Law – Fundamental Rights Rhetoric and Reality in CJEU Jurisprudence”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 55, 2024, 1471, Sect. 2.

⁷⁶ *Ibidem*, Sect. 4.

based on freedom of expression and other fundamental rights, such as the right to privacy.⁷⁷

Despite their dissent, these scholars agree that the explicit reference to fundamental rights in the CJEU's case law provides a stronger foundation for the qualification of authors' rights as human rights. The essence of their disagreement concerns the social desirability of this outcome. Whereas Senftleben sees this conclusion as an unfortunate legal reality that systematically stifles the protection of users' rights, Strowel welcomes its consistency with Article 27(2) of the 1948 Universal Declaration of Human Rights, which protects the *moral* and *material* interests of authors resulting from their scientific, literary, or artistic productions.⁷⁸ It is undeniable that the CJEU rulings sought to achieve fairness through harmonisation. Preliminary rulings are, at the end of the day, the most effective and institutionally fair way to prevent national legislators and courts from interpreting EU provisions too broadly, in a way that would sacrifice legal certainty, veering away from the normative benchmarks established under EU directives. However, in the specific field of copyright, the principle of fair balance does more than just ensure harmonisation: it helps restore the dimension of authors' rights as fundamental rights that aligns with their personality rights character in continental Europe and the need to protect authors' rights from increasingly pervasive AI technologies that question the notion of 'authorship' itself.⁷⁹ This dimension was completely lost when the social media industry emerged and scaled up by relying on these companies'

⁷⁷ See STROWEL, Alain, "Copyright strengthened by the Court of Justice interpretation of Article 17(2) of the EU Charter of Fundamental Rights", in POLLICINO, Oreste *et al.* (eds) *Copyright and fundamental rights in the digital age*. Edward Elgar, 2020, pp. 40-52, drawing upon cases such as *C-275/06 Promusicae v. Telefonica*, ECLI:EU:C:2008:54; *C-160/15 GS Media v. Sanoma et al.*, ECLI:EU:C:2016:644; *Case C-161/17 Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff*, ECLI: EU:C:2018:634; *C-476/17 Pelham GmbH and Others v. Ralf Hütter and Florian Schneider-Esleben*, ECLI:EU:C: 2019:624.

⁷⁸ STROWEL, pp. 40-46.

⁷⁹ As remarked by GARBEN, Sacha, "Fundamental rights in EU copyright harmonization: Balancing without a solid framework: Funke Medien, Pelham, Spiegel Online", *Common Market Law Review*, vol. 57, Issue 6, 2020, 1909, in a broad legal order such as that of the European Union, there is no precise understanding of the actual goal and contents of the various fundamental rights. This means that the balancing of interests is likely to follow the EU members' own constitutional standards, which is an additional reason why – in our view – copyright's harmonisation process should be taken seriously and eventually protected by EU and national courts.

ability to exploit creative works without having to pay for it (or duly credit professional authors and performers for their works). At least, the principle of fair balance constitutes a source of flexibility that helps courts assess the legitimacy of unauthorised uses of protected works on a case-by-case basis.

4. Fair remuneration of creators as a fast-growing policy interest in Europe

In European copyright law, the question of ‘fairness’ has been a predominant topic of discussion, especially with regard to the ‘fair’ remuneration of right-holders, for more than three decades. A chronological analysis of the historic development and evolution of the European institutions’ policy discourse in the music sector carried out within the Fair MusE project reveals that, from the early 1990s onwards, despite varied terminology, several directives aimed at fostering ‘equitable’ remuneration of authors and performers.⁸⁰ This happened through the harmonisation of non-waivable rights and other measures seeking to reserve a portion of the earnings from the exploitation of copyright works to individual creators, also with a view to preserving cultural diversity.⁸¹

With the advent of digitisation, the music sector faced substantial revenue losses with the end-to-end nature of the Internet and then the emergence of dominant online platforms that triggered heated debate on remuneration, ownership and access to knowledge. As suggested above,

⁸⁰ VLASSIS, Antonios, PSYCHOGIOPOULOU Evangelia, *et al.*, “Origins, goals and effects of EU law and policy in the online music sector”, D2.1 Publication within ‘Fair MusE’, 2024, available at <https://fairmuse.eu/fairmuse-resources/>.

⁸¹ VLASSIS, PSYCHOGIOPOULOU, *et al.* (n 80), pp. 38-55. Drawing upon the analysis of legislation and other policy measures the EU adopted over thirty years, from 1992 to 2022, these authors show that an embryonic form of today’s concept of ‘fairness’ can be traced already in the harmonisation of neighbouring rights pursued by Directive 92/100/EEC on rental right and lending right and on certain rights related to copyright: see, for instance, Article 4 of this directive, which introduced an unwaivable right to equitable remuneration for authors and performers who transferred their rental rights in phonograms. Similarly, Articles 5 and 8(2) of Directive 2006/115/EC of 12 December 2006, which recast the provisions contained in Directive 92/100, strengthened – respectively – authors’ and performers’ rights to equitable remuneration for the rental of phonograms and codified performers’ and record producers’ rights to a single equitable (and shared) remuneration for broadcasting and any communication to the public.

broader policy discussions on this front intensified over the course of the 2010s, with a significant acceleration after the launch of a European Commission’s Communication entitled ‘Digital Market Strategy’ in 2015. It was in his appointment letter to the Commissioner for the Digital Single Market (2014-2019), former Estonian Prime Minister Andrus Ansip, that President Juncker mentioned for the first time the idea of a copyright reform where ‘fairness’ appeared with regard to the need for a “fair level-playing field for all companies offering their goods and services online and in digital form.”⁸² It was through the political agenda of the Juncker Commission that EU institutions started and finalised the digital copyright reform that culminated in the adoption of Directive 2019/790.

The DSM Directive embodies the normative concept of fairness in two of its key provisions, namely, Articles 17 and 18. Article 17 targets the way music streaming services and social media companies clear rights in the copyright materials that, through their users’ uploads, feed their data-driven business models. Article 18 codifies a right to “appropriate and proportionate” remuneration for authors and performers, leaving Member States with the freedom to determine how, and through which mechanisms, this fair level of creators’ remuneration should be achieved. Although ‘fairness’ is not explicitly mentioned in Article 17, both regulatory interventions seek a more equitable payment and allocation of remuneration of creators in the music sector and a reduction of the financial gap that exists between the licensing fees paid by streaming services and the (much) lower ones paid by social media platforms. Especially in the user-generated content industry, both provisions target the impact of personalised advertising on creators’ remuneration and consider the impossibility for right-holders to understand platforms’ algorithms and to have a financial benchmark in their bargains (as platforms’ revenues are subject to secrecy).

These EU law provisions consider that, with the advent of streaming and social media, music became a service to be accessed, not a product to be owned.⁸³ Large online music exploiters now follow business models

⁸² See JUNCKER, Jean-Claude, ‘President Juncker’s Mission Letter for Andrus Ansip: Vice-President for the Digital Single Market’ (11 January 2014) 4 https://carloscoelho.eu/img/site_8/dossiers/647/04/04_mission.pdf last accessed 12 October 2024.

⁸³ See, for instance, CROLL, Alistair, “The music science trifecta: Digital content, the Internet, and data science have changed the music industry”, O’Reilly, 9 September 2015, available at <http://radar.oreilly.com/2015/09/the-music-science-trifecta.html> accessed 11 October 2024.

wherein their algorithms on music distribution and consumption strongly dictate the value of music, creating an advantageous situation for artists whose repertoires are disseminated by filter bubbles and recommender systems, and vice versa. In these data-analytics businesses where the most valuable asset tech companies seek to exploit is consumers' attention, music creators cannot properly exploit their rights in a 'fair' way without knowing, at least to a certain extent, how online music exploiters create value and extract profits and where the value of digital music comes from.

The comparative law analysis performed within the Fair MusE project shows that Article 17 is being implemented uniformly across Europe (except for Germany, Italy and Spain).⁸⁴ By implementing the provision almost verbatim, most Member States preserved Article 17's balanced approach, which, as emphasized above, the CJEU ultimately confirmed as compatible with EU law, largely due to the various safeguards designed to protect social media users' fundamental rights.⁸⁵ Fair MusE's empirical investigations consistently show that the leverage this provision has created for music right-holders is strengthening their bargaining power, especially while negotiating deals with social media platforms that were historically more reluctant (i) to pay fair levels of remuneration and (ii) to invest in content identification technologies and rights management infrastructures that can meet the Article 17 requirements of 'best efforts' in music industry standards. On Article 18's front – as expected, given the broad discretion characterising its second paragraph – Member States have adopted different criteria and mechanisms to operationalise 'fairness'. This has caused further fragmentation and proliferation of remuneration rights, including those of performers for online exploitations under Belgian law⁸⁶ and those of authors and performers in Germany⁸⁷ for social media exploitations, which are currently pending, respectively, before both Member States' constitutional courts and – in the Belgian case – even the CJEU.⁸⁸ Despite

⁸⁴ As emphasised above, Article 17's harmonised criteria to scrutinise social media's copyright liability were found fully legitimate by the CJEU in *Poland v. Parliament and Council* (n 70).

⁸⁵ See *Poland v. Parliament and Council*, paras. 93-96.

⁸⁶ Article XI.228/4 of the Belgian Code of Economic Law.

⁸⁷ Sections 4(3), 5(2), 12(1) of the German OCSSP Act.

⁸⁸ Belgian Constitutional Court, Arrêt n° 98/2024 du 26 septembre 2024 (Numéros du rôle 7922, 7924, 7925, 7926 et 7927) BE:GHCC:2024:ARR.098 available at <<https://>

these two significant national solo efforts, the lack of a clear definition of what constitutes ‘appropriate’ and ‘proportionate’ fails to provide contracting parties with useful guidance, leaving right-holders without tools to effectively enforce their rights. Further measures to promote fair remuneration, such as limiting lump-sum payments – a persistent music industry practice to compensate session musicians – offer, at best, improvement on a mere local level. It is therefore not surprising that 87.6% of performers in 2024 still believe that streaming revenues are distributed unfairly.⁸⁹

From a technical and contractual perspective, such a persisting (or increasing) legal fragmentation has prevented the emergence of cross-border standards of ‘accurate’ and ‘transparent’ data-sharing models without which the goal of fair (i. e., ‘appropriate and proportionate’) remuneration cannot become a market reality. Fair Muse’s empirical investigations show that the music data infrastructures which would foster fairness in digital music licensing are still limited, missing, or kept secret within information silos. This is a clear failure in EU digital policy if one considers that a “high level of transparency” has been indicated as a general policy goal in all the EU legislative instruments targeting the European music sector in the last decade. The key copyright reform embodied in the DSM Directive contains a specific provision, namely, Article 19,⁹⁰ which supplements pre-existing transparency obligations created by Directive 2014/26 for – respectively – collective rights management organisations (CMOs) and music users.⁹¹ All these provisions envisage transparency-driven data ecosystems across the music value chain where:

www.const-court.be/public/f/2024/2024-098f.pdf> accessed 17 October 2024.

⁸⁹ JOHANSSON, Daniel, “Streams and Dreams: The Impact of the DSM Directive on EU Artists and Musicians”, joint study by the International Artist Organisation & AEPO-ARTIS, June 2024, 2, available at <https://www.aepo-artis.org/wp-content/uploads/2024/06/STREAMS_AND_DREAMS_PART2-1.pdf> accessed 18 October 2024.

⁹⁰ DSM Directive, Article 19(1): “Member States shall ensure that authors and performers receive on a regular basis, at least once a year, and taking into account the specificities of each sector, up to date, relevant and comprehensive information on the exploitation of their works and performances from the parties to whom they have licensed or transferred their rights, or their successors in title, in particular as regards modes of exploitation, all revenues generated and remuneration due.”

⁹¹ See CRM Directive, Articles 16, 17 and 18.

- music exploiters such as streaming and social media services are obliged to disclose all the relevant information at their disposal on the use of the musical compositions and sound recordings being licensed by right-holders through usage reports;
- right-holders shall ensure or facilitate, directly or through their CMOs, the identification of their works through effective data and metadata sets (especially in the social media industry, which is characterised by a mix of professional and amateur works); and
- music publishers and record producers shall inform individual creators about the profits generated by their works for creators to be able to better negotiate their copyright transfers.

Empirical investigations depict a business reality that is far from the high level of data transparency envisaged under EU law and supported by other horizontal EU-wide provisions such as Article 27 of the DSA. Interviews with industry experts suggest that existing laws do not ensure data transparency especially when data would be more useful for right-holders, namely, before and during negotiations. Certainly, this situation does not place most music right-holders and their respective CMOs in a position to negotiate the licensing of their rights with sufficient awareness. Accuracy and transparency would require a standardised approach to the sharing of data and metadata regarding the music works that are being exploited. Instead, the music publishing industry still embraces a proprietary, silo-based approach that makes its data subject to confidentiality, even more so after the repertoire fragmentation that has characterised the shift from territorial, multi-repertoire to EU-wide, mono-repertoire licensing. CMOs share, at least in part, their repertoire and membership databases with their sister societies in the CIS-Net portal, curated by their umbrella organisation CISAC.⁹² Yet, nobody else can access this resource and CMOs are still seeking to implement reliable matching systems to accurately monitor uses of their works and allocate revenues to their members on the grounds of usage reports. Streaming and social media services rely on sound recordings data in their reports – i. e., not the musical works⁷ – and provide very different and inconsistent data sets to right-holders, with YouTube appearing better equipped and more transparent than TikTok, among social media

⁹² See, CISAC's webpage, 'CIS-Net' section, available at <<https://www.cisac.org/services/information-services/cis-net>>, accessed 11 October 2024.

services. Finally, the recording industry, whose works are the primary products in the digital music market, provides the most important data and metadata for the music ecosystem to have effective benchmarks. However, whereas labels collect featured performers' data easily given their royalty-based remuneration, the session musicians' data are much poorer and inconsistent.

To conclude: it is only through data transparency that fairness, wherein appropriate and proportionate remuneration is central for music creators, can be fostered in a diverse cultural landscape where an asymmetrical distribution of bargaining power among stakeholders renders negotiations and licensing agreements very opaque.⁹³ The current situation is even more alarming if we consider that the EU has already built a robust legislative framework for transparency to thrive, consolidate, and reduce the aforementioned asymmetries.

As recently remarked in a resolution of the European Parliament from January 2024, fairness in the digital music economy is not only a matter of distributive justice but can also act as a catalyst for cultural diversity. A fair allocation of revenues from digital markets is a fundamental policy goal especially in a sector, such as music, which is “a major pillar of culture” and a “vital component of cultural and linguistic diversity in the Union, with the widest public outreach of any cultural and creative sector (CCS).”⁹⁴ In this normative context, data ‘transparency’ shall be viewed as a prerequisite for promoting fairness in EU economic and cultural policies. The music data that would make the treatment of music creators *fair* include, for instance, accurate and up-to-date music repertoire information rights; disclosure of the various right-holders involved, with the indication of their respective rights managers, and repertoires they represent; the different royalties paid to music creators because of a certain revenue distribution model (i. e., user-centred or pro-rata) implemented by a certain digital service; and the overall profits generated by music works and sound recordings as a consequence of a

⁹³ MAZZIOTTI, Giuseppe, “What is the Future of Creators’ Rights in an Increasingly Platform-Dominated Economy?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 51, 2020, pp. 1027-1032.

⁹⁴ European Parliament resolution of 17 January 2024 on cultural diversity and the conditions for authors in the European music streaming market [2023/2054(INI)], points 1, 19 (hereinafter ‘Parliament Resolution of 17 January 2024’).

given business model.⁹⁵ These data can also encompass diversity indicators (such as repertoire metadata) that would allow for the assessment of use and visibility of (European) musical works and its diversity of genres, languages and authors and other stakeholders involved in the creation and dissemination of musical works.

Conclusion

In this article, we have mapped the normative concept of fairness within the framework of EU digital policies, particularly in relation to the European music industry. We began by situating the idea of fairness within its broader historical and legal contexts, demonstrating its evolution from early European economic integration to its current centrality in policies addressing the challenges of the digital markets. Fairness, initially rooted in competition law, now extends to critical issues of platform regulation, consumer protection, and intellectual property, with fairness as a guiding principle across multiple regulatory domains.

The European Union's Digital Market Strategy (2015) marked a turning point, solidifying fairness as a core normative objective in digital markets. This has culminated in legislative measures such as the Digital Markets Act, the Data Act, and the Digital Services Act, all of which seek to correct imbalances and promote fair competition, especially in response to the dominance of large tech platforms. These frameworks aim to foster transparency, accountability, and ultimately fairness in digital environments that affect various stakeholders, including consumers, businesses, and creators.

When it comes to the European music industry, the concept of fairness has acquired remarkable prominence. The digital revolution, especially the rise of streaming platforms and social media, has significantly altered the way music is created, distributed, and monetised. This has led to new challenges for copyright holders, especially individual creators, who often face asymmetrical power dynamics in negotiating fair remuneration for the exploitation of their works. Directive 2019/790 (the DSM Directive), specifically in Articles 17 and 18, embodies efforts to address these imbalances by seeking to ensure fair and appropriate remuneration for

⁹⁵ The proper identification of authors, through data transparency, is also crucial for ensuring diversity on platforms, as highlighted by the European Parliament in its Resolution of January 2024: see Parliament Resolution of 17 January 2024, Recital R.

creators, thus embedding fairness as both a distributive and procedural objective in the digital music economy.

One of the central themes in the European music sector is certainly ‘fairness as data transparency’. This concept underscores the importance of transparency in the relationship between music platforms and creators, particularly regarding the data-driven nature of modern music consumption. Without access to transparent and accurate data on how their works are being used and monetised, authors and performers are unable to exercise their statutory rights effectively. The opacity of platforms’ algorithms and revenue-sharing models exacerbates the difficulties creators face in obtaining fair remuneration. Thus, data transparency is not only a matter of distributive justice but also a crucial mechanism for ensuring a fair cultural and economic ecosystem where all stakeholders, especially the least powerful, can thrive.

The European music industry’s engagement with fairness, therefore, reflects broader concerns about power asymmetries in the digital economy. Fairness, as applied to this sector, extends beyond mere economic compensation; it encompasses broader cultural and societal dimensions, including the preservation of cultural diversity and the protection of creators’ rights in an increasingly platform-dominated environment. The lack of standardised data-sharing models and the resulting fragmentation of copyright remuneration systems across EU member states further highlight the ongoing challenges in achieving a truly fair system.

To conclude: the European music industry’s ongoing struggle for fairness is emblematic of larger debates in EU digital policy. While significant legislative strides have been made, notably with the DSM Directive, there remains much work to be done in operationalising fairness in practice. The future of fairness in the music industry will depend not only on legislative reforms but also on the development of robust, transparent, and equitable data-sharing infrastructures that can address the deep-rooted imbalances in the current system. Only by bridging these gaps can the EU’s ambition for fairness be fully realised, ensuring that all creators are appropriately compensated for their contributions to Europe’s cultural heritage.

Bibliography

- ANSIP, Andrus, “Blog: Getting the Digital Single Market off the ground: the next steps forward”, Blog by Ansip Andrus, 18 November 2015, available at https://www.eumonitor.nl/9353000/1/j9vvik7mlc3gyxp/vjz4dr6qlcme?ctx=vhyzn0vt5cvu&start_tab0=65
- APLIN, Tanya and BENTLY, Lionel, *Global Mandatory Fair Use*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.
- BARNARD, Catherine, “Competence Review: the internal market”, 2018, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/226863/bis-13-1064-competence-review-internal-market.pdf
- BUSCH, Cristoph, “Platform regulation beyond DSA and DMA: Which role for the P2B Regulation?”, *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 12, issue 2, 2024, 201-206.
- COLANGELO, Giuseppe, “In Fairness We (Should Not) Trust: The Duplicity of the EU Competition Policy Mantra in Digital Markets”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 68, 618-640.
- CRAIG, Paul and DE BURCA, Gráinne, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 5th ed., Oxford University Press, Cambridge, 2011.
- CROLL, Alistair, “The music science trifecta: Digital content, the Internet, and data science have changed the music industry”, O’Reilly, 9 September 2015, available at <http://radar.oreilly.com/2015/09/the-music-science-trifecta.html>.
- CUSTERS, Bart and HÄUSELMANN, Andreas, “Substantive Fairness in the GDPR: Fairness Elements for Article 5.1a GDPR”, *Computer Law & Security Review*, vol. 52, 2024, Article 105942.
- DE GREGORIO, Giovanni, *Digital Constitutionalism in Europe – Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.
- DUNNE, Niamh, “Fairness and the Challenge of Making Markets Work Better”, *Modern Law Review*, vol. 84, 2020, 230-264.
- EUROPEAN COMMISSION, “A Digital Single Market Strategy for Europe” (Communication) COM(2015) 192 final.
- EUROPEAN COMMISSION, “European Pillar of Social Rights – Building a Fairer and More Inclusive European Union”, available at <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1226&langId=en>
- EUROPEAN COMMISSION, “The Digital Services Act – Ensuring a safe and accountable online environment” available at https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act_en
- EUROPEAN COMMISSION Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion Directorate, “Employment and Social Developments in Europe review”, 2020, available at https://www.etui.org/sites/default/files/2020-11/Employment%20and%20Social%20Developments_2020.pdf
- EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, “Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects”, Version 2.0, 2019.

- EUROPEAN PARLIAMENT, Resolution of 17 January 2024 on cultural diversity and the conditions for authors in the European music streaming market [2023/2054(INI)].
- EUROPEAN PARLIAMENT, “Standard Essential Patents Regulation”, Briefing, PE 754.578, November 2023, available at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/754578/EPRS_BRI\(2023\)754578_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/754578/EPRS_BRI(2023)754578_EN.pdf)
- EUROPEAN PARLIAMENT, Resolution of 20 October 2020 on the Digital Services Act and fundamental rights issues posed [2020/2022(INI)].
- GARBEN, Sacha, “Fundamental rights in EU copyright harmonization: Balancing without a solid framework: Funke Medien, Pelham, Spiegel Online”, *Common Market Law Review*, vol. 57, Issue 6, 2020, 1909.
- GEIGER, Christophe and JÜTTE, Bernd Justin, “Platform Liability under Art. 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match”, *GRUR International*, vol. 70, 2021, 532-534.
- IAKOVIDES, Marios and STYLIANOU, Konstantinos, “The goals of EU competition law: a comprehensive empirical investigation”, *Legal Studies*, vol. 42, 2022, 620-648.
- JOHANSSON, Daniel, “Streams and Dreams: The Impact of the DSM Directive on EU Artists and Musicians”, joint study by the International Artist Organisation & AEPO-ARTIS, June 2024, available at https://www.aepo-artis.org/wp-content/uploads/2024/06/STREAMS_AND_DREAMS_PART2-1.pdf
- JUNCKER, Jean-Claude, ‘President Juncker’s Mission Letter for Andrus Ansip: Vice-President for the Digital Single Market’ (11 January 2014), available at https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/ansip_en
- KOENIG, Carsten, “Introduction to the Digital Markets Act (DMA)”, forthcoming in EU Platform Law, Björn Steinrötter, Christian Heinze and Michael Denga (eds), Nomos, Baden-Baden, 2024.
- KRETSCHMER, Martin, KRETSCHMER, Tobias, PEUKERT, Alexander and PEUKERT, Christian, “The risks of risk-based AI regulation: taking liability seriously”, 27 September 2023, available at <https://ssrn.com/abstract=4622405>.
- MAZZIOTTI, Giuseppe, “What is the Future of Creators’ Rights in an Increasingly Platform-Dominated Economy?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 51, 2020, 1027-1032.
- MAZZIOTTI, Giuseppe and RANAIVOSON, Heritiana, “Can Online Music Platforms Be Fair? An Interdisciplinary Research Manifesto”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 55, 2024, 249-279.
- PEUKERT, Alexander, “Copyright in the Artificial Intelligence Act – A Primer”, *GRUR International*, vol. 73, Issue 6, 2024, 497-604.
- QUINTAIS, João Pedro *et al.*, “Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce*, vol. 10, 2019, 277-282.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.

- RAWLS, John, *Justice as Fairness: A Restatement*, Erin Kelly (ed.), Harvard University Press, Cambridge, 2001.
- REDA, Felix, SELINGER, Joschka and SERVATIUS, Michael, “Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market: a Fundamental Rights Assessment”, Gesellschaft für Freiheitsrechte, 2020.
- RENDAS, Tito, “Fundamental Rights in EU Copyright Law: An Overview” in *The Routledge Handbook of EU Copyright Law*, Eleonora Rosati (ed.), Routledge, London, 2021, pp. 18-36.
- SCHUEERER, Stefan, “The Fairness Principle in Competition-Related Economic Law”, Max Planck Institute for Innovation and Competition, 2023, Research Paper No. 23-12.
- SCHUMAN, Robert, “The Schuman Declaration”, 9 May 1950, available at https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1945-59/schuman-declaration-may-1950_en.
- SCHWEITZER, Heike, “The art to make gatekeeper positions contestable and the challenge to know what is fair: A discussion of the Digital Markets Act Proposal”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, vol. 29, 2021, 503-542.
- SENFLEBEN, Martin, “Protection against unfair competition in the European Union: from divergent national approaches to harmonised rules on search result rankings, influencers and greenwashing”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 19, 2024, 149-161.
- SENFLEBEN, Martin, “The Unproductive ‘Overconstitutionalization’ of EU Copyright and Trademark Law – Fundamental Rights Rhetoric and Reality in CJEU Jurisprudence”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 55, 2024, 1471-1514.
- SGANGA, Caterina, “A Decade of of Fair Balance Doctrine, and How to Fix It: Copyright versus Fundamental Rights before the CJEU from Promusicae to Funke Medien, Pelham and Spiegel Online”, *European Intellectual Property Review*, vol. 11, 2019, 683-696.
- SNIJDERS, Tom and VAN DEURSEN, Stijn, “The Road Not Taken – the CJEU Sheds Light on the Role of Fundamental Rights in the European Copyright Framework – a Case Note on the Pelham, Spiegel Online and Funke Medien Decisions”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 50, 2019, 1176-1190.
- STROWEL, Alain, “Copyright strengthened by the Court of Justice interpretation of Article 17(2) of the EU Charter of Fundamental Rights”, in POLLICINO, Oreste *et al.* (eds) *Copyright and fundamental rights in the digital age*. Edward Elgar, 2020, 40-52.
- VLASSIS, Antonios, PSYCHOGIOPOULOU Evangelia, *et al.*, “Origins, goals and effects of EU law and policy in the online music sector”, *D2.1 Publication within ‘Fair MusE: Promoting Fairness of the Music Ecosystem in a Platform-Dominated and Post-Pandemic Europe’ Horizon Europe (Grant Agreement no: 101095088), 2024.

Existe um *jus cogens* europeu?

Considerações a partir da proibição da pena de morte*

INÊS QUADROS**

1. Introdução

Falar de *jus cogens* no século XXI suscita possivelmente algumas reservas. Desde logo, o “ar do tempo”, polarizado e relativista, é avesso à proposição de regras universais e inderrogáveis. Por outro lado, a sua identificação parece constituir um exercício ocioso, pois, como já notava Brownlie, o «*jus cogens* é um veículo que raramente sai da garagem»: de facto, enquanto critério de validade de Tratados internacionais (justamente a sua dimensão mais reconhecida), ele é raramente invocado, pois não é habitual que os Estados celebrem tratados contrários ao *jus cogens* – o que, aliás, tanto pode ser prova da sua irrelevância como do seu extraordinário sucesso.

Em aparente contraciclo, em 2022 a Comissão de Direito Internacional aprovou o «Projeto de Conclusões sobre a identificação e as consequências jurídicas das normas imperativas de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)», que parece demonstrar a resiliência do *jus cogens* e a convicção de que ele ainda se reveste de alguma utilidade. Neste contexto, não parece desadequado que se regressasse ao tema e até que se estudem novas dimensões, designadamente – o que constitui objetivo desta reflexão –, testando a sua relevância no domínio regional.

* O texto que se publica corresponde à intervenção intitulada «Existe um *jus cogens* europeu?», apresentada em junho de 2024 no âmbito das *Católica Talks*, organizadas pelo *Católica Research Centre for the Future of Law*. Agradeço à Maria Isabel Tavares a generosidade de ter aceitado comentar a exposição, bem como as sugestões e críticas que então fez. As limitações do texto – que mantém o seu cunho exploratório e preliminar – são, naturalmente, minhas.

** Professora Auxiliar na Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito (Escola de Lisboa), Investigadora do *Católica Research Centre for the Future of Law*. <https://orcid.org/0000-0002-3329-3976>

Duas razões sustentam adicionalmente este propósito. A primeira razão prende-se com um paradoxo: justamente neste tempo, tão avesso à identificação de regras comuns, é frequente a alusão retórica ao carácter superior de determinadas normas – ou meras pretensões – visando-se sugerir a prioridade de certos interesses sobre outros e forçar o seu reconhecimento¹. Ora, quando demasiadas normas são elevadas à condição de normas superiores, a sua imperatividade inevitavelmente decai, em face da necessidade de se estabelecerem ponderações e acomodações recíprocas. Parece ser conveniente usar alguma parcimónia, para o que poderá contribuir que se recorde e revise as características próprias das normas imperativas.

A outra razão que justifica regressar ao conceito de *jus cogens*, e a partir já de uma perspectiva regional, é a conveniência em verificar a existência da designada “especificidade europeia” no panorama internacional, que seria resultado de uma identidade ética comum e que se esteia, entre outras declinações, numa particular leitura da dignidade humana² que impregna a ação política dos Estados europeus e das suas instituições comuns. Importa saber se essa especificidade tem aptidão para contribuir para a emergência de normas imperativas ao nível regional.

Em suma, este estudo pretende responder à questão de saber se existem normas imperativas regionais, isto é, normas reconhecidas como de tal modo importantes por um grupo de Estados que não podem ser por eles contrariadas. A questão vai ser colocada concretamente ao nível europeu. O percurso passará pelas seguintes etapas: em primeiro lugar, demonstrar-se-á a plausibilidade da hipótese, através da referência a decisões jurisprudenciais em que se convocou a especificidade de determinadas regiões como forma de justificar a emergência, aí, de princípios imperativos. Em segundo lugar, já num esforço de problematização, serão identificadas as características tradicionalmente associadas ao *jus cogens* que

¹ KOLB (2021), p. 42. LIMA / MAROTTI (2022), p. 234, sugerem que é o caso do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, que faz uma «utilização discursiva das regras de *jus cogens*». Também no campo dos direitos humanos, veja-se a título ilustrativo a discussão em redor da existência de um «direito fundamental ao comércio internacional» defendido por Ernst-Ulrich Petersman (v.g. in “Human Rights and International Trade Law: Defining and Connecting the Two Fields”, in T. Cottier, J. Pauwelyn e E. Bürgi (eds.), *Human Rights and International Trade*, OUP, 2005) e criticado por P. Alston, “Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petermann”. *European Journal of International Law*, 13, 4, 2002, pp. 815-844.

² MEDEIROS (2024), 207.

se parecem opor à possibilidade de um *jus cogens* regional. Em terceiro lugar, e olhando para o caso particular da Europa, e para o caso específico da proibição da pena de morte, propõe-se superar esses obstáculos afirmando a natureza imperativa desta norma neste continente.

2. A plausibilidade da hipótese, a partir de alguns casos

Atente-se nos seguintes casos:

- a) *Soering c. Reino Unido* (Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 7 de julho de 1989³)

Em abril de 1986, Jens Soering, de nacionalidade alemã, foi detido por fraude no Reino Unido. As autoridades norte-americanas requereram a sua extradição, uma vez que era procurado nos Estados Unidos por suspeita de homicídio dos pais da sua companheira. A tal crime correspondia, segundo a lei do estado norte-americano competente, a pena de morte. As autoridades alemãs requereram igualmente a extradição pelos mesmos factos, atenta a nacionalidade do suspeito. O pedido das autoridades alemãs não foi aceite pelo Reino Unido, por se ter considerado que as provas por elas obtidas não eram suficientes para garantir o julgamento, havendo o risco de impunidade. Em alternativa, o Reino Unido respondeu ao pedido de extradição das autoridades norte-americanas informando que a pena de morte tinha sido abolida no Reino Unido e requerendo que, caso o indivíduo fosse condenado, tal pena não lhe fosse aplicada ou, caso o governo norte-americano não estivesse, em termos constitucionais, em condições de o garantir, que recomendasse às autoridades judiciárias que essa pena não fosse aplicada ou não fosse executada. Em resposta, o procurador responsável pelo caso nos Estados Unidos declarou que, na eventualidade de o arguido vir a ser considerado culpado, autorizaria que o Reino Unido fosse aceite como interveniente no processo, a fim de exprimir a sua posição relativamente à eventual aplicação da pena de morte. Em vista desta resposta, o Governo britânico autorizou a extradição.

Soering submeteu uma queixa ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, considerando que a sua extradição violava o artigo 3.º da Convenção (proibição de tortura), por o sujeitar ao «fenómeno do corredor

³ *Soering c. Reino Unido*, Queixa n.º 14038/88, Acórdão de 7 de julho de 1989.

da morte», causador de graves danos psicológicos suscetíveis de corresponder a tortura; o artigo 6.º, n.º 3, c) (direito a um processo equitativo), porque a extradição o sujeitava a julgamento num Estado (da Virgínia) que não lhe conferia apoio judiciário para eventuais recursos; e o artigo 13.º (direito a um recurso efetivo), por violação, pelo Reino Unido, do direito a uma garantia efetiva em face da decisão de extradição⁴.

Por decisão de 7 de julho de 1989, o TEDH considerou que a entrega do indivíduo para julgamento nos Estados Unidos violaria o artigo 3.º da Convenção⁵, mas considerou inadmissíveis as queixas relativas aos artigos 6.º e 13.º.

Interessa, sobretudo, realçar a declaração de voto do juiz De Meyer pelo seu carácter particularmente expressivo: começou por considerar que o Tribunal deveria ter decidido o caso também à luz do artigo 2.º, n.º 1, da Convenção, que consagra o direito à vida, já que a decisão de extradição era suscetível de sujeitar o arguido a pena de morte. Na verdade, considerou, «nenhum Estado requerido pode ter o direito de permitir que um Estado requerente faça o que o próprio Estado requerido não está autorizado a fazer»⁶. Mas haveria ainda um aspeto «mais fundamental», segundo o mesmo juiz: o facto de a pena de morte ser (excecionalmente) admitida no texto principal da Convenção (na segunda parte do n.º 1 do artigo 2.º) deveria ser interpretado à luz do momento histórico em que ela foi celebrada, no período pós-guerra e numa altura em que alguns Estados Parte ainda a mantinham em circunstâncias limitadas; ora, à data do caso *Soering*, a pena já tinha sido abolida por quase todos os Estados Parte na Convenção⁷, tendo vários deles ratificado o Protocolo Adicional n.º 6. Devia, portanto, considerar-se que a pena de morte não era consistente com «o estado atual da civilização europeia». Vale a pena citar De Meyer: «nenhum Estado Parte da Convenção pode, neste contexto, mesmo se ainda não ratificou o Protocolo n.º 6, proceder à extradição de uma pessoa se ela incorrer no risco de ser sujeita a pena de morte no Estado requisitante. Extraditar alguém em tais circunstâncias

⁴ Par. 76.

⁵ Par. 126.

⁶ Declaração de voto do juiz De Meyer.

⁷ Na data em que o TEDH proferiu o seu acórdão, havia ainda alguns Estados europeus nos quais a pena de morte não tinha sido definitivamente abolida (era o caso da Bélgica, Grécia e Países Baixos, para os países ultramarinos, para além de alguns países que faziam parte do bloco soviético e para os quais a abolição da pena de morte chegaria apenas como resultado do processo de adesão à UE).

seria repugnante para os padrões europeus de justiça e contrário à ordem pública europeia»⁸.

b) *Kadi*⁹ (Acórdão do TJUE, de 3 de setembro de 2008)

O litígio teve origem num conjunto de atos adotados pelo Conselho da União Europeia¹⁰ destinados a implementar resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas de 1999 e 2000¹¹, que impunham aos Estados a aplicação de medidas restritivas de carácter financeiro (v.g. congelamento de fundos) quanto a bens detidos por terroristas ou entidades com eles relacionadas. *Kadi* era um dos indivíduos inscritos na lista do comité de sanções das Nações Unidas, e por isso visado pelas medidas restritivas, e interpôs recurso de anulação dos atos europeus no, então, Tribunal de Primeira Instância, com fundamento na violação do direito a ser ouvido, do direito de propriedade e do direito à tutela jurisdicional efetiva. O TPI afirmou a sua competência, «excepcionalmente»¹², para apreciar a compatibilidade das resoluções do Conselho de Segurança com o *jus cogens*, designadamente, «normas imperativas que visam a proteção universal dos direitos do homem»¹³, uma amálgama ampla de direitos, entre os quais figurava a proibição de privação arbitrária da propriedade, não tendo, no entanto, considerado que existia violação dos direitos no caso concreto. Tendo a decisão sido objeto de recurso para o Tribunal de Justiça, este anulou o acórdão do TPI: o Tribunal considerou que não dispunha de competência para fiscalizar a resolução do Conselho de Segurança, mas apenas para apreciar a validade do ato europeu que a implementara. Além disso, rejeitou a possibilidade de considerar o problema à luz dos princípios de *jus cogens*, tendo, ao invés, tomado como referência as «tradições constitucionais comuns aos

⁸ Declaração de voto do juiz De Meyer.

⁹ Processos C-402 e 415/05P, EU:C:2008:461.

¹⁰ Posição Comum 1999/727/PESC, de 15 de novembro de 1999, e Regulamento (CE) n.º 337/2000, de 14 de fevereiro de 2000; Posição Comum 2001/154/PESC, de 26 de fevereiro de 2001, e Regulamento (CE) n.º 467/2001, de 6 de março de 2001 (que revoga o Regulamento anterior); e Regulamento 881/2002, de 27 de maio.

¹¹ Resolução 1267 (1999), de 15 de outubro, e Resolução 1333 (2000), de 19 de dezembro de 2000, ambas do Conselho de Segurança da ONU.

¹² Acórdão do TPI de 21 de setembro de 2005, processo T-315/01. Par. 231.

¹³ Par. 231.

Estados-Membros»¹⁴. Esclareceu ainda que, embora seja verdade que o (atual) artigo 347.º do TFUE permite entraves ao mercado comum criados por um Estado-Membro através de medidas que se destinem a dar execução a compromissos internacionais assumidos em prol da manutenção da paz e segurança, essa possibilidade não deve ser interpretada «no sentido de que autoriz[a] uma derrogação aos princípios da liberdade, da democracia e do respeito dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais consagrados no artigo 6.º, n.º 1, TUE enquanto fundamento da União». Esses princípios «fazem parte dos próprios fundamentos do ordenamento jurídico comunitário», devendo, por isso, constituir critério substancial de apreciação da validade das medidas controvertidas.

c) *Roach c. Pinkerton* (Resolução da Comissão Interamericana dos Direitos do Homem, 1987¹⁵)

Roach e Pinkerton, ambos de nacionalidade norte-americana, foram julgados por crimes que cometeram quando ainda não tinham atingido a maioridade e condenados a pena de morte nos Estados Unidos. Dirigiram uma petição à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, por violação do direito à vida, consagrado no artigo 1 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que no seu entender deveria ser interpretado à luz de uma regra consuetudinária que proibiria a aplicação de pena de morte a menores. A questão revelava-se complexa porquanto, embora os Estados Unidos sejam membros da Organização de Estados Americanos, nunca ratificaram a Convenção Americana dos Direitos Humanos, não estando, por conseguinte, vinculados à disposição, dali constante (artigo 4.º, n.º 5), que proíbe a pena de morte relativamente a crimes praticados por menores de 18 anos.

¹⁴ Ac. do TJUE (Grande Secção), de 3 de setembro de 2008, processos apensos C-402/05P e C-415/05 P. V. par. 283.

¹⁵ Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Proc. n.º 9647, Res. n.º 3/87, de 22 de setembro de 1987. O Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos foi criado pela Convenção Interamericana dos Direitos Humanos e não tem jurisdição obrigatória, decidindo litígios apenas em relação aos Estados que aceitaram a sua competência contenciosa. A Comissão Interamericana dos Direitos Humanos mantém competências que já tinha antes, em relação a Estados que não ratificaram a Convenção, incluindo o direito de receber petições a respeito de violações de direitos humanos consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (cfr. artigo 51.º do Regulamento da Comissão interamericana de Direitos Humanos, na versão aprovada em 8 de abril de 1980, em vigor à data da decisão em análise).

No seu relatório, a Comissão considerou que «os Estados membros da OEA reconhecem uma norma de *jus cogens* que proíbe a execução de crianças. Esta norma é aceite por todos os Estados do sistema interamericano, incluindo os Estados Unidos»¹⁶. A questão estaria apenas na (in)determinação do conceito de “menor”, dadas as divergências entre os Estados norte-americanos quanto à idade em que se atinge a maioria, e no facto de alguns dos Estados admitirem a entrega de menores a tribunais criminais para julgamento de adultos. Em todo o caso, a Comissão reconheceu a existência de uma norma emergente de *jus cogens* que proíbe a execução de menores¹⁷ e acabaria por considerar que, tendo em conta a diversidade de soluções legislativas nos vários Estados norte-americanos e a falta de um tratamento uniforme da matéria, tinha havido privação arbitrária do direito à vida¹⁸.

Volvidos alguns anos, em 2002, a Comissão teve oportunidade de se voltar a pronunciar sobre a matéria, tendo então concluído que a prática internacional entretanto ocorrida, as sucessivas convenções internacionais a respeito da abolição da pena de morte e a abolição progressiva pelos Estados, permitia concluir pela consolidação da norma de *jus cogens* que proíbe a execução de menores¹⁹.

d) *Bernard Anbataayela Mornah* (Decisão do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, 2022)

O Autor da ação, um membro de um partido político ganês, intentou uma ação no Tribunal Africano contra alguns dos Estados Parte da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, com fundamento em violação, por estes, do direito à autodeterminação do povo Saharaui como resultado do não reconhecimento de soberania, integridade territorial e independência do Sahara Ocidental. No seu entender, ao terem aceitado, em 2017, a readmissão de Marrocos como Estado-Membro da União Africana (sucessora da Organização da Unidade Africana, da qual o Estado tinha saído em 1984 em protesto contra a aceitação de uma delegação da Frente Polisário como representante do Sahara Ocidental, que

¹⁶ Par. 56.

¹⁷ Par. 60.

¹⁸ Pars. 62-63.

¹⁹ Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Proc. n.º 12.285, *Michael Domingues v. United States*, Report n.º 62/02, de 22 de outubro de 2002, par. 84-85.

dois anos antes havia sido admitido na mesma Organização), os Estados-réus tinham violado os princípios constantes da Carta e abandonado a prática estabelecida de recusar a admissão de potências coloniais como membros da União. O Sahara Ocidental e a República das Maurícias foram admitidos como intervenientes no processo.

Depois de reconhecer que os factos alegados pelo queixoso estavam firmemente ligados ao direito à autodeterminação e à pretensão do povo saharauí de «ser assistido na sua luta pela liberdade contra a ocupação estrangeira»²⁰, o Tribunal notou que o direito à autodeterminação, considerado *jus cogens*²¹ e constante do artigo 20.º da Carta Africana, ocupa um «lugar único» no continente africano²² e carrega um especial significado para o seu povo²³. Em consequência, comparando com disposições análogas do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, considerou que «a Carta oferece uma proteção mais ampla e mais forte ao direito à autodeterminação, refletindo mais uma vez a importância que os Estados africanos atribuem à autodeterminação»²⁴ e «entrelaça o direito à autodeterminação com o direito à existência dos povos, algo que denota uma total pretensão ou direito à sobrevivência enquanto povo»²⁵.

No caso concreto, o Tribunal acabaria por decidir que a circunstância de Marrocos ter sido aceite como membro da União Africana não constituía violação do direito à autodeterminação do povo saharauí por parte dos Estados-réu. Considerou, por um lado, que o mencionado artigo 20.º não impõe aos Estados uma lista de ações concretas a tomar em vista do seu cumprimento (entre as quais se incluía, como pretendia o queixoso, o esforço diplomático para impedir a adesão de Marrocos), e, por outro, que a aceitação da adesão devia ser imputada à Assembleia da União e não a cada um dos Estados-Membros isoladamente²⁶.

²⁰ Par. 285.

²¹ Par. 298.

²² Par. 289.

²³ Par. 290.

²⁴ Par. 295.

²⁵ Par. 295.

²⁶ Pars. 318-320.

e) Razão de ordem

Estes e outros exemplos atestam como as jurisdições internacionais reconhecem a especificidade dos sistemas que garantem, e que a imperatividade de certas normas – ou a sua interpretação – pode conhecer variações regionais. A somar aos exemplos descritos, não é difícil encontrar referências a uma especificidade europeia quando se abordam questões como o não reconhecimento do casamento poligâmico²⁷, a regulação em matéria de inteligência artificial²⁸ ou de proteção de dados²⁹, justificadas por uma consciência aguda da dignidade humana que difere de outras regiões. Estes últimos exemplos, ainda que não desemboquem sempre na afirmação de regras de *jus cogens*, dão conta, em todo o caso, da consciência de um *modo de viver europeu*, que as instituições comuns europeias reconhecem e que se traduz numa visão particular de direitos fundamentais, na ideia do Estado de Direito e nas exigências da democracia liberal. Este *modo de vida*, apurado a partir de uma história civilizacional comum, progressivamente vai-se cristalizando e impondo aos próprios Estados a partir dos mecanismos supranacionais de garantia, como sendo o TEDH ou o TJUE.

3. Os pretensos obstáculos à admissão de um *jus cogens* regional

A existência de normas imperativas regionais é controversa.

Diz-se³⁰ que não é suportada pela prática estadual e que encontra dificuldades conceptuais, pois a definição tradicional do conceito de *jus cogens* remete para características que tendem à sua universalidade. Algumas dessas objeções têm como base textos internacionais:

- a) O artigo 53.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) determina a nulidade de um Tratado incompatível com

²⁷ V. o n.º 11 do Preâmbulo e o artigo 4.º, n.º 4.º, da Diretiva 2003/86/CE do Conselho, de 22 de setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar. ZACCARONI (2024), p. 313.

²⁸ Quer ao nível da União Europeia, por meio da adoção do Regulamento sobre inteligência artificial, quer ao nível do Conselho da Europa, com a convenção-quadro do Conselho da Europa.

²⁹ Por meio da adoção de um Regulamento Geral da Proteção de Dados na União Europeia. V. a referência a uma especificidade europeia neste domínio, em SCHWARTZ e PEIFER (2017), pp. 121 e ss.

³⁰ ORAKHELSHVILI (2006), p 39; TOMUSCHAT (2015), p 28, e KOLB (1998), p. 99.

uma norma de *jus cogens*, sendo esta definida como uma «norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional no seu conjunto». É certo que se admite não ser necessário fazer prova do reconhecimento unânime dos Estados da comunidade internacional³¹; de todo o modo, a alusão à universalidade pretende indicar que se estará diante de normas que transcendem as diferenças e as fronteiras regionais³²;

b) O Projeto de Conclusões sobre normas imperativas de Direito Internacional (*jus cogens*), aprovado pela Comissão de Direito Internacional em 2022, refere-se às normas imperativas nos seguintes termos:

- i. na Conclusão 2 afirma-se que as normas imperativas refletem e protegem «valores fundamentais da comunidade internacional», tomando mais uma vez esta última como referência do âmbito subjetivo de aplicação da norma;
- ii. no mesmo lugar, diz-se que são normas «universalmente aplicáveis». No comentário a esta conclusão³³ esclarece-se que tal significa que são vinculativas para todos os sujeitos de Direito Internacional, obrigando Estados e Organizações Internacionais;
- iii. na Conclusão 3 afirma-se o carácter inderrogável das normas de *jus cogens*, não podendo ser contrariadas por outras normas, nem suscetíveis de compressão ou ponderação;
- iv. na Conclusão 4 declara-se que são normas de *direito internacional geral*. O comentário a esta conclusão esclarece que se trata de normas com um âmbito de aplicação geral que vinculam, com idêntica força, todos os membros da comunidade internacional³⁴;

³¹ RAGAZZI (1997), pp. 55-56.

³² Durante a fase de elaboração da Convenção de Viena foi amplamente discutida a possibilidade de o artigo 53.º fazer referência a normas imperativas regionais. A preocupação dos Estados que rejeitaram essa possibilidade, tal como os que se opunham em geral à própria referência a normas de *jus cogens* como critério de validade dos Tratados, estava sobretudo no receio de que a norma pudesse ser abusivamente invocada como motivo de não cumprimento de um tratado. ZOUAPET (2021), pp. 52-53. A discussão pode ser acompanhada nos trabalhos preparatórios, que estão disponíveis em <https://legal.un.org/ola/> (acedido em 13.12.2004).

³³ N.º 10.

³⁴ Comentário 9.

- v. na Conclusão 7 indica-se que, para a identificação das normas de *jus cogens*, relevam a aceitação e o reconhecimento pela comunidade internacional de Estados «no seu conjunto», reafirmando-se o teor do artigo 53.º da Convenção de Viena acima referido, e entendendo-se que, para o efeito, basta uma maioria larga e representativa dos Estados da comunidade internacional, que transcenda regiões, sistemas jurídicos e culturas³⁵;
- vi. na Conclusão 17 reforça-se que estas normas contêm obrigações devidas à comunidade internacional no seu conjunto (*erga omnes*)³⁶. Tal significa que todos os Estados têm um interesse jurídico na observância da norma, detendo, mesmo que não sejam afetados pela sua violação, legitimidade para demandar em juízo o Estado que a violou. A título de exemplo recente, veja-se o caso do litígio pendente no TIJ entre a Nicarágua e a Alemanha, no qual a primeira reclama a responsabilidade da segunda pelo auxílio prestado a Israel no conflito em Gaza e, por conseguinte, pelo contributo para o genocídio que, no seu entender, aí se verifica³⁷. Não sendo parte no conflito, a Nicarágua fundamenta a sua legitimidade no carácter *erga omnes* das obrigações internacionais alegadamente violadas (proibição de genocídio e regras de direito humanitário). As normas imperativas regionais nunca poderiam ser oponíveis *erga omnes*.
- c) Por último, o reconhecimento de regras imperativas regionais contribuiria para acentuar o carácter fragmentado do Direito Internacional, que a doutrina do *jus cogens* visaria justamente contrariar ou atenuar.

Em suma, o conceito de normas imperativas, ou de normas de *jus cogens*, parece irremediavelmente associado à exigência da sua universalidade.

³⁵ Pars. 37-40 dos Comentários.

³⁶ GAJA (1981), pp. 280-281. Nem todas as obrigações *erga omnes* são imperativas, mas todas as normas imperativas são *erga omnes*.

³⁷ *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany)*.

4. A superação dos obstáculos e a viabilidade de um *jus cogens* no espaço europeu

Os obstáculos apontados não parecem, contudo, insuperáveis.

I. É importante, desde logo, recordar que a hipótese do *jus cogens* foi desenvolvida num contexto internacional muito diferente daquele que vivemos hoje. Embora a reflexão contemporânea sobre normas imperativas tenha sido introduzida pelo artigo 53.º da Convenção de Viena de 1969, a verdade é que desde os alvares da ciência do Direito Internacional se encontram referências a normas universais: a, designada, Escola Espanhola do Direito Internacional (séculos XV-XVI) associava-as ao direito natural, e Hugo Grócio, pelo menos numa primeira fase, vem depois debruçar-se sobre as suas características. Nem mesmo no apogeu do positivismo jurídico o conceito perdeu interesse³⁸.

Ora, há que reconhecer que a comunidade internacional na qual o conceito amadureceu, com poucos sujeitos e homogênea, era muito diferente da atual, e que, portanto, o termo “universal” assumia um significado bastante mais limitado. No tempo dos impérios europeus, o sistema internacional representava um número diminuto de Estados, culturalmente semelhantes. Por isso, num tal contexto, desenvolver-se a ideia de que as normas de *jus cogens* eram universais não surpreende; a universalidade era, nessa época e para quem se dedicava a estas questões, essencialmente europeia.

Mais importante, contudo, é que, perpassando os vários argumentos normativos acima referidos, vemos como, na esteira de G. Gaja, «não existem razões de fundo para recusar a existência de um *jus cogens* regional»³⁹:

- a) Desde logo, vale a pena recordar que da Convenção de Viena e do «Projeto de Conclusões da Comissão de Direito Internacional sobre *jus cogens*» não se pode inferir uma posição normativa quanto à (in)existência de *jus cogens* regional, mas apenas que a definição de *jus cogens* dali constante foi estabelecida apenas para os efeitos dos respetivos textos⁴⁰: a Convenção de Viena é um tra-

³⁸ V. uma descrição histórica do desenvolvimento do *jus cogens* em BAPTISTA (1997), pp. 25-104.

³⁹ GAJA (1981), p. 284.

⁴⁰ KOLB (1998), p. 99, e VIRALLY (1966), p. 14.

tado multilateral que essencialmente codifica Direito Internacional geral em matéria de celebração de tratados, para a qual as especificidades regionais não são relevantes; mesmo se se quiser afirmar, como Orakhelashvili⁴¹, com base nos trabalhos preparatórios, que se quis expressamente excluir o *jus cogens* regional, a verdade é que a Convenção de Viena não tem uma pretensão autoritativa a este respeito. Quanto às Conclusões sobre *jus cogens*, impõe-se que sejam lidas no âmbito da missão que as Nações Unidas confiam à Comissão de Direito Internacional que as elaborou, que vem a ser a da codificação e o desenvolvimento do Direito Internacional, no espírito universalista que atravessa a Carta das Nações Unidas⁴². Aliás, nos Comentários de que a Comissão de Direito Internacional faz acompanhar o texto do Projeto afirma-se que ele «[se] ocupa apenas de normas imperativas de direito internacional geral, e não das normas imperativas nos sistemas jurídicos internos, bilaterais ou regionais»⁴³, sobre os quais não se toma posição.

- b) Ainda no que toca à referência ao carácter universal das normas de *jus cogens*, é preciso notar que ela não obsta à existência de normas imperativas ao nível regional, contanto que a referência à universalidade respeite ao conteúdo material de tais normas. De facto, é possível conceber a existência de valores universalizáveis (isto é, suscetíveis de informar a comunidade internacional no seu conjunto), que se traduzem em normas cujo carácter imperativo foi reconhecido apenas por uma parte da comunidade internacional.
- c) Aliás, o processo de formação de uma norma imperativa é, como acontece com outras normas consuetudinárias, reconhecidamente lento. A imperatividade não tem de ser reconhecida por toda a comunidade internacional em simultâneo – e, geralmente, não é. Assim, é perfeitamente plausível que uma norma seja reconhecida como imperativa por alguns Estados antes de o ser para outros, e é também provável que a perceção dessa natureza passe, por contágio, entre Estados que partilhem uma mesma estrutura de pensamento jurídico.

⁴¹ ORAKHELASHVILI (2006), p. 39.

⁴² Cfr. o artigo 13.º da Carta das Nações Unidas e o artigo 1 do Estatuto da Comissão de Direito Internacional, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução 174 (II), de 21 de novembro de 1947. LIMA/MAROTTI (2022), p. 224.

⁴³ Comentário à Conclusão 1, par. 8.

Assim sendo, a questão não é tanto a de saber se a regra é suficientemente universal para que possa ser considerada imperativa, mas a de saber se o grupo de Estados que reconhece essa imperatividade tem suficiente homogeneidade para se poder apurar uma tendência para a cristalização da regra. De facto, uma norma imperativa ao nível regional não é mais do que uma norma que foi objeto de reconhecimento parcial numa região na qual, por virtude de uma certa afinidade histórica, cultural, política, social, os Estados se reconhecem vinculados pelos mesmos princípios – o que estará na base, aliás, do desenvolvimento de formas de cooperação mais estreita que ajudam ao desenvolvimento dessas regras. O reconhecimento ao nível regional tem maior significado enquanto prova da sedimentação da regra do que o seu reconhecimento por parte de um conjunto aleatório de Estados, geograficamente dispersos e sem qualquer relação entre si, situação em que a regra é mais permeável a oscilações e retrocessos.

- d) Também a natureza superior e inderrogável das normas de *jus cogens* não tem de ser incompatível com a formação de normas imperativas ao nível regional. De facto, a coerência da ordem jurídica exige que as normas de *jus cogens* não se contradigam e é também por isso que o elenco das normas de *jus cogens* é geralmente tão limitado⁴⁴, incluindo apenas o mínimo consensualmente inderrogável. O risco de colisão entre normas regionais e universais poderia gerar conflitos de vinculação para os Estados sujeitos a ambas as regras. O risco fica acautelado, porém, desde que se considere que normas regionais e universais partilham a mesma unidade de sentido.
- e) Por outro lado, o carácter *erga omnes* das normas de *jus cogens* pode ser reconhecido à escala regional, relativamente ao universo de Estados vinculados pela norma. Terão legitimidade para agir em defesa do interesse protegido pela norma apenas os Estados que a ela estão sujeitos.
- f) Por fim, a ideia de que no Direito Internacional *o consentimento é a regra* e a *imperatividade é excecional* também não constitui, em si, um obstáculo à existência de *jus cogens* regional, mais do

⁴⁴ V., por exemplo, o elenco constante de anexo ao Projeto de Conclusões da CDI sobre normas imperativas de Direito Internacional.

que o é em relação à norma de *jus cogens* universal. É preciso notar, a título preliminar, que no Estado atual do DIP o consentimento perdeu a centralidade que tinha no Direito Internacional Clássico, cujos sujeitos eram exclusivamente os Estados soberanos (e no entendimento particular que a soberania tinha nesse período) e que, em grande medida, a comunidade internacional se concebe hoje mais a partir da necessidade de proteção de interesses comuns⁴⁵. Resta, portanto, deste argumento a necessidade de que as normas imperativas se refiram a interesses essenciais para os Estados por elas abrangidos. Tem de haver prova inequívoca e razão de princípio suficientemente imperiosa para que se possa conceber a existência de uma regra imperativa regional que limita a vontade dos Estados, tal como, de resto, sucede com as regras imperativas que vinculam a comunidade internacional de Estados no seu conjunto.

II. Se, por um lado, os obstáculos habitualmente invocados não procedem, a verdade é que, por outro lado, existem argumentos que tornam plausível a existência de um *jus cogens* regional:

- a) A partilha de um espaço geográfico comum entre alguns povos, a sua história e cultura partilhadas, a inconstância das suas fronteiras e da configuração do poder sobre o território conduzem inevitavelmente ao desenvolvimento de regras comuns entre eles, que se tornam o seu *modo de viver*⁴⁶.
- b) De resto, a relevância da existência de afinidades regionais foi assumida pela própria Comissão de Direito Internacional, durante a elaboração do «Projeto de Conclusões». Ali se considerou, a propósito da questão de saber quando é que se poderia concluir que uma norma imperativa era reconhecida pela comunidade internacional de Estados «no seu conjunto» – e rejeitada a hipótese de ter de o ser por aceitação unânime –, que a avaliação deve ser qualitativa e não puramente quantitativa. Por outras palavras, devia levar-se em conta se a maioria de Estados que reconhece a norma seria suficientemente «representativa», isto é, atravessando

⁴⁵ RUFFERT (2005), p. 296.

⁴⁶ BAPTISTA (1997), pp. 390-392.

regiões, sistemas jurídicos e culturas⁴⁷. A Comissão reconhecia, implicitamente, a existência de uma homogeneidade regional que pode ter relevância jurídica na determinação do carácter universal da norma (para a Comissão de Direito Internacional tal relevância será apenas negativa, subentendendo-se que considera que, se o reconhecimento do carácter imperativo não incluir Estados de diferentes tradições regionais, não se poderá afirmar o seu carácter universal⁴⁸).

- c) Para uma determinada visão, que não toma a ordem internacional como um mero facto, mas como uma realidade normativa e que aspira a garantir a coexistência pacífica e justa dos sujeitos, a utilidade das regras de *jus cogens* (enquanto elemento formativo dessa ordem) seria diminuta se estivesse dependente de um reconhecimento generalizado. De facto, é difícil apurar a existência de um consenso mínimo, um denominador comum entre todos os Estados de comunidade internacional, que vá para além dos extremos da proibição da tortura, da escravatura e do genocídio. A afirmação de princípios imperativos regionais permitiria cristalizar o acordo dos Estados em determinados domínios e aprofundar o seu relacionamento.
- d) Como vimos dos casos descritos na introdução, alguns tribunais internacionais referem a existência de princípios de *jus cogens* com carácter regional, ou de princípios que, tendo natureza universal, são interpretados de modo particular nalgumas regiões. Regista-se também a alusão a outras normas imperativas ao nível regional, como sendo a chamada Doutrina Brezhnev, formulada em 1968 pelo então secretário-geral do Partido Comunista soviético homónimo, justificando a intervenção armada dos Estados soviéticos perante uma ameaça ao socialismo num dos Estado do bloco (o que, de resto, constituiu a primeira vez em que a questão da existência de um *jus cogens* regional se colocou); ou a proposta, em países islâmicos, de uma especificidade regional justificativa da interpretação de declarações de direitos humanos em conformidade com o Corão e o Sunnah⁴⁹. Estes dois últimos exemplos,

⁴⁷ Comentário à Conclusão 7, pars. 6-8.

⁴⁸ ZOUAPET (2021), p. 67.

⁴⁹ GOZZI (2019), pp. 221-266. V. os artigos 24 e 25 da Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islão, de 1990.

contudo, não parecem satisfazer as condições de que depende a afirmação do seu carácter imperativo – no primeiro caso porque é inconciliável com a regra universal que proíbe o uso da força, no segundo porque se demonstra dificilmente universalizável.

III. Em concreto, encontra-se, no continente europeu, um caldo de princípios partilhados, com suficiente densidade para gerarem regras comuns que constituem traço essencial da sua identidade.

«Em termos estruturais, aquilo que une uma comunidade e a diferença das outras é uma “relativa homogeneidade”»⁵⁰. Pese embora as várias diferenças entre os povos europeus, as particularidades das várias regiões e as distintas configurações políticas, a afinidade entre os Estados europeus permite a identificação da Europa como um bloco internacional. Essa homogeneidade parte das possibilidades abertas pela partilha de um espaço comum, mas não se identifica apenas pela geografia, já que se trata de um continente cujos limites geográficos são imprecisos a leste, na sua junção ao continente asiático. Em todo o caso, a alta densidade populacional num território relativamente exíguo contribuiu para o estabelecimento de estreitas relações entre os povos que sucessivamente habitaram a região, e o desenvolvimento de um *modo de viver* comum numa altura em que as fronteiras nacionais não tinham ainda estabilidade. A afinidade entre os povos europeus decorre de uma cultura construída durante séculos, a partir da influência de diferentes povos e de um património espiritual comum, assente numa «dualidade primordial (...): a herança dupla de Atenas e Jerusalém»⁵¹, ou, para outro Autor, «a herança da Grécia, de Roma, do Cristianismo – quais bases do “espírito europeu”»⁵².

Esta identidade foi referida e cultivada como fator de unidade europeia desde o pensamento político medieval, através da referência a uma *Respublica Christiana*, da constituição do Sacro-Império Romano-Germânico e, mais tarde, do Concerto Europeu saído do Congresso de Viena, de 1815. E foi essa mesma consciência de uma identidade partilhada, que possibilitou a criação de formas de cooperação estreita entre os Estados europeus ao longo do século XX, traduzidas nos sistemas do Conselho da Europa (em particular, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos)

⁵⁰ MEDEIROS (2024), p. 176.

⁵¹ STEINER (2005), p. 36. V. pp. 26-44. WEILER (2003), pp. 27-30.

⁵² ROCHA (2017), p. 213.

e da União Europeia. Estes sistemas regionais assumem uma origem e um propósito ético⁵³ tomando determinadas regras como informantes dos respetivos sistemas e com carácter superior⁵⁴, chegando mesmo a falar-se de uma identidade constitucional europeia⁵⁵. A expressão sugere não apenas a existência de valores comuns, mas o reconhecimento do seu carácter estruturante nas sociedades. As instituições supranacionais comuns assumem a tarefa de garantir essas regras, como se tem visto recentemente a partir da reação diante da crise do Estado de Direito em alguns países da União.

Ao longo do século xx, esta identidade foi assumida e aprofundada em diversos documentos europeus. Os Chefes de Estado e de Governo reunidos em Copenhaga, em 1973, assinaram uma Declaração sobre a Identidade Europeia, visando a afirmação da identidade europeia e a responsabilidade das Comunidades no plano internacional (propósito que viria a ser retomado no Preâmbulo do Tratado de Maastricht). A Declaração reconhecia «a variedade de culturas no âmbito de uma mesma civilização europeia, o apego a valores e princípios comuns, a convergência nas concepções de vida, a consciência de possuir em comum interesses específicos e determinação em participar na construção de uma Europa unida»⁵⁶.

Diversos Autores aludem a um modo de vida europeu, que congrega os valores da democracia liberal e do respeito pelos direitos fundamentais como instrumentos fundacionais da ordem europeia. Entre nós, Francisco Lucas Pires recordava que «ambos determinam a nossa ação segundo normas, de modo não arbitrário, decidida em liberdade, mas de acordo com critérios e valores comuns de civilização e cultura»⁵⁷. O mesmo Autor acrescentava: «Direito, democracia, justiça e liberdade

⁵³ No Preâmbulo do Tratado da União Europeia pode ler-se que os Estados se «inspira[m] no património cultural, religioso e humanista da Europa, de que emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, bem como a liberdade, a democracia, a igualdade e o Estado de direito», e que a sua política externa visa, designadamente, «fortalece[r] (...) a identidade europeia e a sua independência, em ordem a promover a paz, a segurança e o progresso na Europa e no mundo».

⁵⁴ LIMA/MAROTTI (2022), p. 231.

⁵⁵ MANTILLA DE LOS RÍOS (2022), secção III. Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de fevereiro de 2022, *Hungria c. Parlamento Europeu e Conselho*, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, par. 127.

⁵⁶ *Document on the European Identity published by the Nine Foreign Ministers*, 14 December 1973, Copenhagen, n.º 3.

⁵⁷ PIRES (1994), p. 39.

tornaram-se assim função deste valor ao mesmo tempo supremo e uno da “dignidade humana” e projeções ideais da essência da cultura europeia»⁵⁸, tal como as ideias de «“medida”, “proporção” e “adequação”, um comedimento de uma racionalidade que imbui, de resto, mais intimamente toda a sua lógica jurídica»⁵⁹. Também Kolb reconhece que «existe hoje, na Europa, no que respeita ao princípio democrático, aos direitos humanos ou outras matérias, uma visão de ordem pública, e por isso de direito imperativo, mais ampla que no direito internacional»⁶⁰.

Enfim, encontramos uma projeção destes princípios nos Preâmbulos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Afirma-se no primeiro:

«Os Governos signatários (...) reafirma[m] o seu profundo apego a estas liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz no mundo e cuja preservação repousa essencialmente, por um lado, num regime político verdadeiramente democrático e, por outro, numa concepção comum e no comum respeito dos direitos do homem.»

Na Carta de Direitos Fundamentais, descrevendo direitos em torno dos seis núcleos da «constelação axiológica da identidade europeia» – dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania, justiça⁶¹ – afirma-se que:

«[o]s povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns. Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito.»

⁵⁸ PIRES (1994), p. 39.

⁵⁹ PIRES (1994), p. 40.

⁶⁰ KOLB (1998), p. 102.

⁶¹ ROCHA (2017), p. 215.

Esta especificidade europeia é frequentemente traduzida na ideia de *ordem pública europeia*⁶², que se refere a um conjunto de normas que constituem uma ordem valorativa comum na qual assenta a vida em sociedade. Caso paradigmático neste domínio é, por exemplo, o não reconhecimento de casamentos poligâmicos, que constitui prática habitual dos Estados europeus e marca presença em legislação da União: no artigo 4.º, n.º 4, da Diretiva relativa ao reagrupamento familiar⁶³, afirma-se que «[e]m caso de casamento polígamo, se o requerente do reagrupamento já tiver um cônjuge que com ele viva no território de um Estado-Membro, o Estado-Membro em causa não autorizará o reagrupamento familiar de outro cônjuge». Note-se que, na ponderação entre as exigências da vida familiar e a ordem pública europeia, a decisão é tomada em favor desta última, dizendo-se expressamente no Preâmbulo que «o direito ao reagrupamento familiar deverá ser exercido na necessária observância dos valores e princípios reconhecidos pelos Estados-Membros, designadamente dos direitos das mulheres e das crianças, observância que justifica a eventualidade de poderem ser tomadas medidas restritivas em oposição a pedidos de reagrupamento familiar de agregados familiares polígamos»⁶⁴.

A jurisprudência do TEDH (desde logo no acórdão *Soering*, acima mencionado) frequentemente alude à Convenção como um instrumento da «ordem pública europeia»⁶⁵, sem, contudo, especificar quais as normas que integram ou caracterizam essa mesma ordem pública. Por isso, é muitas vezes acusado de utilizar a expressão como um recurso retórico, sem lhe atribuir substância⁶⁶. Afirma-se, criticamente, que o Tribunal

⁶² Os princípios de *jus cogens* são considerados princípios de ordem pública internacional, isto é, interesses da comunidade internacional no seu conjunto que prevalecem sobre interesses conflituantes de Estados individuais ou grupos de Estados [ORAKHELASHVILI (2006), pp. 10, 67]. V. as referências nesse sentido feitas no acórdão no caso *Kadi*, T-315/01, acima referido, n.º 226.

⁶³ Diretiva 2003/86/CE do Conselho, de 22 de setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar. V. KINSCH (2014), p. 153; STYBNAROVA (2020), pp. 2-3.

⁶⁴ N.º 11 do Preâmbulo.

⁶⁵ V., por exemplo, o acórdão de 23 de março de 1995, *Loizidou c. Turquia* (objeções preliminares), Queixa n.º 15318/89, pars. 37, 75 e 93; o acórdão de 30 de junho de 2005 no caso *Bosphorus c. Irlanda* (Grande Câmara), Queixa n.º 45036/98, par. 156; e, mais recentemente, no acórdão de 21 de janeiro de 2021 (Grande Câmara), no caso *Geórgia c. Rússia (II)*, Queixa n.º 38263/08, par. 141: «a Convenção é um instrumento constitucional da ordem pública europeia».

⁶⁶ DZEHTSIAROU (2022), p. 62 e ss.

ficciona uma «identidade constitucional abstrata para um continente inteiro»⁶⁷.

É verdade que os princípios referidos – dignidade, igualdade, liberdade, democracia – têm um elevado grau de abstração, carecendo de densidade suficiente para poderem ser considerados inderrogáveis e assumindo concretizações diferentes nos vários Estados. Por exemplo, o reconhecimento da dignidade humana, ou de direitos como o da tutela judicial efetiva, é compatível com soluções legislativas diversas a respeito dos limites máximos das penas de prisão. Mas é inegável que, num fenómeno que é bidirecional, a partilha de valores comuns facilita o diálogo entre os Estados e a criação de instituições comuns; e que estas, por sua vez, vão contribuindo para o desenvolvimento de princípios e tornando mais fina a sua interpretação. Não é de estranhar, pois, que como resultado de ponderações sucessivas se torne possível a identificação de regras absolutas imperativas.

5. A *opinio juris* quanto ao carácter imperativo de proibição da pena de morte

Porque a análise não se pode fazer de modo abstrato, tomaremos novamente o caso da proibição da pena de morte, já estabelecida na quase totalidade do continente europeu e com progressiva, embora lenta, expansão por vários outros Estados. Esta é a candidata «mais viável»⁶⁸ a uma norma imperativa europeia.

Conhece-se o movimento de abolição da pena de morte, que se verifica ao nível internacional desde o século XIX. A sua história está também inscrita nas convenções internacionais que, a partir da segunda metade do século XX, estabelecem, com graus de vinculação variados, a proibição da pena. É o caso do Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que se destina à abolição da pena de morte. Do mesmo modo, os estatutos de tribunais penais internacionais (v.g. TPI⁶⁹, Estatutos dos TP para a ex-Jugoslávia⁷⁰, Ruanda⁷¹ e Serra Leoa⁷²) excluem a possibilidade de aplicação da pena de morte,

⁶⁷ GREER e WILLIAMS (2009), p. 465.

⁶⁸ ABDOLLAHI e BEHZADI (2020), p. 54.

⁶⁹ Artigo 77.º.

⁷⁰ Artigo 24.º.

⁷¹ Artigo 23.º.

⁷² Artigo 19.º.

mesmo em caso de condenação de crimes graves como o de genocídio. Ao nível global, o movimento fez também caminho nas Nações Unidas, cuja Assembleia Geral aprovou uma resolução na qual se insta os Estados a limitar o recurso à pena, através da fixação de regras mínimas de proteção de pessoas sujeitas a pena de morte, como sendo a limitação da sua aplicação em crimes graves dos quais resulte a privação da vida ou outras consequências graves; a sua não aplicação em crimes não violentos ou crimes políticos, bem como a não aplicação a menores de 18 anos, mulheres grávidas ou pessoas com demência; a exigência de prova inequívoca, julgamento imparcial e garantias de defesa e recurso; ou a necessidade de optar pelo meio de aplicação da pena letal que gere o menor sofrimento possível. É igualmente sugerida a aplicação de moratórias, com vista à sua futura abolição⁷³.

Apesar deste movimento, o fundamento da proibição internacional continua a ser meramente convencional, sendo consensual que não existe *opinio iuris* quanto ao carácter perentório da norma ao nível universal; permanecem cerca de oitenta Estados cujos sistemas jurídicos admitem a pena de morte.

No plano europeu, o Protocolo n.º 6 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, adotado em 1983, estabeleceu a proibição da pena para crimes comuns, mantendo-se a possibilidade de aplicação em tempo de guerra; e seria o Protocolo n.º 13 da mesma Convenção, em 2000, a estabelecer a proibição definitiva da pena de morte em qualquer circunstância. Os Estados europeus foram progressivamente abolindo a pena de morte, começando pela sua prática e depois excluindo-a da sua legislação (para crimes civis e só depois para crimes militares). Em muitos dos Estados de Leste foi abolida já durante este século XXI, para cumprir os critérios de adesão à UE, já que a Carta dos Direitos Fundamentais prevê a sua proibição no artigo 2.º. De resto, a União assume, como parte da sua identidade à escala internacional, a afirmação dos direitos humanos, na qual se inclui a promoção da abolição da pena de morte ao nível global⁷⁴. Atualmente, na Europa, só a Bielorrússia aplica ainda a pena de morte (tendo até sido recentemente alargada para punir crimes de alta traição por funcionários do Estado); na Rússia, a pena

⁷³ Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas de 15 de dezembro de 2022, 77.ª sessão, A/RES/77/222.

⁷⁴ V., por exemplo, a Declaração do Conselho sobre a Pena de Morte, de 8 de julho 2020.

mantém-se prevista na legislação, mas, desde 1996, vigora uma moratória que impede a sua aplicação.

Ocorre, portanto, que a proibição da pena de morte adquiriu reconhecimento significativo na Europa, quer ao nível dos Estados, quer ao nível das instituições comuns, para se afirmar como regra e que existe *opinio iuris* a favor do seu carácter imperativo.

6. Regime das regras imperativas regionais

As regras imperativas ao nível regional não são essencialmente distintas das que o são ao nível universal, pois partilham da mesma natureza, não obstante a *opinio juris* sobre a imperatividade da norma regional existir apenas nos Estados que integram a região, limitando naturalmente o seu âmbito espacial. Importa, no entanto, esclarecer alguns pontos.

a) A universalidade dos interesses que protegem

As regras imperativas regionais protegem valores que, não sendo universais, são universalizáveis. Esta característica é essencial para garantir a coerência do sistema e dela decorre a necessária dependência e não contrariedade das normas regionais em relação às normas imperativas universais⁷⁵. De facto, as regras imperativas regionais podem constituir um aprofundamento, mas não um retrocesso, em relação às regras imperativas de cariz universal. Daí a impossibilidade de qualificar como *jus cogens* a chamada doutrina *Brezhnev*, porque ela contrariava a regra (imperativa) da proibição de agressão.

Aliás, o reconhecimento da imperatividade de determinada norma ao nível regional pode preceder o seu reconhecimento universal, integrando o *léxico* do direito internacional geral⁷⁶. A proibição da pena de morte, que já se cristalizou na Europa, está em expansão no plano internacional. Nalgumas regiões, são afirmadas refrações da regra, por exemplo, a proibição da aplicação da pena a menores⁷⁷. É sugestivo que mesmo quem afirma a essencialidade do critério da universalidade na determinação de regras de *jus cogens* reconheça o papel que as ordens jurídicas regionais

⁷⁵ VIRALLY (1966), p. 14.

⁷⁶ PELLET (2006), p. 89; HASMATH (2012), p. 11.

⁷⁷ LIMA/MAROTH (2022), p. 229.

têm no desenvolvimento dessas regras⁷⁸. O campo dos direitos humanos, crescentemente universalizado, parece ser especialmente favorável a esta evolução, devendo entender-se que as normas imperativas regionais podem ser úteis no desenvolvimento e aprofundamento de normas universais⁷⁹.

Referindo-se a interesses coletivos, as regras imperativas regionais são também regras *erga omnes*, ainda que apenas quanto aos Estados integrantes na região e vinculados pela norma⁸⁰.

b) A inderrogabilidade

A natureza inderrogável das normas de *jus cogens* constitui, para muitos, o maior obstáculo ao reconhecimento de regras imperativas ao nível regional⁸¹. A circunstância de serem imperativas apenas para alguns Estados, e não para todos, expõe-nas ao risco de contrariedade com outras normas internacionais. É preciso, contudo, delimitar esse risco.

Desde logo, as normas regionais de carácter imperativo prevalecem sobre normas constantes de convenções internacionais celebradas entre Estados integrantes da região, com consequências idênticas às previstas no artigo 53.º da Convenção de Viena. Prevalecem igualmente sobre normas consuetudinárias com o mesmo âmbito geográfico, devendo considerar-se que as práticas contrárias constituem violação da norma imperativa e não uma simples pretensão de não serem abrangidas por ela (como sucederia em relação ao objeto persistente de uma norma costumeira sem carácter imperativo⁸²).

A questão torna-se mais complexa quando se analisa a relação entre a norma imperativa regional e as convenções celebradas entre Estados sujeitos a ela e outros Estados (ou, numa situação equivalente, entre a norma imperativa regional e normas consuetudinárias de carácter geral). Neste caso, a norma universal contrária à regra (regional) de *jus cogens* não é inválida, pois não é logicamente possível que o seja para uma das partes (o Estado abrangido pela norma regional) e que seja válida para

⁷⁸ ZOUAPET (2021), pp. 62-63.

⁷⁹ BAPTISTA (1997), p. 390.

⁸⁰ MIK (2013), p. 54, RAGAZZI (1997), pp. 194-199.

⁸¹ ORAKHELASHVILI (2006), p. 39, sugere que a consideração de normas de *jus cogens* regional introduziria o caos no sistema jurídico internacional.

⁸² Conclusão 14, n.º 3.

outra (o Estado Parte não pertencente a essa região)⁸³. O exemplo não é meramente académico, e surge no início deste estudo ilustrado pelo caso *Söering*, no qual se suscitou a questão da incompatibilidade entre uma convenção de extradição vigente entre o Reino Unido e os Estados Unidos e a regra que proíbe a pena de morte e cuja natureza imperativa foi suscitada ao longo do processo. Poderia também ser equacionada a compatibilidade entre a proibição da pena de morte e a regra consuetudinária *aut dedere aut judicare* («ou extraditar ou julgar»). Nestes casos surge verdadeiramente um conflito de vinculação para o Estado abrangido pela norma, colocado, de um lado, entre a necessidade de observância da regra imperativa e, de outro, do princípio *pacta sunt servanda*, regra para a essencial estabilidade das relações internacionais.

Kolb, que entende o *jus cogens* como uma técnica jurídica ligada exclusivamente ao carácter inderrogável de certas normas pelos Estados por elas abrangidos, não vislumbra qualquer dificuldade na situação descrita, considerando que «é (...) perfeitamente compatível com um estatuto de *jus cogens* regional ou particular inibir determinados atos jurídicos no interior do sistema, mas, ao mesmo tempo, ceder a outras normas nas relações externas»⁸⁴. Não nos parece, contudo, que esta posição seja sustentável, à luz da pretensão do *jus cogens* e do que significa afirmar que as suas regras são imperativas. Ela ignora o facto de que o reconhecimento de normas como essenciais para determinado grupo de Estados os leva frequentemente a moldar o seu comportamento internacional à luz dos mesmos princípios. De facto, a *opinio juris* quanto ao carácter cogente de tais regras decorre do reconhecimento da sua essencialidade para os Estados a ela vinculados, a qual não varia consoante o Estado ao qual a norma se opõe. Se a mesma norma for, para um Estado, imperativa nas suas relações com alguns Estados e derogável nas relações com outro Estado, estará comprometida a própria coerência dos sistemas jurídicos internos.

É por isso, de resto, que os Estados abolicionistas procuram limitar a extradição para países onde a pena de morte é aplicável. Nalguns Estados europeus, como Portugal, a mera possibilidade de aplicação da pena de morte no Estado requisitante impede a extradição, não sendo possível sequer requerer a prestação de garantias de que a pena não será aplicada⁸⁵.

⁸³ ORAKHELASHIVILI (2006), p. 39.

⁸⁴ KOLB (2015), p. 99.

⁸⁵ Cfr. artigo 33.º, n.º 6, da Constituição portuguesa.

Também é vulgar que, na negociação de convenções de extradição, seja proposta a introdução de cláusulas que prevejam a recusa de extradição nos casos em que seja possível a aplicação da pena de morte pelo Estado requisitante, ou o compromisso, pelos Estados onde ela se mantém, de que não aplicarão a indivíduos extraditados por Estados abolicionistas⁸⁶. A União Europeia tem instado os seus Estados-Membros a procederem deste modo nos tratados bilaterais de extradição que celebram com Estados terceiros, e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece, no seu artigo 19.º, n.º 2, que «[n]inguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes». Nestas circunstâncias, restará ao Estado vinculado pela norma imperativa assumir a obrigação de julgar, através da atribuição da competência aos seus tribunais. O artigo 5.º, n.º 1, alíneas *c*) e *f*) do Código Penal português ilustra esta opção, ao estabelecer justamente a aplicabilidade da lei portuguesa em relação a crimes praticados fora do território e quanto aos quais não possa haver extradição⁸⁷.

Na ausência de garantias prévias acordadas entre o Estado requisitante e o Estado onde o indivíduo se encontra, restará ao último o não cumprimento do pedido de extradição. Em 1990, o Supremo Tribunal dos Países Baixos analisou o pedido de extradição de um militar norte-americano requerido pelos Estados Unidos para julgamento de um crime de homicídio. A «Convenção entre os Estados Partes no Tratado do Atlântico Norte relativa ao Estatuto das suas Forças» (1951) previa a entrega incondicional de arguidos nestas circunstâncias [artigo VII, n.º 5, al. *a*)], mas o Supremo Tribunal considerou que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e o seu Protocolo Adicional n.º 6 prevaleciam sobre aquele acordo, pelo que a extradição não poderia ser aceite a não ser que fossem prestadas garantias por parte do Estado requerente.

É interessante verificar como, no quadro da vinculação internacional dos Estados europeus e da União nas áreas cobertas pelo ordenamento europeu, se reconhece uma certa «excepcionalidade europeia», uma tolerância internacional diante do reconhecimento da essencialidade de

⁸⁶ Por exemplo, a Declaração constante da Resolução da Assembleia da República n.º 46/2007, aquando da aprovação do Instrumento conforme o n.º 2 do artigo 2.º do Acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre Extradicação, assinado em Washington em 25 de junho de 2003 (*Diário da República*, 1.ª série, 10 de setembro de 2007).

⁸⁷ XAVIER (1997), pp. 75-76.

determinados valores para os Estados-Membros e a União. No conhecido acórdão *Alemanha c. Conselho* (“*bananas*”), de 1998⁸⁸, o Tribunal de Justiça admitiu a possibilidade de anular a decisão de celebração de um acordo internacional concluído pela Comunidade, depois de se ter verificado que o mesmo violava o princípio geral de não discriminação, pedra angular do Direito da União. Ainda que não tivesse havido aí alusão a normas imperativas *qua tale*, não deixa de se registar a tendência europeia para a salvaguarda dos seus valores no contexto internacional, e a exigência de cumprimento das obrigações europeias antes das internacionais.

Parece, portanto, que restará ao Estado sujeito à regra imperativa regional o não cumprimento da convenção contrária àquela, e isto não obstante a situação não estar prevista na Convenção de Viena como justificativa da denúncia unilateral dos Tratados⁸⁹: de facto, tal desvinculação configura, *prima facie*, um ilícito internacional. Será então necessário encontrar no Direito Internacional causa de justificação da inobservância da norma convencional ou consuetudinária contrária à regra regional imperativa, sem a qual o Estado poderá incorrer em responsabilidade por violação do Tratado.

Não se encontra resposta para este problema nos instrumentos internacionais que aludem a regras de *jus cogens* – a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as Conclusões provisórias da Comissão de Direito Internacional sobre *jus cogens* e o Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional –, porquanto, como vimos, eles se referem apenas a normas imperativas universais, nas quais o problema não se coloca. Julgamos que a resposta pode ser encontrada na figura da força maior, enquanto causa de exclusão de ilicitude, reconhecida pelo Direito Internacional e mencionada nos Artigos Provisórios relativos à Responsabilidade Internacional. Dispõe o artigo 23.º desse texto:

«*Força maior*

1. A ilicitude de um ato de um Estado em desacordo com uma obrigação internacional daquele Estado será excluída se o ato se der em razão de força maior, entendida como a ocorrência de uma força irresistível ou de um acontecimento imprevisível, além do

⁸⁸ Acórdão de 10 de março de 1998, *Alemanha c. Conselho*, C-122/95, EU:C:1998:94.

⁸⁹ Cfr. o artigo 42.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

controle do Estado, tornando materialmente impossível, nesta circunstância, a realização da obrigação.»

c) Garantia

As normas imperativas ao nível regional beneficiam de uma garantia mais intensa que as normas universais, já que as instituições regionais tendem a ser mais eficazes e coesas do que as de cariz universal, quer no controlo de comportamentos contrários às regras, quer na execução das decisões. Na Europa, a existência de dois tribunais que, embora com tarefas distintas, assumem ambos o compromisso de velar pelo respeito pelos direitos humanos contribui para o fortalecimento das regras associadas ao tratamento dos indivíduos, permitindo o seu desenvolvimento em áreas diversas, como sendo a detenção de refugiados ou a execução de mandados de detenção.

Contudo, como atrás vimos, no estado atual do Direito Internacional, não é pela garantia a que estão sujeitas que as regras imperativas se distinguem das demais. Os tribunais internacionais não dispõem de jurisdição obrigatória, nem mesmo para julgar violações de regras de *jus cogens*. Assim, para além da pressão diplomática, não existe forma de fazer cumprir a proibição da pena de morte pelos poucos Estados europeus nos quais ela ainda se aplica.

7. Conclusão

Diferentemente do que sucede com os ordenamentos internos, estruturados e amadurecidos, o Direito Internacional está ainda em formação e é um sistema primitivo nos modos de formação normativa e na garantia, predominando as formas de autotutela. Por essa razão, grande parte dos conflitos que surgem prendem-se com a indefinição sobre a própria existência da norma.

No caso das regras imperativas, cuja formação transcende os textos que as recebem, apurar a sua existência envolve um trabalho exaustivo de demonstração da prática e da *opinio juris*, frequentemente pouco documentadas. Falar de *jus cogens* é arriscar embrenhar-se nesta busca, pois as regras que o integram são geralmente muito silenciosas: por serem genericamente aceites, são habitualmente cumpridas e não contrariadas por convenções internacionais. Por outro lado, a existência de tratados

contendo regras de *jus cogens* pouco prova quanto à sua existência, pois pretender assentar normas imperativas no acordo entre os Estados seria um contrassenso.

No que toca à existência de *jus cogens* regional, acrescem algumas dificuldades.

Desde logo, a dificuldade em determinar o âmbito geográfico de aplicação das normas imperativas regionais, sobretudo num continente, como é o caso da Europa, de limites indefinidos. Onde termina a Europa? A Rússia e a Turquia fazem ainda parte dela, de um ponto de vista geográfico e cultural?

Uma objeção frequentemente apontada ao reconhecimento de regras regionais esteia-se no unilateralismo na determinação das regras candidatas. Receia-se que a ordem jurídica internacional, originariamente plural e multicultural, seja apropriada por uma determinada visão de justiça e valores, a partir da expansão de uma visão puramente regional⁹⁰. Referências ao eurocentrismo, ao imperialismo jurídico, ou ao ativismo em relação a determinadas concepções da vida, são variantes deste argumento.

A verdade é que as regras de *jus cogens* em relação às quais parece existir consenso internacional – as que surgem plasmadas nas Conclusões da Comissão de Direito Internacional – são coerentes entre si, transparecendo interesses que derivam da dignidade da pessoa humana – a proibição da escravatura e da tortura, a proibição de discriminação racial e *apartheid*, do genocídio e de crimes contra a humanidade, e as regras básicas de direito humanitário – ou da subsistência da comunidade internacional – a proibição de agressão. A inderrogabilidade destas normas supõe o seu carácter absoluto, que, logicamente, só é preservado se existir uma coerência intrínseca e se as normas não forem conflituantes entre si. A admitir-se a existências de regras imperativas regionais, não poderá deixar de se exigir que elas se conformem com regras imperativas de cariz universal.

Em terceiro lugar, a inderrogabilidade, sendo indispensável, torna difícil a identificação de regras imperativas, para além do exemplo da proibição da pena de morte. Alguns pilares consensuais na Europa – como o princípio da igualdade entre homens e mulheres – dificilmente terão aptidão, por ora, para integrar a lista, dada a sua abertura e a permeabilidade a operações de ponderação. Em contrapartida, algumas garantias penais poderiam parecer ser candidatas viáveis a regras de *jus*

⁹⁰ ZOUAPET (2021), p. 63.

cogens, como a regra *nullum crimen*. A seu favor milita a circunstância de a Convenção Europeia o considerar um direito inderrogável, a par da proibição da tortura e da escravatura⁹¹. Este estudo não se referiu à existência de normas imperativas noutras regiões, mas seria interessante refletir sobre, por exemplo, a possibilidade de serem consideradas imperativas regras ligadas à proteção ambiental⁹² em latitudes nas quais a ligação ao ambiente constitui traço identitário.

Por fim, é verdade que a discussão sobre o *jus cogens* se situa no plano sobretudo analítico – existe?, o que o fundamenta? – e que é discutível a sua utilidade prática. A centralidade do *jus cogens* reside no facto de ele constituir um repositório de regras em relação às quais existe consenso numa dada comunidade, e assim se ir formando, aos poucos, o tecido normativo da comunidade internacional. Esse tecido compõe-se do mínimo ético que a ordem jurídica tem de aceitar, sob pena de se caracterizar, deixando de ser *ordem* e deixando de ser *justa*. Esse mínimo ético que se traduz na dignidade da pessoa e na convivência pacífica imposta pela coexistência dos Estados da comunidade internacional.

Bibliografia

- ABDOLLAHI M. e BEHZADI K., “Regional *Jus Cogens*: Conceptual Difficulties and Practical Challenges”. *The Iranian Review for UN Studies (IRUNS)*, 3, 2, 2020, pp. 33-74.
- BAPTISTA E. C., *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lex, Lisboa, 1997.
- DZEHTSIAROU K., *Can the European Court of Human Rights Shape European Public Order?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.
- GAJA, G., “Jus Cogens Beyond the Vienna Convention”, *172 Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1981, pp. 279-289.
- GOZZI, G., *Rights and Civilizations: A History and Philosophy of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- GREER, S. e WILLIAMS, A., “Human Rights in the Council of Europe and the EU: Towards ‘Individual’, ‘Constitutional’ or ‘Institutional’ Justice?”. *European Law Journal*, 15, 4, 2009, pp. 462-481.
- HASMATH, R., “The Utility of Regional Peremptory Norms in International Affairs”, Paper Presented at American Political Science Association Annual Meeting (New Orleans, USA), August 30-September 2, 2012.

⁹¹ Artigo 15.º, n.º 2, da CEDH.

⁹² MARMOLEJO CERVANTES/ROEBEN/SOLÍS (2022), pp. 361 e ss.; KULAGA (2022), p. 3.

- KINSCH, P., “Les contours d’un ordre public européen: l’apport de la Convention européenne des droits de l’homme”, in *Vers un statut européen de la famille*, H. Fulchiron e C. Bidaud-Garon (eds.), Dalloz, Paris, 2014, pp. 147-158.
- KOLB, R., “The formal source of *ius cogens* in public international law”, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 53, 1998, pp. 69-105.
- KOLB, R., *Peremptory International Law – Jus Cogens: A General Inventory*, Bloomsbury, London, 2015
- KOLB, R., “Peremptory Norms as a Legal Technique Rather than Substantive Super-Norms”, in D. Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law*, D. Tladi, Brill Nijhoff, Leiden, 2021, pp. 21-43.
- KULAGA, L., “Prohibition of massive and serious pollution of marine environment as a *jus cogens*. Identification, legal bases and consequences in view of the recent work of the International Law Commission”. *Marine Policy*, 144, 2022, pp. 1-6.
- LIMA, L. C. e MAROTTI, L., “An Unlikely Duo? Regionalism and *Jus Cogens* in International Law”. *Goettingen Journal of International Law*, 12, 1, 2022, pp. 219-239.
- MANTILLA DE LOS RÍOS, P. C., “La identidad constitucional de la Unión Europea: una categoría jurídica en construcción”. *Estudios de Deusto – Revista de Derecho Público*, 70, 2, 2022. <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/2649/3195> (accedido em 14.12.2024).
- MARMOLEJO CERVANTES, M. A., ROEBEN, V. e SOLÍS, L. R., “Global Climate Change Action as a *Jus Cogens* Norm: Some Legal Reflections on the Emerging Evidence”. *Environmental Policy and Law*, 52, 2022, pp. 359-373.
- MEDEIROS, R., *Constituição e Identidade Nacional na Era dos Populismos*, Almedina, Coimbra, 2024.
- MIK, C., “*Jus Cogens* in Contemporary International Law”. *Polish Yearbook of International Law*, XXXIII, 2013, pp. 27-93.
- ORAKHELASHVILI, A., *Peremptory Norms in International Law*, OUP, Oxford, 2006.
- PELLET, A., “Comments in Response to Christine Chinkin and in Defense of *Jus Cogens* as the Best Bastion against the Excesses of Fragmentation”. *Finnish Yearbook of International Law*, 17, 2006, pp. 83-90.
- PIRES F. L., *O que é a Europa*, Difusão Cultural, Lisboa, 1994.
- RAGAZZI, M., *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, OUP, Oxford, 1997.
- ROCHA, A. E., “Identidade Europeia”, in *Enciclopédia da União Europeia*, Ana Paula Brandão et al. (coord.), Petrony Editora, Lisboa, 2017, pp. 212-215.
- RUFFERT, M., “Special Jurisdiction of the ICJ in the Case of Infringements of Fundamental Rules of the International Legal Order?”, in *The Fundamental Rules of the International Legal Order – Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, C. Tomuschat e J.-M. Thouvenin (eds.), Brill | Nijhoff, Leiden, 2005, pp. 295-310.
- SCHWARTZ, P. M. e PEIFER, K.-N., “Transatlantic Data Privacy Law”. *The Georgetown Law Journal*, 106, 1, 2017, pp. 115-179.
- STEINER, G., *A Ideia de Europa*, Gradiva, Lisboa, 2005.

- STYBNAROVA, N., “Teleology behind the Prohibition of Recognition of Polygamous Marriages under the EU Family Reunification Directive: a Critique of Rule Effectiveness”. *Journal of Muslim Minority Affairs*, 40, 1, 2020, pp. 104-116.
- TOMUSCHAT, C., “The Security Council and *Jus Cogens*”, in *The Present and Future of Jus Cogens*, E. Cannizzaro (ed.), Sapienza University Editrice, Roma, 2015, pp. 7-97.
- VIRALLY, M., “Réflexions sur le ‘jus cogens’”, in *Annuaire français de droit international*, vol. 12, 1966, pp. 5-29.
- WEILER, J. H. H., *Uma Europa Cristã*, Principia, Cascais, 2003.
- XAVIER, L. B., “Âmbito espacial de aplicação da lei penal portuguesa”. *Direito e Justiça*, 11, 1, 1997, pp. 49-100.
- ZACCARONI, G., “Polygamous Marriages and Reunification of Families on the Move Under EU Law: An Overview”, in *Children in Migration and International Family Law*, S. Arnold e B. Heiderhoff (eds.), Springer, Heidelberg, 2024, pp. 313-323.
- ZOUAPET, A. K., “To be or not to be imperative: *Jus Cogens* between universal vocation and regional claims”. *QIL* 86, 2021, pp. 47-70.

Contratos privados, invalidades públicas: a invalidade dos contratos de Direito Privado da Administração Pública por vício de procedimento¹

JOSÉ FERREIRA GOMES*

1. Introdução

I. Em 2018, publicámos um estudo intitulado «A nulidade do negócio jurídico por contrariedade à lei (artigos 294.º e 280.º/1 CC): normas de conduta v. normas de validade»². Trata-se de um tema central da dogmática do negócio jurídico, com profundas consequências na estabilidade dos contratos negócios celebrados, e que apresenta uma complexidade maior do que parece à primeira vista. As dificuldades que o tema suscita estão patentes na doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Nesse estudo, enfrentámos dois desafios: (i) a separação clara do âmbito de aplicação dos artigos 280.º e 294.º CC; e (ii) a concretização das coordenadas do artigo 294.º CC, segundo o qual «[o]s negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei».

O tema é difícil e, neste texto, não fizemos mais do que esboçar umas primeiras linhas de reflexão.

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. <https://orcid.org/0000-0003-1746-7734>

¹ Este texto beneficiou dos generosos comentários dos Profs. Doutores Paulo Otero, Rui Medeiros, David Duarte e Jorge Pereira da Silva, bem como do Dr. Pedro Santos Azevedo, a quem muito agradeço, mas as eventuais falhas ou insuficiências são da nossa exclusiva responsabilidade.

² FERREIRA GOMES (2018), pp. 323-349. Este estudo era dirigido aos estudos sobre o Código Civil de 1966, promovidos pelo CIDP – Centro de Investigação de Direito Privado, ao qual era dirigido, por ocasião do cinquentenário deste diploma. Cfr. FERREIRA GOMES (2019), pp. 167-198.

II. Propomo-nos agora responder a uma outra questão: perante as alterações promovidas ao Código dos Contratos Públicos em 2017, qual o espaço que ainda resta para a aplicação do artigo 294.º CC aos contratos celebrados pela Administração Pública, mas (supostamente) subordinados ao Direito privado, em especial quando em causa esteja um vício de procedimento.

Em particular:

- *Quid iuris* se o contrato for celebrado com preterição de um ato administrativo devido nos termos legais?
- *Quid iuris* se o contrato for celebrado com base num ato administrativo nulo ou anulável?

2. A nulidade do negócio jurídico por contrariedade a lei injuntiva (artigo 294.º CC)

I. Como expusemos no nosso estudo anterior, o artigo 280.º/1 CC encontra a sua origem no artigo 671.º/4.º do Código de Seabra³ e delimita diretamente o objeto dos negócios jurídicos⁴, circunscrevendo a sua aptidão para a produção de efeitos jurídicos⁵: é nulo o negócio cujas prestações a realizar em seu cumprimento sejam contrárias a norma imperativa⁶.

O artigo 294.º CC, diferentemente, dá continuidade ao artigo 10.º do Código de Seabra que, tal como então perspetivado por alguma doutrina, determinava as consequências da ilicitude do processo inerente à

³ Cujo 4.º, como vimos, dispunha não poderem ser legalmente objeto de contrato «os actos contrarios á moral publica, ou ás obrigações impostas por lei». GONÇALVES (1929), pp. 345-359.

⁴ A doutrina refere, em geral, que o artigo 280.º/1 delimita tanto o objeto imediato, *i.e.*, o conteúdo do negócio, como o seu objeto mediato, *v.g.*, a prestação devida. Cfr., *v.g.*, MOTA PINTO (2008), p. 1225. Parece-nos que tal precisão é desnecessária porquanto a contrariedade do objeto mediato à lei determinará a ilicitude do próprio conteúdo do negócio.

⁵ Diferentemente, RIBEIRO (1999), pp. 224 ss., associa esta perspetiva tanto ao artigo 280.º/1 como ao artigo 294.º CC, sem distinguir.

⁶ Podendo a ilicitude incidir sobre a conduta em si, o seu resultado, os meios usados, o fim prosseguido ou a relação meios/resultado ou meios/fim. Como explica MENEZES CORDEIRO, (2014), p. 569, a ação humana é unitária e final, pelo que se exige um controlo de legalidade sobre a sua globalidade. Na ponderação do fim, porém, deve atender-se ao requisito do artigo 281.º CC.

prática do ato jurídico⁷. De acordo com esta perspetiva, estaria em causa a exigência do cumprimento das formalidades exigidas por lei para a válida prática do ato ou o respeito por proibições relativas à celebração do negócio.

II. *Breviter*:

- O artigo 280.º/1 CC determina a nulidade do negócio quando o seu objeto (conteúdo) seja contrário à lei⁸.
- O artigo 294.º CC determina a nulidade do negócio (i) por preterição de formalidades legalmente exigidas e (ii) por violação de normas legais que vedam a celebração do contrato.

A concretização do artigo 294.º CC oferece maiores dificuldades do que a do artigo 280.º CC. Vejamos.

III. As **formalidades** são atos *exteriores e complementares* ao negócio que, nessa medida, não exprimem a vontade negocial em si⁹. Podem, porém, ser configuradas como requisito de validade do negócio, caso em que, sem a sua prática, não é admitida a eficácia do mesmo. São exemplos deste tipo de formalidades:

⁷ Excluimos aqui as consequências da preterição de forma, hoje reguladas autonomamente no artigo 220.º CC.

⁸ Assim também quando o seu objeto só *indiretamente* seja contrário à lei, como sucede em muitos casos de **fraude à lei**. Nestes casos, a contrariedade do conteúdo do negócio a lei imperativa determina a nulidade do negócio nos termos do artigo 280.º/1 CC, de acordo com a ideia clássica de que «*a fraude à lei tem o mesmo valor da direta violação da lei*» [GALVÃO TELLES, (2002), p. 301]; a nulidade deste negócio basta-se, portanto, com a correta interpretação da norma de proibição [VAZ SERRA (1958), pp. 171-174, 271; ALARCÃO (1964), pp. 71-122 (121)].

Da mesma forma, para quem sustente serem nulos *outros* negócios destinados a “ocultar” a violação da norma imperativa que *eventualmente* tenham sido celebrados, uma tal consequência tem de ser fundamentada no artigo 280.º/1 CC (e não no artigo 294.º CC), na medida em que também o seu conteúdo viola uma norma imperativa de proibição de fraude à lei. Vejam-se, porém, os interessantes argumentos, no sentido da recondução da “irrelevância” dos negócios de fachada à *ineficácia*, apresentados por VASCONCELOS/VASCONCELOS (2019), pp. 592-593, e DUARTE (2020), pp. 1615-1618.

⁹ Para efeitos deste texto, em que exploramos a tensão entre o Direito privado e o Direito público, deve ter-se presente que, na perspetiva de um publicista, as formalidades exigidas por lei para a formação da vontade da Administração Pública não seriam “complementares”, mas inerentes à formação da própria vontade.

- (i) As que, nos termos do art. 1610.º CC, precedem o casamento (publicações destinadas à verificação da inexistência de impedimentos)¹⁰;
- (ii) As que, por força do artigo 2206.º CC, são exigidas para a celebração de testamento cerrado (redação, assinatura, rúbrica de todas as folhas que não contenham assinatura, aprovação por notário);
- (iii) As que, segundo o artigo 410.º/3 CC, acompanham a promessa de celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício ou fração autónoma deste (reconhecimento presencial das assinaturas dos promitentes e certificação, pelo notário, da existência de licença de habitação ou de construção)¹¹;
- (iv) Aquela que o artigo 7.º/1 do CSC exige para a constituição de sociedades comerciais (reconhecimento presencial de assinaturas);
- (v) A exigência, pelo artigo 13.º/1 do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, relativo ao crédito a consumidores, da entrega de um exemplar do contrato assinado a todos os contraentes, com vista à proteção dos consumidores;
- (vi) Todas aquelas que integram um concurso imposto por lei (inscrição, publicações, abertura das propostas, etc.).

IV. Mas o artigo 294.º CC não se resume aos casos de preterição de formalidades; inclui todos os casos de violação de normas legais que em absoluto, ou na presença ou ausência de determinadas condições objetivas ou subjetivas, direta ou indiretamente, **vedam a própria celebração do contrato**. Nas palavras do plenário da Cassação italiana, no seu famoso acórdão de 19-dez.-2007¹²:

«Se o legislador veda, em determinadas circunstâncias, a celebração do contrato e, ainda assim, este é celebrado, é a sua própria existência que contrasta com a norma imperativa; e não oferece dúvidas que o ato seja nulo por razões – se tal se pode dizer – ainda

¹⁰ GALVÃO TELLES (2002), pp. 146-147; OLIVEIRA ASCENSÃO (2003), p. 61.

¹¹ MENEZES CORDEIRO (2014), p. 169.

¹² Cssl 19-dez.-2007, n.º 26724 (*Sezione Unite*).

mais radicais do que as que subjazem à contrariedade do próprio conteúdo do ato a lei imperativa.»

Como bem sublinha este Tribunal, o que determina a nulidade não é a violação de normas de comportamento no processo negocial tendente à celebração do contrato ou à execução do mesmo, mas o facto de o mesmo ter sido celebrado em situações que o deveriam ter impedido¹³.

V. Conclui-se então que, enquanto o artigo 280.º/1 CC circunscreve a *liberdade de estipulação*, *i.e.*, o espaço normativamente reconhecido às partes para modelar ou conformar o conteúdo do negócio jurídico¹⁴, o artigo 294.º restringe a própria *liberdade de celebração*, *i.e.*, o espaço normativamente reconhecido às partes para realizar contratos ou recusar a sua celebração¹⁵.

¹³ Completa assim o entendimento consolidado de que a nulidade opera perante violações da lei relativas à estrutura ou ao conteúdo do contrato. Segundo tal entendimento, a violação de normas de conduta nas negociações dirigidas à celebração do contrato ou na execução do mesmo não determinam a nulidade do contrato, independentemente da natureza das normas violadas, salvo quando essa consequência fosse expressamente prevista na lei.

Em sentido aparentemente contrário, veja-se BRITO BASTOS (2011), pp. 41 ss. Dizemos “aparentemente” porquanto nos parece que a divergência reside, afinal, numa questão puramente conceptual. Contra o que escrevemos, sustenta o autor que a nulidade poderá ter fundamento na violação de uma norma de conduta. Parece-nos, porém, que esses são os casos em que, na nossa perspetiva, se verifica um cúmulo de normas de conduta e de validade. São casos em que o sistema simultaneamente impõe uma conduta ao sujeito e se opõe à existência do próprio negócio. Se se preferir, nas palavras de MIGUEL BRITO BASTOS, são os casos em que existem «razões ponderosas para justificar a correspondente compressão do princípio da autodeterminação» (p. 47).

¹⁴ Contrariamente à *mens legislatoris* e ao que é corrente afirmar-se, o juízo de invalidade com base no artigo 280.º CC pressupõe necessariamente a contrariedade do conteúdo (ou *objeto imediato*) do negócio a norma injuntiva, porquanto se traduz na afirmação da inaptidão do negócio para a produção dos efeitos jurídicos pretendidos. Quanto ao objeto (ou *objeto mediato*) do negócio: se for um bem, não é suscetível de um tal juízo, atenta a sua natureza; se for uma prestação, deve esclarecer-se: a prestação em si, enquanto facto exterior e posterior ao negócio e destinado ao cumprimento deste, não pode ser objeto de um tal juízo; porém, a *prestação devida* (*i.e.*, aquilo que é devido nos termos do contrato), enquanto parte da obrigação estipulada, integra o próprio conteúdo, sendo nessa medida também objeto do juízo de validade ou invalidade. Esta precisão sobre o sentido do artigo 280.º CC deve ser articulada com o artigo 398.º/1 CC, que só permite a constituição de obrigações dentro dos limites da lei. Veja-se, com desenvolvimento, BRITO BASTOS (2011), pp. 17 (n. 51), 29 ss., 33 ss.

¹⁵ MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/MOTA PINTO (2005), p. 107.

3. Cont.: Concretização

I. No Direito privado, os contratos são válidos e eficazes salvo quando a lei, devidamente interpretada à luz das circunstâncias específicas do caso, o proíba.

O artigo 294.º CC é claro ao prever que nem todas as violações de disposições imperativas tornam um contrato ou negócio jurídico nulo e sem efeito. Os contratos e outros negócios jurídicos não são nulos se da lei, tal como interpretada e aplicada ao caso, resultar outra solução.

II. A referência no artigo 294.º CC a «lei» da qual resulte «outra solução» deve ser entendida como uma referência a todo o ordenamento jurídico e não apenas à redação de um diploma isolado. Neste sentido, veja-se, v.g., o acórdão do STJ de 01-fev.-2011 (Hélder Roque)¹⁶:

«O princípio geral da nulidade dos negócios jurídicos celebrados contra a lei não é absoluto, porquanto é o próprio normativo acabado de transcrever que exceptua deste regime-regra aquelas hipóteses em que outra solução resulte da lei, devidamente interpretada, como é o caso, mesmo sem texto que assim o declare, em que *dos termos da norma ou de quaisquer outros factores atendíveis na sua interpretação*, se possa concluir, com suficiente grau de probabilidade, resultar pouco adequada a sanção da nulidade, atendendo aos interesses em presença e ao fim prosseguido pelo legislador, como reacção, em determinada situação, à violação de uma norma injuntiva» (itálico nosso).

III. Em cada caso, o tribunal deve interpretar a disposição legal violada para determinar se a mesma proíbe o contrato ou não. O tribunal deve determinar se a mesma bloqueia a validade do contrato ou se da mesma resultam outras consequências em caso de violação. Assim, se a disposição legal, tal como interpretada e aplicada ao caso, tendo em conta todas as circunstâncias relevantes, apontar para uma conclusão diferente, o contrato ou o negócio jurídico não é nulo.

Neste contexto, a violação de um dever por uma das partes ou a falta de uma formalidade exigida por lei, independentemente da sua relevância objetiva, não implica necessariamente a nulidade do contrato. Essa

¹⁶ Proc. 6845/07.3TBMTS.P1.S1.

só será a consequência se a norma imperativa violada objetivamente bloquear a existência jurídica desse contrato.

IV. Violado um dever, fica o sujeito adstrito a responsabilidade civil ou outra. Por regra, a violação de um dever não implica, *por si*, a nulidade do contrato nos termos do artigo 294.º CC. Essa só será a consequência quando, a partir do mesmo enunciado normativo, se identifique um cúmulo entre uma “norma de comportamento” e uma “norma de validade”, *i.e.*, quando a norma que prescreve um comportamento simultaneamente proíba o contrato em si.

Nalguns casos, este cúmulo decorre expressamente da lei. Noutros, pode resultar da conclusão, por via interpretativa, de que apesar de o preceito legal em causa se limitar a impor ou proibir um comportamento, o sistema no seu todo não admite a existência do negócio em si, não lhe reconhecendo a aptidão para a produção dos efeitos pretendidos pelas partes.

V. A **preterição de formalidades** pode implicar consequências muito diversas. Algumas formalidades têm por objetivo assegurar, não a validade do contrato, mas apenas a sua publicidade, a prova futura dos factos ou a produção de efeitos jurídicos específicos. Assim, a falta de uma formalidade só implica a nulidade do contrato quando a lei o preveja expressamente ou quando essa solução de outra forma resulte da lei.

VI. Neste sentido, não cabem no artigo 294.º CC as normas que não proíbem o *contrato em si*, mas tão-só *as circunstâncias em que o mesmo é celebrado*, e não são dirigidas à proteção de uma das partes ou de terceiros perante esse negócio em concreto. Tipicamente, a violação destas normas acarreta outras consequências que não a nulidade¹⁷.

Assim, por exemplo, em princípio não é nula a venda de produtos num estabelecimento fora do horário de abertura permitido por lei¹⁸. Está em causa a contravenção de normas relativas ao momento e ao local de celebração do negócio que, não visando proteger diretamente nenhuma

¹⁷ FERREIRA GOMES (2018), p. 345.

¹⁸ Este exemplo é retomado no ponto seguinte.

das partes envolvidas nem terceiros (perante esse negócio em concreto), constitui contraordenação, mas não interfere na eficácia do negócio¹⁹.

Na sistematização alemã, estas são normas ordenadoras (*Ordnungsvorschriften*) e não leis de proibição (*Verbotsgesetze*)²⁰. Está em causa a ordenação do comércio segundo as mais variadas ponderações: a proteção do direito dos vizinhos ao descanso, a proteção da concorrência²¹, etc.

VII. Também, por regra, não cabem no artigo 294.º CC os preceitos que reservam o *desenvolvimento profissional de determinada atividade* a determinadas pessoas. Assim, v.g., a violação do artigo 289.º/2 CVM, segundo o qual só os intermediários financeiros podem exercer, a título profissional, atividades de intermediação financeira, não acarreta a nulidade dos contratos eventualmente celebrados nos termos do artigo 294.º CC.

4. Ainda há espaço para a aplicação do artigo 294.º CC aos contratos celebrados pela Administração Pública sujeitos ao Direito privado (artigo 200.º CPA)?

I. Feita esta síntese sobre o sentido e alcance do artigo 294.º CC, debruçamo-nos agora sobre a questão central deste estudo:

- Ainda há espaço para a aplicação do artigo 294.º CC aos contratos celebrados pela Administração Pública sujeitos ao Direito privado (artigo 200.º CPA)?

¹⁹ Também FERREIRA DE ALMEIDA (2017), ponto n.º 30, se refere às regras legais que, direta ou indiretamente, proibem a celebração de contratos em certo lugar (artigo 43.º/5 do Decreto-Lei n.º 275/93, de 5-ago., sobre habitação periódica) e em certo tempo (Decreto-Lei n.º 48/96, de 5-mai., que fixa horários de abertura de estabelecimentos comerciais). Diferentemente do sustentado no texto, o Professor entende que a razão pela qual a sua violação não acarreta a nulidade do contrato é o facto de pressuporem a verificação de «circunstâncias mais distantes do contrato». Também DOMINGUES DE ANDRADE (1960), p. 336, tocou neste ponto, mas à luz do Código de Seabra, sustentando que a violação deste tipo de normas não acarretaria a violação do negócio. Esta posição é analisada no ponto seguinte. Veja-se, ainda, MONTEIRO PIRES (2017), p. 119 (n. 517), que refere a posição de Riedl sobre este exemplo clássico.

²⁰ ARMBRÜSTER (2015), § 134, n.º 42.

²¹ Que se traduz numa proteção institucional e não numa proteção específica para cada contrato. CANARIS (1997), p. 61.

II. O contrato é hoje um instrumento central da atuação da Administração Pública, sem que isso determine uma apropriação do mesmo pelo Direito administrativo²².

Nos termos do artigo 200.º do Código do Procedimento Administrativo (“CPA”), a Administração Pública pode celebrar contratos administrativos, sujeitos a um regime substantivo de Direito administrativo ou contratos submetidos a um regime de Direito privado.

III. Perante isto, o leitor desprevenido provavelmente entenderia que:

- (i) Estando o contrato sujeito a um regime substantivo de Direito administrativo, seria este a determinar a sua *eficácia* (*lato sensu*, como é habitualmente tratada pelos civilistas), *i.e.*, quando é que o sistema jurídico admite a produção dos correspondentes efeitos jurídicos, nomeadamente, em função da sua validade ou invalidade;
- (ii) Estando o contrato sujeito a um regime substantivo de Direito privado, seria este a determinar a sua eficácia e, em particular, a sua validade à luz do artigo 294.º CC.

Contudo, a questão é mais complexa, em particular, na sequência da reforma do Código dos Contratos Públicos (“CCP”) de 2017. Veremos isto adiante.

IV. Antes, porém, importa fixar os conceitos relevantes à luz deste código para benefício dos leitores jusprivatistas: os conceitos de “contrato público” e de “contrato administrativo”.

Sem prejuízo do debate doutrinário sobre o conceito, referimo-nos aqui a “**contrato público**” como um conceito funcional que delimita os contratos sujeitos à Parte II do CCP²³, no qual se encontram as regras

²² COSTA GONÇALVES (2023), p. 19.

²³ Na sua versão original, de 2008, o Código dos Contratos Públicos (“CCP”) definia “contratos públicos” como «todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código» (artigo n.º 2 do artigo 1.º). Esta definição desapareceu na reforma de 2017, o que suscitou críticas [SÉRVULO CORREIA (2017), p. 15].

Não obstante, em sentido diferente do referido no corpo do texto, PEDRO COSTA GONÇALVES defende que o conceito é ainda hoje delimitado apenas em função do sujeito contratante: a “entidade adjudicante” (artigos 2.º e 7.º CCP). Assim, “contrato público” seria todo o contrato celebrado por (pelo menos) uma “entidade adjudicante” (artigo 1.º/1

relativas à *formação* dos contratos. Neste sentido, o conceito é delimitado não apenas em função do sujeito contratante (a “parte adjudicante”), mas também pelo (i) recorte do âmbito de aplicação do CCP, à luz dos artigos 2.º, 3.º e 4.º (excluindo este último determinados contratos do âmbito de aplicação de todo o CPP), e (ii) pela delimitação do âmbito de aplicação da Parte II a outros tantos contratos, no artigo 5.º.

Este conceito não se confunde com o de “**contratos administrativos**”, que são os contratos sujeitos ao *regime substantivo* de Direito administrativo²⁴. Estes são delimitados pelo CCP²⁵ (como esclarece o artigo 200.º/2 CPA), em função de critérios subjetivos e objetivos²⁶.

e 2 CCP). Nesta perspetiva, a qualificação de um contrato como “público” não convocaria necessariamente a aplicação de um regime jurídico específico. Haveria contratos da Administração Pública não sujeitos a qualquer norma específica de Direito público. A qualificação sinalizaria apenas estar em causa um contrato celebrado por uma “entidade adjudicante”. Isto sem prejuízo de todos estes contratos estarem sujeitos aos princípios gerais decorrentes da Constituição, dos Tratados da EU e do CPA, em especial os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, bem como os princípios da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação (artigos 2.º/3 e 202.º/2 CPA e 1.º-A/1 CCP). Cfr. COSTA GONÇALVES (2023), pp. 23-24.

No sentido referido no corpo do texto, v.g., SÉRVULO CORREIA (2017), p. 15, ou SANCHEZ (2024), pp. 167-171, dizem que o conceito de “contrato público” é um conceito funcional que delimita os atos sujeitos à Parte II do CCP. Explica SÉRVULO CORREIA que o âmbito de aplicação do CCP é determinado por uma articulação de critérios subjetivos e objetivos. Quanto aos *critérios subjetivos*: aplica-se aos contratos celebrados por “entidades adjudicantes” e “contraentes públicos”, tal como definidos nos artigos 2.º e 3.º CCP. A qualidade de “entidade adjudicante” surge associada a um «modo típico da atividade administrativa: a contratação pública ou atividade précontratual», e a de “contraente público” à «participação noutra modo típico de atividade contratualizada, que consiste na execução de contrato administrativo, ou seja, no desenvolvimento de relações jurídicas contratuais administrativas para efeito da prossecução dos interesses públicos postos como atribuições a cargo da pessoa coletiva». Já quanto aos *critérios objetivos*, são apontados modos típicos de atividade administrativa: «De um lado, a *contratação pública* (...), de outro, a execução ou desenvolvimento da relação jurídica contratual, ou seja a *atividade administrativa contratualizada*». A estes, soma-se um eixo complementar que se trata entre os contratos excluídos e a contratação excluída (artigos 4.º e 5.º CCP). SÉRVULO CORREIA (2017), p. 12.

²⁴ Como clarifica o artigo 200.º CPA, os órgãos da Administração Pública podem celebrar “contratos administrativos” sujeitos a um regime substantivo de direito administrativo, ou contratos submetidos a um regime de direito privado.

²⁵ Ou legislação especial.

²⁶ COSTA GONÇALVES (2023), p. 20.

V. Assim, nos termos do artigo 280.º/1 CCP, são “contratos administrativos” aqueles em que pelo menos uma das partes seja um «contraente público» (artigo 3.º CCP) e que se integrem em qualquer uma das seguintes categorias²⁷:

- (a) Contratos que, por força do CCP, da lei ou da vontade das partes, sejam qualificados como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público;
- (b) Contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos;
- (c) Contratos que confirmam ao cocontratante direitos especiais sobre coisas públicas ou o exercício de funções dos órgãos do contraente público;
- (d) Contratos que a lei submeta, ou que admita que sejam submetidos, a um procedimento de formação regulado por normas de direito público e em que a prestação do cocontratante possa condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público.

5. O regime substantivo dos “contratos administrativos” e a extensão do regime da invalidade a todos os “contratos públicos”

I. O regime substantivo dos contratos administrativos vem previsto na Parte III do CCP, sobretudo no seu Título I (artigos 278.º a 342.º).

Particularmente importante para este estudo é o n.º 3 do artigo 280.º, introduzido no CCP pela reforma de 2017 (Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31-ago.). Na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 30/2021, de 21-mai., dispõe:

«As disposições (...) relativas à invalidade, limites à modificação objetiva, cessão da posição contratual e subcontratação são aplicáveis, com as devidas adaptações e sem prejuízo do disposto em lei especial, a todos os contratos públicos, independentemente da sua qualificação como contratos administrativos nos termos do n.º 1.»²⁸

²⁷ COSTA GONÇALVES (2023), p. 20, refere-se a “factores de administratividade”.

²⁸ COSTA GONÇALVES (2023), p. 30.

II. Porém, antes disso, na sequência do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31-ago, o seu texto era outro. A saber:

«As disposições (...) relativas aos regimes de invalidez, limites à modificação objetiva, cessão da posição contratual e subcontratação são aplicáveis, com as devidas adaptações, *aos contratos sujeitos à parte ii*, ainda que estes não configurem relações jurídicas contratuais administrativas» (itálico nosso).

III. Perante a alteração, pergunta-se:

- *Qual o sentido da alteração do texto quando substitui a referência aos «contratos sujeitos à parte ii» pela indicação de «todos os contratos públicos»?*

Se se entender que o conceito de “contrato público” coincide afinal com o dos contratos sujeitos à Parte II do CCP, não existe diferença. Já para quem entenda, como PEDRO COSTA GONÇALVES, que o conceito é delimitado apenas pelo elemento subjetivo, abarcando todos os contratos celebrados por “entidades adjudicantes”, independentemente do recorte pelos artigos 4.º e 5.º CPP, então a diferença é relevante.

IV. O regime da invalidez dos “contratos administrativo”, em 2017 estendido a “todos os contratos públicos”, resulta dos artigos 283.º a 287.º CCP:

- (i) O artigo 283.º CCP estabelece um *regime de invalidez subsequente do contrato*, nos termos do qual o mesmo é nulo ou anulável consoante seja nulo ou anulável o ato administrativo procedimental²⁹ em que tenha assentado a sua celebração.
- (ii) O artigo 284.º CCP prevê um *regime de invalidez própria do contrato* por ofensa a princípios ou normas injuntivas: o contrato é anulável quando o seu conteúdo ofenda princípios ou normas

²⁹ Vejam-se as críticas de PACHECO DE AMORIM (2008), p. 642, para quem não é qualquer “ato procedimental” que pode ser judicialmente impugnado, mas tão-só um verdadeiro ato administrativo lesivo, decisório ou materialmente definitivo (artigo 120.º CPA), *i.e.*, um ato que seja capaz de condicionar o conteúdo do contrato a celebrar e/ou a escolha do cocontraente privado.

injuntivas; é nulo quando a lei assim o determine ou quando se verifique um dos fundamentos previstos no artigo 161.º CPA³⁰.

V. Vejamos agora qual o âmbito de aplicação do artigo 294.º CC, *antes e depois* da alteração do artigo 280.º/3 CCP pela reforma de 2017, que – numa opção legislativa discutível – restringe o espaço do Direito privado que a regra geral do artigo 200.º/1 CPA deixara intocado.

6. A questão até à reforma do CCP de 2017. Análise crítica da posição de Sérvulo Correia (1987)

I. Até à reforma de 2017, a dissociação entre contratos sujeitos a um regime administrativo de Direito administrativo e aqueles sujeitos a um regime de Direito privado era mais clara: ao acordar celebrar um contrato subordinado ao Direito privado, a Administração Pública sujeita-se ao correspondente quadro normativo, sem prejuízo dos desvios impostos por lei.

Ou seja, sem prejuízo das regras do procedimento administrativo aplicáveis à Administração Pública na *formação* da sua vontade, com vista à celebração do contrato de direito privado com um particular, o contrato em si estava sujeito ao Direito privado.

II. Entre as regras de Direito substantivo, interessam-nos agora as regras relativas à ineficácia (*lato sensu*) do contrato, incluindo as regras da invalidade.

Estando o contrato sujeito ao Direito privado, só com base neste podia ser contestada a sua eficácia. Podia então perguntar-se, por exemplo: Houve erro do Estado na declaração (artigo 247.º CC)? Houve erro-vício do Estado sobre a pessoa ou o objeto do contrato aquando da sua celebração (artigo 251.º CC)? Houve dolo de alguma das outras partes no contrato ou de terceiro que tenha induzido o Estado em erro (artigo 254.º CC)? Houve coação física ou moral sobre o Estado, forçando-o à celebração do contrato (artigos 246.º e 255.º CC)? Houve falta ou abuso de poderes de representação (artigos 268.º e 269.º CC)? É nulo o contrato por o seu objeto ser contrário à lei, à ordem pública ou aos bons costumes

³⁰ Contrariamente ao verificado no Direito civil perante os artigos 280.º e 294.º CC, a invalidade regra é a anulabilidade e não a nulidade.

(artigo 280.º/1 e 2 CC)? É nulo o contrato por de outra forma ser contrário a norma legal injuntiva (artigo 294.º CC)?

III. É certo que o Estado, os seus órgãos e funcionários estão sujeitos a regras procedimentais específicas, mas essa seria uma questão do seu foro interno. Quando contratava ao abrigo do direito privado – sem *ius imperii* nem qualquer posição de privilégio –, *o Estado devia ser tratado como qualquer outra pessoa coletiva*. O Estado não tinha, no contexto jusprivatístico, qualquer privilégio que lhe permitisse contestar a validade dos contratos de direito privado devido a questões internas sujeitas ao Direito administrativo.

No domínio do Direito privado, as regras que regulam a *eficácia dos atos das pessoas coletivas* não se confundem com aquelas que *regulam o comportamento dos seus órgãos*. E, tipicamente, as regras internas não têm projeção externa. A razão de ser é simples: os terceiros que interagem com uma pessoa coletiva no comércio jurídico não têm obrigação de conhecer e sindicar o seu processo interno de decisão.

IV. Isso mesmo está refletido, no domínio societário, em várias proposições de base, modeladas também por aquilo que resultava para as sociedades anónimas da 1.ª Diretriz de Direito das Sociedades³¹:

- As eventuais irregularidades verificadas na designação de representantes das sociedades são inoponíveis a terceiros, salvo se a sociedade provar que estes as conheciam (artigo 8.º);
- As sociedades vinculam-se perante terceiros pelos atos praticados pelos seus órgãos, mesmo quando alheios ao seu objeto social, exceto se for excedido o que a lei atribuir ou permitir atribuir a esses órgãos (artigo 9.º/1);
- As limitações estatutárias aos poderes dos órgãos, bem como as derivadas de deliberações, são sempre inoponíveis a terceiros, mesmo quando publicadas (artigo 9.º/2).

³¹ Primeira Diretriz 68/151/CEE do Conselho, de 9 de março de 1968, tendente a coordenar as garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 58.º do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade. Esta matéria foi entretanto consolidada na Diretriz (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu do Conselho, de 14 de junho de 2017, relativa a determinados aspetos do direito das sociedades (codificação).

V. Tudo isto está refletido no nosso Direito interno. Desde logo:

- A designação dos administradores está sujeita a registo comercial [artigo 3.º/1, m), CRC]. Quando o competente registo seja declarado nulo, são protegidos os direitos entretanto adquiridos por terceiro, a título oneroso e de boa-fé (artigo 22.º/4 CRC);
- As cláusulas contratuais e as deliberações sociais que fixem à sociedade determinado objeto ou proíbam a prática de certos atos não limitam a capacidade da sociedade (artigo 6.º/4 CSC);
- Os atos praticados pelos gerentes ou administradores, em nome da sociedade e dentro dos poderes que a lei lhes *confere* (leia-se: *permita conferir*), vinculam-na para com terceiros, não obstante as limitações constantes do contrato social ou resultantes de deliberações dos sócios, salvo quando a sociedade prove que esses terceiros conheciam ou não podiam ignorar essas limitações (má-fé subjetiva) (artigos 260.º/1 e 2 e 409.º/1 e 2 CSC).

VI. Recorde-se que, no tratamento deste núcleo jurídico-problemático da personificação coletiva, o Direito das sociedades comerciais, apesar de se apresentar *formalmente* como Direito privado especial, constitui, *em termos materiais*, o Direito privado comum das pessoas coletivas³². Revela a ponderação geral da tensão entre os interesses internos e os interesses de terceiros na delimitação da eficácia dos atos externos da pessoa coletiva, determinados por uma concreta *Handlungsorganisation*.

VII. Em sentido contrário ao aqui apresentado, o Professor SÉRVULO CORREIA sustentou em 1987 a *nulidade* dos contratos de direito privado quando fosse inválido o ato administrativo que habilita a Administração a outorgá-lo:

«A invalidade do acto administrativo que habilitar a Administração a outorgar um contrato de direito privado acarretará a nulidade deste, designadamente por falta de poderes de representação da pessoa colectiva pública pelo órgão ou agente que nele outorgar (artigos 258.º e 294.º do Código Civil). Se as normas vigentes

³² COSTA GONÇALVES (2015), pp. 52, 939-945. Na breve conclusão do autor (p. 944): «o regime societário especificamente relativo à personificação é diretamente aplicável às pessoas coletivas que integram o *ius civile*.»

condicionam a celebração do contrato a presença de actos administrativos específicos, a não produção de efeitos de direito por estes corresponde à falta de deliberação do órgão competente para formar a vontade da pessoa colectiva pública e, portanto, à não referibilidade do negócio ao ente.

O juiz dos tribunais comuns, a quem compete julgar a validade do contrato, terá de aguardar a resolução, pelo juiz administrativo, da questão prévia da validade do acto administrativo. Só a anulação deste em contencioso administrativo desencadeará o reconhecimento da invalidade do contrato de direito privado na sede própria.»

VIII. Este trecho deve ser enquadrado no mais vasto contexto em que se insere. Em páginas anteriores, o Professor reafirma que o Direito administrativo rege a competência dos órgãos da Administração, mas não os efeitos dos contratos de direito privado por estes celebrados³³:

«as declarações de vontade proferidas pela Administração no âmbito de um contrato vigente de direito privado de que seja parte são regidas pelas normas sobre a competência do órgão de que promanam e sobre a forma das suas deliberações ou decisões. Simplesmente, neste caso, o regime da competência da norma não se prolonga num regime de direito administrativo dos efeitos do acto. *Não se trata já agora de dar vida a um procedimento concebido em termos de asseguramento da racionalidade da conduta administrativa e da realização do interesse público*, mas sim de agir num quadro de direito privado resultante das estipulações negociais e das normas supletivas e injuntivas que as enquadram. *A Administração não actua em termos que lhe sejam peculiares, mas nos de qualquer outro sujeito de direito parte de um contrato idêntico*. Também já não há lugar para preocupações sobre a protecção de terceiros contra a parcialidade administrativa: *os interesses em jogo são apenas os equacionados pelo contrato*».

IX. Sinteticamente: SÉRVULO CORREIA conclui que um contrato de Direito privado que seja precedido de um ato administrativo de

³³ SÉRVULO CORREIA (1987), p. 559.

habilitação inválido é, ele próprio, nulo, porque os poderes de representação do órgão da Administração dependem dessa habilitação. Não havendo habilitação válida, o agente careceria de poderes de representação e, portanto, o contrato seria nulo.

Na sua construção, tratava-se simplesmente de uma questão de *competência* e de *poderes de representação* para a celebração do contrato. *Não se tratava de proteger qualquer tipo de interesse público superior*. A este respeito, o Professor foi muito claro: a Administração celebra o contrato como qualquer outra parte de direito privado; *«os interesses em jogo são apenas os equacionados pelo contrato»*.

Assim, a sua conclusão sobre a nulidade do contrato de Direito privado não se basearia afinal em qualquer argumento de Direito público, mas simplesmente na aplicação das regras de Direito privado (que entendemos equivocada). Como o mesmo sublinhava, eram estas, e só estas, que regulavam os efeitos do contrato aqui em causa.

X. *Em primeiro lugar*, SÉRVULO CORREIA afirmava que o contrato seria nulo porque o órgão da Administração Pública não tem poderes de representação. Trata-se de uma contradição interna insuperável.

Nos termos do artigo 268.º/1 CC, a celebração de um contrato sem poderes de representação é *ineficaz* perante o putativo representado e não *nulo*, podendo por isso ser objeto de ratificação. O raciocínio subjacente a esta regra é claro: mesmo que o representado não tenha conferido poderes de representação àquele que atua em seu nome, pode querer beneficiar do contrato celebrado. Para o efeito, basta-lhe-á ratificá-lo. O sistema protege assim o representado, mas não proíbe o contrato, tornando-o nulo.

XI. Para além disso, parece-nos que, em rigor, o problema identificado não é de *falta*, mas sim de *abuso* de poderes de representação: o órgão da Administração Pública tem poderes de representação, mas usa-os indevidamente ao celebrar o contrato sem acautelar terem sido validamente praticados os necessários atos internos, relativos à formação da vontade da Administração Pública.

Recordemos as coordenadas de base.

Nos termos do artigo 268.º/1 CC, o negócio que uma pessoa, *sem poderes de representação*, celebre em nome de outrem é *ineficaz* em relação a este, se não for por ele ratificado. Diferentemente, segundo o artigo

269.º CC, o contrato celebrado com *abuso de poderes de representação* só é ineficaz «se a outra parte conhecia ou devia conhecer o abuso».

Existe *abuso de representação* quando o comportamento do representante se insere formalmente no âmbito dos seus poderes de representação, mas é incompatível com os fins da representação³⁴ ou com as instruções do representado (quando as haja). Tanto num caso como noutro, o abuso de representação traduz uma conduta contrária aos interesses do representado³⁵, tal como refletidos na relação subjacente entre o representante e o representado³⁶.

A diferença de regime é fundamental na prática: a contraparte do representado num contrato pode verificar os poderes de representação do representante (artigo 260.º CC); na falta desses poderes, o contrato é ineficaz para proteção do representado (artigo 268.º CC); porém, se existirem poderes de representação, mas o representante abusar desses poderes, a contraparte só deve suportar a ineficácia do contrato se tiver tido ou devesse ter tido conhecimento do abuso (artigo 269.º CC).

XII. *Em segundo lugar*, de acordo com a construção de SÉRVULO CORREIA, o tribunal civil só poderia declarar a nulidade do contrato se um tribunal administrativo anulasse previamente o ato administrativo que o antecede³⁷.

Trata-se de mais uma contradição interna insuperável. Se o contrato fosse nulo, não produziria quaisquer efeitos jurídicos *ab initio*. Tal

³⁴ Vejam-se os trabalhos preparatórios de ALARCÃO (1964), p. 112, bem como a análise dos mesmos por ALBUQUERQUE (2004), pp. 726-732, 765-775. Este autor conclui corretamente que o abuso traduz na realidade uma falta de poderes de representação. Trata-se de uma questão de correta interpretação da lei ou do negócio jurídico em que se baseiam os poderes de representação (cfr., em particular, pp. 802-803).

³⁵ Cfr. os acórdãos do STJ de 20-out.-1988 (Rodrigues Gonçalves), proc. 076124; de 12-nov.-1996 (Fernando Baião), proc. 96A187; de 9-set.-2010 (Pereira da Silva), proc. 220/2002.C1.S1; de 09-out.-2003 (Araújo Barros), proc. 03B2201; e de 07-mai.-2015 (Orlando Afonso), proc. 632/04.8TBOLH.E1.S1.

Veja-se tb., v.g., ALBUQUERQUE (2004), em especial, pp. 705-811; GUICHARD/BRANDÃO PROENÇA/RIBEIRO (2014), art. 269.º, p. 658; BRITO (1988), pp. 37, 45, 50, 69-70. Referindo-se a um consenso na doutrina, PERESTRELO DE OLIVEIRA (2009), p. 530.

³⁶ MENEZES CORDEIRO/ALBUQUERQUE (2020), p. 788.

³⁷ Esta afirmação de SÉRVULO CORREIA tem de ser lida à luz das regras do seu tempo. Nos termos do artigo 134.º/2 CPA de 1991 e, depois, perante o artigo 162.º/2 CPA de 2015, a nulidade dos atos administrativos passou a poder ser invocada perante e conhecida por “qualquer autoridade”, incluindo todos os tribunais.

conclusão não poderia estar dependente de uma decisão prévia de um tribunal administrativo sobre a anulação ou não de um ato administrativo anterior, num curto espaço de tempo. Se o tribunal administrativo não anulasse o ato administrativo anterior dentro desse prazo, o tribunal civil não poderia declarar a nulidade do contrato de direito civil. O contrato de direito civil consolidaria então a sua eficácia e deixaria de poder ser contestado. Estas considerações colocam o contrato de Direito civil no domínio da *anulabilidade* e não da *nulidade*, como sugere SÉRVULO CORREIA.

XIII. *Em terceiro lugar*, a conclusão de SÉRVULO CORREIA baseia-se numa leitura (que nos parece) incorreta do artigo 294.º CC. Este preceito não é tão simples como parece à primeira vista.

Do mesmo resulta um equilíbrio entre interesses conflitantes sob a égide do *princípio da proporcionalidade*³⁸. A aceitar-se a visão rígida de SÉRVULO CORREIA, a ausência de qualquer formalidade no processo administrativo (processo de decisão interno de apenas uma das partes), independentemente da sua relevância objetiva para o caso, tornaria o contrato de direito privado inválido, em prejuízo da outra parte, independentemente da relevância objetiva dos seus interesses.

A conclusão de SÉRVULO CORREIA contraria as suas afirmações anteriores de que a Administração celebra o contrato como «qualquer outro sujeito de direito parte de um contrato idêntico» e que «os interesses em jogo são apenas os equacionados pelo contrato».

A aceitação de uma tal conclusão tornaria o particular que celebrou um contrato de Direito privado com a Administração refém de eventuais vícios de um procedimento interno de que pode não ter qualquer visibilidade e que, em geral, não tem uma possibilidade real de controlo. Uma tal perspectiva, a ser admitida, colocaria sobre os ombros dos particulares um risco e uma insegurança jurídica insuportáveis, num negócio jurídico que as partes submeteram às regras do Direito privado.

7. A irrelevância do artigo 2.º/3 CPA (desde 1991) para efeitos da aplicação do artigo 294.º CC. O abuso de representação (artigo 269.º CC)

I. Contra a posição aqui sustentada, poderia ainda dizer-se que, desde 1991, o Código de Procedimento Administrativo (“CPA”) manda aplicar

³⁸ BRITO BASTOS (2011), p. 51.

«os princípios gerais da atividade administrativa e as disposições [deste] código que concretizam preceitos constitucionais (...) a toda e qualquer atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou *de gestão privada*» (artigo 2.º/3 CPA) (itálico nosso).

Parece-nos, porém, que este comando normativo em nada altera os dados da equação. Estes princípios³⁹ e estas regras do CPA modelam o comportamento devido pela Administração Pública no âmbito do procedimento que antecede a celebração do contrato, mas não determinam os efeitos desse mesmo contrato que as partes subordinam ao direito privado. Estes contratos diziam-se de Direito privado precisamente porque os seus efeitos eram determinados por este ramo do Direito e não pelo Direito público.

Neste sentido, não seria defensável a proposta de aplicação dos artigos 161.º a 164.º CPA, que regem a invalidade dos atos administrativos, para determinação da validade ou invalidade dos contratos de direito privado celebrados pela Administração.

II. Perante isto, pergunta-se:

- *Qual a relevância do disposto no artigo 2.º/3 CPA para efeitos da determinação da eficácia dos contratos de Direito privado celebrados com preterição de normas do CPA?*

III. Desde logo, nada neste preceito permite contrariar a conclusão já firmada anteriormente: a violação das normas de procedimento administrativo não implicaria a nulidade *automática* de um contrato de Direito privado, nos termos do artigo 294.º CC.

Caso a caso, haveria que determinar se, perante a ilicitude identificada no procedimento, o sistema obsta ou não à eficácia do contrato.

³⁹ Os “princípios gerais da atividade administrativa” vêm previstos nos artigos 3.º a 19.º: princípio da legalidade (artigo 3.º); princípio da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos (artigo 4.º); princípio da boa administração (artigo 5.º); princípio da igualdade (artigo 6.º); princípio da proporcionalidade (artigo 7.º); princípios da justiça e da razoabilidade (artigo 8.º); princípio da imparcialidade (artigo 9.º); princípio da boa-fé (artigo 10.º); princípio da cooperação com os particulares (artigo 11.º); princípio da participação (artigo 12.º); princípio da decisão (artigo 13.º); princípios aplicáveis à administração eletrónica (artigo 14.º); princípio da gratuidade (artigo 15.º); princípio da responsabilidade (artigo 16.º); princípio da administração aberta (artigo 17.º); princípio da proteção dos dados pessoais (artigo 18.º); princípio da cooperação legal com a EU (artigo 19.º).

Por outras palavras, haveria que interpretar a norma aplicável ao caso, *convocando todos os fatores atendíveis para o efeito*, para determinar se a sua violação acarreta ou não a nulidade do contrato subordinado ao Direito privado.

IV. Supomos que, na generalidade dos casos, o regime do artigo 294.º CC cederia perante as regras do abuso de representação (artigo 269.º CC).

O artigo 269.º CC não indica expressamente o que constitui um «abuso de representação». Para delimitar o que tal seja, há que ponderar as coordenadas oferecidas pela jurisprudência⁴⁰ e pela doutrina⁴¹. À luz destas coordenadas, pode dizer-se que há abuso de representação quando a conduta do representante se inclui formalmente no âmbito dos seus poderes de representação, mas é inconsistente com o escopo desses poderes ou as instruções do representado⁴². Tanto num caso como noutro, identifica-se uma conduta contrária aos interesses do representado⁴³, tal como refletida na relação subjacente entre o representante e o representado⁴⁴.

A violação de normas legais que especificam a forma como os poderes de representação do representante devem ser exercidos pode ser relevante para determinar se este atuou em detrimento dos interesses do representado. No entanto, essa violação não qualifica *automaticamente* o comportamento do representante como abuso de representação.

⁴⁰ Vejam-se, *e.g.*, as decisões do STJ de 09-out.-2003 (Araújo Barros), proc. 03B2201; de 7-fev.-2006 (Fernandes Magalhães), proc. 05A4285; e de 10-mai.-2012 (Ana Paula Boularot), proc. 5579/06.0TVLSB.

⁴¹ Veja-se, em particular, ALBUQUERQUE (2004), pp. 726-732, 764-775, 795-803; MENEZES CORDEIRO (2015), pp. 150-152, bem como in MENEZES CORDEIRO/ALBUQUERQUE (2020), pp. 787-788; GUICHARD/BRANDÃO PROENÇA/RIBEIRO (2014), pp. 657-660.

⁴² Vejam-se os trabalhos preparatórios de ALARCÃO (1964), p. 112. Para uma análise crítica deste estudo e os seus reflexos no CC, bem como na doutrina que se lhe seguiu, remetemos para ALBUQUERQUE (2004), pp. 726-732, 765-775. Conclui este Professor que, quando haja abuso, há na verdade uma falta de poderes de representação. Trata-se de uma questão de correta interpretação da lei ou do negócio nos quais se baseiam esses poderes (vejam-se, em particular, as pp. 802-803).

⁴³ Vejam-se, *v.g.*, as decisões do STJ de 20-out.-1988 (Rodrigues Gonçalves), proc. 076124; de 12-nov.-1996 (Fernando Baião), proc. 96A187; de 9-set.-2010 (Pereira da Silva), proc. 220/2002.C1.S1; de 09-out.-2003 (Araújo Barros), proc. 03B2201; e de 07-mai.-2015 (Orlando Afonso), proc. 632/04.8TBOLH.E1.S1. Na doutrina, *v.g.*, ALBUQUERQUE (2004), em especial, pp. 705-811; GUICHARD/BRANDÃO PROENÇA/RIBEIRO (2014), p. 658; BRITO (1988), pp. 37, 45, 50, 69-70; PERESTRELO DE OLIVEIRA (2009), p. 530.

⁴⁴ MENEZES CORDEIRO/ALBUQUERQUE (2020), p. 788.

V. O artigo 269.º CC estabelece assim um equilíbrio entre os interesses do representado, da sua contraparte e do mercado em geral. O representado tem interesse em limitar os efeitos do comportamento do representante contrário aos seus interesses, tal como acordado entre eles ou previsto na lei. A sua contraparte está interessada em confiar nos poderes de representação do representante e na eficácia do contrato celebrado. O mercado depende da capacidade de as partes confiarem na eficácia dos contratos entre elas celebrados de boa-fé.

VI. Ainda que no caso se concluísse haver abuso de representação, este só determinaria a ineficácia do contrato celebrado (*i*) se o representante tinha consciência do abuso e (*ii*) se a outra parte *conhecia* ou *devia conhecer* o abuso.

O primeiro requisito não resulta expressamente da lei e é objeto de debate na doutrina⁴⁵, mas a jurisprudência constante do STJ é clara nesse sentido, tal como referido no acórdão de 15-set.-2022 (Nuno Pinto Oliveira)⁴⁶.

Diferentemente, o segundo requisito referido está expressamente vertido no artigo 269.º CC. O “dever de conhecimento” do abuso pela contraparte no contrato celebrado com o representado constitui um padrão de diligência objetiva, correspondente ao conhecimento que uma contraparte razoável teria obtido perante as circunstâncias do caso. Segundo RAUL GUICHARD / CATARINA BRANDÃO PROENÇA / ANA TERESA RIBEIRO⁴⁷, numa formulação acompanhada *verbatim* pelo STJ, *v.g.*, nos seus acórdãos de 06-jul.-2021 (Maria João Vaz Tomé)⁴⁸ e de 15-set.-2022 (Nuno Pinto Oliveira)⁴⁹, não está em causa um *dever geral* de indagação sobre a existência de abuso ou de factos que possam fundamentar a sua existência. Um dever de indagação só existe em casos

⁴⁵ MOTA (2001), p. 144; PERESTRELO DE OLIVEIRA (2009), pp. 545-546.

⁴⁶ Proc. 573/15.3T8FAR.E1.S1:

«Embora a questão seja algo controvertida na doutrina, o Supremo Tribunal de Justiça tem considerado constantemente que o *abuso* depende de que o representado tenha *conscientemente* actuado ou exercido os seus poderes representativos de forma contrária à boa-fé, às instruções do representado ou aos fins da representação.»

⁴⁷ In *Comentário ao Código Civil, Parte geral*, art. 269.º, pp. 657-660 (658).

⁴⁸ Proc. 20954/15.1T8LSB.L1.S1.

⁴⁹ Proc. 573/15.3T8FAR.E1.S1.

*excepcionais*⁵⁰. Assim, ainda que no caso se conclua existir abuso de representação, na medida em que o particular que contrata com a Administração sob a égide do Direito privado não seja confrontada com fortes indícios de um prejuízo para a sua contraparte, não terá um dever de o conhecer, podendo confiar na eficácia do negócio celebrado.

8. A validade do contrato celebrado pela Administração Pública com preterição de ato administrativo devido ou baseado em ato administrativo inválido, após a reforma do CCP de 2017

I. Todo este cenário sofreu uma alteração profunda com a reforma do CCP de 2017. Como vimos no ponto 5 deste texto, foi então dada nova redação ao artigo 280.º/3 CCP. Passou este a estender o regime da invalidade de Direito administrativo a grande parte dos contratos que até então se diriam de Direito privado. Tais contratos são hoje necessariamente “contratos mistos”, sujeitos a uma combinação de Direito privado e de Direito administrativo⁵¹.

II. Voltemos então às questões a que nos propusemos responder neste breve texto:

- *Quid iuris* se o contrato for celebrado com preterição de um ato administrativo devido nos termos legais?

⁵⁰ Como se pode ler no primeiro acórdão referido:

«uma indagação da relação entre o representado e o representante só excepcionalmente se terá por exigível, podendo, inclusivamente, ser entendida como uma intromissão indevida, e não conduzirá, muitas vezes, a resultados conclusivos. Tem de se permitir um certo grau de confiança da contraparte. Todavia, não deve a sua boa fé ser temerária, ignorando fortes indícios ou evidências de um comportamento em detrimento do *dominus*. Mas, via de regra, não se pode pedir ao terceiro que pondere a vontade hipotética ou presumível do representado, perguntando-se se este aprovaria ou não o ato em causa. Esse juízo compete primordialmente ao representante, não sendo normal ou sequer curial sobrepor-se uma outra apreciação à dele. Solução diferente só se adotará quando o comportamento do representante se plasme *ictu oculi* num prejuízo do *dominus*, ou nos casos em que haja o conhecimento certo de que ele nunca aceitaria o negócio».

⁵¹ Já antes de 2017, PACHECO DE AMORIM (2008), p. 629, sustentava que, em sede de invalidade consequente de atos procedimentais inválidos, se deveria aplicar por analogia aos contratos de direito privado o disposto no artigo 283.º CCP.

- *Quid iuris* se o contrato for celebrado com base num ato administrativo nulo ou anulável?

III. *Respondeo*, dissociando consoante esteja em causa um contrato administrativo, um contrato público ou um outro contrato não subsumível a estas categorias.

Se em causa estiver um “**contrato administrativo**”, apesar de o CCP não prever a consequência da preterição de um ato administrativo legalmente devido, deve entender-se que o mesmo é, em princípio, anulável nos termos do artigo 163.º/1 CPA⁵².

Tendo sido praticado o administrativo, vale o regime da invalidade subsequente previsto no artigo 283.º CCP: o contrato é nulo ou anulável consoante seja nulo ou anulável o ato administrativo procedimental em que tenha assentado a sua celebração.

IV. Se em causa estiver um “**contrato público**” (e, como tal, sujeito à Parte II do CCP, cujo âmbito de aplicação é recortado pelos artigos 4.º e 5.º CCP já referidos) que não seja um contrato administrativo, *aparentemente* a solução é outra.

Nos seus termos literais, o artigo 280.º/3 CCP (tal como alterado em 2017) só manda aplicar aos contratos sujeitos ao Direito privado as «disposições do [Título III do CCP] relativas à invalidade» (artigo 280.º/3 CCP); não manda aplicar o artigo 163.º/1 CPA.

Assim, a admitir-se uma interpretação literalista do artigo 280.º/3 CCP, a consequência da celebração de um contrato público com base num ato administrativo *inválido* seria dada pelo Direito público, mas já não a consequência da *preterição* desse mesmo ato administrativo. A solução para este último caso teria de ser procurada no Direito privado.

Parece-nos que esta leitura não é admissível: a unidade do sistema exige uma resposta coerente para os dois casos. Há uma lacuna oculta, a preencher por aplicação do artigo 163.º/1 CPA: também o contrato público celebrado com preterição de um ato administrativo legalmente devido é anulável.

Questionaremos no ponto seguinte se esta solução vale sem mais ou se, fruto de um mais amplo enquadramento, pode sofrer modelações.

⁵² Será nulo se houver «preterição total do procedimento legalmente exigido», nos termos do artigo 161.º/2, l), CPA; será ineficaz se tiver sido preterido um ato integrativo legalmente devido (artigo 287.º CCP). Veja-se tb. o artigo 283.º-A CCP.

V. Se em causa estiver um **outro contrato** não qualificável como contrato administrativo ou como contrato público – que as partes subordinam ao regime substantivo do Direito privado nos termos do artigo 200.º CPA –, continuarão a valer as coordenadas próprias do Direito privado e, em particular, o disposto no artigo 294.º CC.

O mesmo é dizer que não se exige a sobreordenação do interesse público ao interesse dos particulares que contratam com a Administração Pública. Valem então as palavras de SÉRVULO CORREIA com quem dialogámos⁵³: a Administração celebra o contrato como «qualquer outro sujeito de direito parte de um contrato idêntico»; «os interesses em jogo são apenas os equacionados pelo contrato».

Como dissemos já, do artigo 294.º CC resulta um equilíbrio entre interesses conflituantes sob a égide do princípio da proporcionalidade⁵⁴. Nesta medida, a preterição de uma qualquer formalidade na formação interna da vontade de uma das partes não torna o contrato necessariamente nulo. Caso a caso, há que determinar a relevância objetiva da formalidade e da sua preterição, considerando os interesses conflituantes das partes.

Só quando se conclua que o ato administrativo em crise (ou porque não foi praticado ou porque, tendo sido, é afinal inválido) constituía uma formalidade *essencial* sem a qual (ponderados os interesses de ambas as partes) o sistema não admite a existência do contrato⁵⁵, será o mesmo nulo.

9. Provocação para reflexão futura: restrição da pretensão da Administração Pública relativa à invalidade dos “contratos públicos” sujeitos a um regime substantivo de Direito privado

I. Feito este percurso, deixamos uma provocação para reflexão futura.

No diálogo com SÉRVULO CORREIA a propósito do regime anterior a 2017, dissemos que o particular que celebra um contrato de Direito privado com a Administração Pública não pode ficar refém de eventuais

⁵³ No ponto 6 *supra*.

⁵⁴ No ponto 6 *supra*.

⁵⁵ Naturalmente, uma tal ponderação dos interesses em presença não é compatível com a afirmação de que «todas as formalidades previstas na lei são de considerar essenciais», como a apresentada, *v.g.*, pelo acórdão do STA de 6-set.-2011 (Pires Esteves), proc. 0787/10.

vícios de um procedimento interno de que pode não ter qualquer visibilidade e que, em geral, não tem uma possibilidade real de controlar.

Dissemos também que uma tal perspectiva, a ser admitida, colocaria sobre os ombros dos particulares um risco e uma insegurança jurídica insuportáveis, num negócio jurídico que pela sua natureza e pela vontade de ambas as partes está sujeito às regras do Direito privado.

Perguntamos agora: será que a alteração promovida ao CCP em 2017, com extensão do disposto no artigo 283.º CCP a todos os “contratos públicos” (artigo 280.º/3 CCP), habilita a Administração Pública a promover *sem mais* a declaração de nulidade ou anulação deste tipo de contratos quando seja nulo ou anulável *qualquer* ato procedimental em que os mesmos se baseiam?

II. Mesmo à luz do Direito administrativo, há fatores de modelação da norma do caso a considerar.

Em primeiro lugar, não é qualquer “ato procedimental” que pode fundamentar a invalidade do contrato, mas tão-só um verdadeiro ato administrativo lesivo, decisório ou materialmente definitivo (artigo 120.º CPA), *i.e.*, um ato que seja capaz de condicionar o conteúdo do contrato a celebrar e/ou a escolha do cocontraente privado⁵⁶.

III. *Em segundo lugar*, pergunto: não haverá fundamento, no Direito administrativo, para acomodar esta ponderação de interesses, nomeadamente por força dos princípios da proporcionalidade (artigo 7.º/2 CPA) e da tutela da confiança, extraído da boa-fé (artigo 10.º/2 CPA)?⁵⁷

Não obstante a preocupação relativa à utilização de dinheiros públicos⁵⁸ que perpassa o Direito público, poderia desentranhar-se destes princípios uma solução de bloqueio da pretensão da Administração Pública, à imagem da que, no Direito privado, se retira do abuso de direito?

⁵⁶ PACHECO DE AMORIM (2008), p. 642.

⁵⁷ Estes princípios, recorde-se, são aplicáveis a toda e qualquer atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada (artigo 2.º/3 CPA), incluindo na formação e na execução dos contratos públicos (artigo 1.º-A CCP).

⁵⁸ Leia-se: dinheiro dos contribuintes.

Pensem-se, em particular, nos grupos de casos “desequilíbrio no exercício”⁵⁹ e “inalegabilidades formais”⁶⁰.

Neste último campo, como se sabe, a jurisprudência e a maioria da doutrina civilista têm admitido que, verificados determinados pressupostos relativos à tutela da confiança, um contrato nulo *por falta de forma* seja tratado como válido e eficaz. Porém, em pelo menos um caso, o STJ foi mais longe, admitindo a eficácia de um contrato nulo por preterição de uma licença legalmente exigida⁶¹.

Será uma tal ponderação de interesses admissível no contencioso relativo ao ato administrativo no qual se baseia o contrato, nos termos dos artigos 162.º/3 e 163.º/5 CPA? E em caso afirmativo, poderia daí retirar-se um argumento *a fortiori* para o contencioso relativo ao próprio contrato?

IV. Na medida em que o Direito administrativo não permita, *por si*, uma tal modelação da norma do caso, há uma outra via que não deve ser ignorada.

Tendo as regras de invalidade do artigo 283.º CCP de ser articuladas com as demais regras de Direito privado sobre a eficácia do contrato, não haverá fundamento para a modelação da norma do caso pelos institutos próprios deste e, em particular, pelo abuso de direito?

V. Com estas linhas não pretendemos mais do que uma provocação para reflexão futura, assente num diálogo profícuo entre o Direito público e o Direito privado que combata o acantonamento da doutrina e da jurisprudência e o correspondente diálogo em circuito fechado.

⁵⁹ Cfr., v.g., MENEZES CORDEIRO (2015), pp. 372 ss.

⁶⁰ Cfr., v.g., MENEZES CORDEIRO (2015), pp. 329 ss.

Como já tivemos oportunidade de sublinhar, uma tal ponderação dos interesses em presença não é compatível com a afirmação de que «todas as formalidades previstas na lei são de considerar essenciais», como a apresentada, v.g., pelo acórdão do STA de 6-set.-2011 (Pires Esteves), proc. 0787/10.

⁶¹ STJ 15-set.-2022 (Catarina Serra), proc. 18617/18.ST8PRT.P1.S1:

«Age em abuso do direito na modalidade de *venire contra factum proprium* quem, sabendo que o local arrendado não podia ser usado para o fim pretendido, celebra, ainda assim, o contrato de arrendamento e permanece como locatária por mais de cinco anos e vem arguir a nulidade do contrato por falta de licença para o fim pretendido apenas quando ocorre a resolução do contrato por falta de pagamento das rendas, o despejo e os pedidos da sua condenação no pagamento das rendas devidas e de indemnização por mora na restituição do locado».

Bibliografia

- ALARCÃO, Rui de, “Breve motivação do anteprojecto sobre o negocio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial”, *BMJ*, 138 (1964), pp. 71-122.
- ALBUQUERQUE, Pedro de, *A representação voluntária em direito civil*, Almedina, Coimbra, 2004.
- ARMBRÜSTER, Christian, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H Beck, 7.ª ed., 2015, § 134, n.º 42.
- BRITO, Maria Helena, “A representação sem poderes: Um caso de efeito reflexo das obrigações”, Separata da *Revista jurídica*, 1988.
- BRITO BASTOS, Miguel, *Autodeterminação negocial e contrariedade a normas injuntivas*, relatório de mestrado FDUL, inédito, 2011.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, “A liberdade e a justiça contratual”, in *Contratos: Actualidade e evolução*, 1997, pp. 49-66.
- COSTA GONÇALVES, Diogo, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2015.
- COSTA GONÇALVES, Pedro, *Direito dos contratos públicos*, Almedina, Coimbra, 6.ª ed., 2023.
- DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel, *Teoria geral da relação jurídica*, 2, Almedina, Coimbra, 1960.
- DUARTE, Rui Pinto, “A fraude à lei – Alguns apontamentos”, *Revista de Direito Comercial, Pedro Pais de Vasconcelos: Liber Amicorum* (2020), pp. 1579-1624.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Contratos*, 5, Almedina, Coimbra, 2017.
- FERREIRA GOMES, José, “A nulidade do negócio jurídico por contrariedade à lei (artigos 294.º e 280.º/1 CC): normas de conduta v. normas de validade”, *Revista de Direito Civil*, 2:2 (2018), pp. 323-349.
- FERREIRA GOMES, José, “A nulidade do negócio jurídico por contrariedade à lei (arts. 294.º e 280.º/1 CC): Normas de conduta v. normas de validade”, in *Código Civil: Livro do cinquentenário, 2 – Em memória do Prof. Doutor Eduardo dos Santos Júnior*, António Menezes Cordeiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2019, pp. 167-198.
- GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Manual dos contratos em geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.ª ed., 2002.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de direito civil*, 1, Coimbra Editora, Coimbra, 1929.
- GUICHARD, Raul/BRANDÃO PROENÇA, Catarina/RIBEIRO, Ana Teresa, in *Comentário ao Código Civil, Parte geral*, art. 269.º, Luís Carvalho Fernandes/José Brandão Proença (coord.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 657-660.
- MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de direito civil*, 2, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014.
- MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de direito civil*, 5, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.

- MENEZES CORDEIRO, António/ALBUQUERQUE, Pedro de, in *Código civil comentado*, 1, art. 269.º, António Menezes Cordeiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2020, pp. 787-788.
- MONTEIRO PIRES, Catarina, *Impossibilidade da prestação*, Almedina, Coimbra, 2017.
- MOTA, Helena, *Do abuso de representação*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- MOTA PINTO, Carlos da/PINTO MONTEIRO, António/MOTA PINTO, Paulo, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- MOTA PINTO, Paulo, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2, 2008.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, *Direito civil: Teoria geral*, 2, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- PACHECO DE AMORIM, João, “A invalidade e a (in)eficácia do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, in COSTA GONÇALVES, Pedro (coord.), *Estudos da contratação pública*, 1, 2008, pp. 627-669.
- PERESTRELO DE OLIVEIRA, Madalena, “Abuso de representação e tutela de terceiros: estudo de direito comparado”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 50:1-2 (2009), pp. 507-562.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema do contrato: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999.
- SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Direito da contratação pública*, 1, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2024.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel, “A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do código dos contratos públicos”, *e-Pública*, 4:2 (2017), pp. 4-20.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de/VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *Teoria geral do direito civil*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019.
- VAZ SERRA, Adriano, “Objecto da obrigação. A prestação: suas espécies, conteúdo e requisitos”, *BMJ*, 74 (1958), pp. 15-283.

Federação e federalismo: breve reflexão sobre o modelo federal europeu¹

PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS*

1. Enquadramento prévio

I. Que a União Europeia é, atualmente, dotada de uma constituição é, quanto a nós, uma evidência. Partindo de uma noção de constituição assente nas tradições do constitucionalismo moderno, segundo as quais a constituição é o documento organizativo de uma determinada comunidade política, que aí garante a separação dos poderes e a proteção dos direitos fundamentais – na senda do estabelecido no artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão –, é claro que a União Europeia tem hoje, inequivocamente, uma base constitucional. Naturalmente que se reconhece que a União não é um Estado, mas desligando o conceito de constituição daquele outro de Estado, como nos parece que deve ser, a natureza constitucional dos Tratados constitutivos da União impõe-se com particular evidência. Partimos, pois, deste pressuposto que aqui não discutimos: «*Che esista una Costituzione europea, non vi è dubbio*»².

O que nos propomos analisar é, apenas e só, uma das vertentes do modelo constitucional europeu: a sua natureza federal. A associação entre as noções de constituição e federação é tão frequente na doutrina, quanto a associação entre estes dois termos e a realidade do Estado-Nação. Assim se afirma amiúde que, porque a União não é um Estado, nem tão-pouco um Estado Federal, não tem uma constituição. Ou seja, os Tratados europeus não têm natureza constitucional porque nem constituem

* Professora Associada da Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito.
<https://orcid.org/0000-0002-7093-1279>

¹ O texto que agora se publica esteve na base das *Católica Talks* realizada em 2 de julho de 2024. Agradeço ao Prof. Doutor Armando Rocha os comentários que, aí, de forma generosa e amigável, fez e me deixou. O texto foi, entretanto, revisto e tentativamente melhorado para efeitos da sua publicação.

² CASSESE (1991), p. 487.

um Estado, nem uma federação de Estados. Mas também pela positiva, considera-se que onde há constituição, há Estado (federal), pelo que assumir a natureza constitucional dos Tratados implicaria reconhecer a existência de uma federação europeia³.

II. As referências ao projeto de federação europeia são antigas e bem conhecidas. Logo em 1930, ARISTIDES BRIAND avançou uma proposta, na Sociedade das Nações, postulando a criação de um vínculo federal entre os povos da Europa. A mesma ideia consta da declaração de ROBERT SCHUMAN⁴ e dos escritos DE JEAN MONNET, e esteve subjacente ao designado projeto SPINELLI e também ao projeto de constituição europeia apresentada, em 1994, pelo Parlamento Europeu⁵.

Ao longo dos tempos, tem surgido frequentemente a ideia de uma constituição europeia enquanto documento constitutivo de uma federação de Estados – a constituição dos “Estados Unidos da Europa” –, ideia que ora se defende ora se rejeita com a mesma dose de convicção⁶. JACQUES DELORS, depois de qualificar as Comunidades europeias como «objeto político não identificado», sugeriu a designação de «Federação de Estados-Nação»⁷. Na doutrina, ensaiaram-se diversas alternativas: União de Estados, Confederação de Estados, Associação de Estados⁸. Falou-se em «quase-federação»⁹, «federação *solta*»¹⁰, «federalismo parcial»¹¹ e numa «mistura de elementos federais e confederais»¹². Alguns

³ *E.g.*, QUADROS (2000), pp. 52-55, admitindo, todavia, que a União tem algumas *características* federais.

⁴ Declaração de SCHUMAN, de 9 de maio de 1950, § 8: «Esta proposta, por intermédio da congregação de produções de base e da instituição de uma nova Alta Autoridade cujas decisões vincularão a França, a Alemanha e os países aderentes, lançará as primeiras bases concretas de uma *federação* europeia indispensável à preservação da paz.»

⁵ Resolução A3 – 0064/94, do Parlamento Europeu sobre a Constituição da União Europeia, de 10 de fevereiro de 1994, JOCE C 61/155, 28.02.1994.

⁶ Afirmando que a União é mais que uma Confederação de Estados, mas menos que um Estado federal, e que é necessário descobrir conceptualmente uma entidade intermédia entre os dois modelos tradicionais, *vide*, por exemplo, QUERMONNE (2006), p. 584. Entre nós, *e.g.*, PIRES (1997), pp. 95-99, falando em Federação de Estados por oposição a Associação de Estados.

⁷ DELORS (2003), p. 455.

⁸ CONSTANTINESCO (2002), pp. 115-149.

⁹ MACCORMICK (2011).

¹⁰ WALLACE (1996), pp. 439-460.

¹¹ PIRIS (2006), pp. 69-87.

¹² CASSESE (1991), p. 502.

autores sublinharam a insuficiência do binómio confederação/federação, que não permite ter em conta a diversidade e a complexidade do processo de federalização europeu¹³. Aqui e ali, assinalou-se a passagem do *federalismo* originário das Comunidades para o *constitucionalismo* superveniente¹⁴, e associou-se a criação de uma Europa federal à criação da *união política*¹⁵.

À semelhança do que acontece com a utilização do termo «constituição», também a discussão em torno de adoção de um modelo *federal* europeu traz consigo uma «certa carga emocional»¹⁶, espelhando muitas vezes uma tensão entre visões mais *soberanistas* (que advogam a manutenção de mais poderes e capacidade de decisão nos Estados-Membros) e outras mais *européistas* (que favorecem uma maior transferência de poderes e competências para a União). Ora, a defesa de um sistema de tipo federal não implica a assunção de uma posição, mais ou menos centralista, quanto ao exercício do poder político. Mas antes de aí chegarmos, importa explicar e *desmontar* os conceitos de que partimos.

2. A Federação e o Estado

I. Como dissemos, à semelhança do que sucede com a noção de constituição, também a noção de federação se encontra intimamente associada à realidade do Estado-Nação. O federalismo emergiu, com efeito, «da necessidade de conceptualizar as uniões de Estados setecentistas à luz de uma conceção absoluta de soberania estadual. Estas uniões eram constituídas por entidades soberanas»¹⁷. O Estado é, pois, habitualmente apontado como “tubo de ensaio” por excelência do modelo federal. Pelo que, tanto no direito constitucional como no direito internacional público, o Estado federal aparece como sendo o protótipo da federação. Entende-se aí que «as federações... são entidades supra-estatais que se erigem em novos Estados e, enquanto tais, assimiláveis a quaisquer outros Estados»¹⁸; que «federação significa o mesmo que Estado federal»¹⁹; e que federação é «o tipo de Estado em que tanto o poder central

¹³ QUERMONNE (2006), pp. 584-585; WALKER (2017), p. 69.

¹⁴ BURGESS (1996), p. 3.

¹⁵ *Ibidem*, p. 14.

¹⁶ GODINHO (2006), p. 19.

¹⁷ COUTINHO (2023), p. 25.

¹⁸ MIRANDA (2016), p. 216.

¹⁹ MIRANDA (1999), p. 972.

como os poderes “regionais” (federados) dispõem de faculdades autenticamente constituintes, pelo que a globalidade das matérias de “governo” se encontra repartida pelos dois níveis de poder, de tal modo que cada um desses níveis de governo toma decisões finais (ou “soberanas” *hoc sensu*) no campo de acção respectivo»²⁰.

Como é sabido, o Estado federal é uma forma de Estado composto, apresentado habitualmente como forma de organização política alternativa ao Estado unitário ou ao Estado regional. Nele existe o que habitualmente se designa por uma «pluralidade de ordenamentos constitucionais traduzida na pluralidade de centros de poder político»²¹. Significa isto que os Estados que o compõem decidiram *estruturar e limitar* o poder político, repartindo-o a dois níveis que resultam em duas ordens constitucionais distintas: a federal e a estadual. Os Estados federados não têm, via de regra, «acesso à vida internacional»²², discutindo-se, por isso, se se podem dizer Estados *soberanos* ou *plenamente soberanos* na ordem interna²³.

Neste contexto, discute-se também as fronteiras entre o Estado federal e a designada confederação de Estados, apontada como um modelo menos perfeito, por não implicar a emergência de «um novo poder político ou uma autoridade com competência genérica; e daí ainda uma capacidade de direitos sempre limitada e condicionada»²⁴. Não dando a confederação origem a um novo Estado²⁵, a questão de saber quem tem capacidade para atuar no plano internacional não encontra, todavia, uma resposta única. Também por isso, é habitualmente afirmado o carácter *instável* da confederação, que em virtude da sua natureza *híbrida*, tende naturalmente para a integração numa *genuína* federação ou, em alternativa, para a sua dissolução²⁶.

II. Neste âmbito, considera-se ainda que tanto federações como confederações modificam a *estrutura* do Estado, por oposição às organizações internacionais em que tal modificação não se verifica²⁷. Assim, ao

²⁰ RANGEL (2001), p. 793.

²¹ MIRANDA (1999), p. 972.

²² MIRANDA (2016), p. 208.

²³ *E.g.*, CAETANO (1990), pp. 134-135; MIRANDA (2016), pp. 208-209.

²⁴ MIRANDA (2016), p. 217; WALKER (2017), p. 68.

²⁵ CAETANO (1990), p. 308.

²⁶ *E.g.*, RANGEL (2001), p. 795; PEREIRA, QUADROS (1993), p. 368.

²⁷ *E.g.*, PEREIRA, QUADROS (1993), pp. 364-368.

passo que nas entidades (con)federais os Estados (con)federados veem a sua estrutura constitucional afetada em virtude da partilha de poderes com a (con)federação, em especial os poderes para atuar na ordem internacional –, tal não se verificaria em virtude da participação em organizações internacionais, que determina apenas a delegação de competências ditas *não soberanas* na estrutura supraestadual.

As águas ficam turvas, porém, quando se desce ao concreto e se analisa o tipo de poderes confiados a federações, confederações e organizações internacionais, a natureza das regras por elas estabelecidas e o grau de sacrifício das competências dos Estados participantes. Se entre federações e confederações existe, na realidade, mais uma *zona de fronteira* do que um limite claro, a linha que distingue ambas de certas organizações internacionais é tão ténue que pouco ou nada significa do ponto de vista prático.

Para o que nos interessa, importa aqui sublinhar que tal como existe constituição além do Estado, também existe federação para além do Estado. A figura da confederação revela justamente a possibilidade de aplicação do federalismo a uma comunidade política supraestadual, que não se reconduz ao Estado-nação. Na verdade, apesar de terem estado umbilicalmente ligados na sua gênese, a federação não se confunde com a realidade do Estado federal e, enquanto estrutura jurídico-política, pode ser utilizada fora do contexto do Estado-nação. A federação pode, na realidade, albergar realidades políticas muito diversas²⁸, espelhando aquilo que HÄBERLE designou de «força de atração planetária»²⁹ do modelo federal. Importa, por conseguinte, procurar compreender o que é o federalismo em si mesmo, antes de prosseguir com mais considerações.

3. O Federalismo

I. O federalismo constitui uma «filosofia política e jurídica que se adapta a qualquer contexto político em que esteja presente “a procura de unidade conjugada com o respeito genuíno pela autonomia e pelos interesses legítimos das entidades participantes”»³⁰. Trata-se de uma

²⁸ RANGEL (2001), p. 798; OTERO (1999), pp. 967-968, distinguindo federações enquanto associações de entidades coletivas com ou sem base territorial; estaduais ou infraestaduais; públicas, privadas ou cooperativas.

²⁹ HÄBERLE (1992), pp. 3353-3393.

³⁰ COUTINHO (2023), p. 53, tratando ainda a conceptualização da federação no pensamento de CARL SCHMITT, pp. 56 ss.

doutrina segundo a qual o exercício do poder pode ser *organizado*³¹: um género de organização política marcado pela combinação das «*shared rule and self-rule*»³². Numa estrutura federal, o poder encontra-se, assim, dividido entre uma autoridade central (federal) e as entidades (federadas) que compõem determinada comunidade política, sendo cada uma delas responsável pelo exercício de um certo *tipo e número* de competências. O federalismo procura, desta forma, alcançar um equilíbrio entre a *eficiência* do poder central – justificada por razões de diversa índole – e a *autonomia* das entidades componentes na definição dos seus interesses³³.

Assentando, por conseguinte, numa «lógica conciliadora entre a unidade e a diversidade»³⁴, trata-se de um instrumento muito útil como forma de organização de comunidades políticas caracterizadas por um elevado nível de pluralismo e diversidade de valores e interesses. Pelo que, quando se pretende assegurar “a diversidade na unidade” (por via do “*E pluribus unum*” norte-americano ou da visão europeia de uma “União na diversidade”), o federalismo revela-se particularmente apelativo como forma de organização de entidades democráticas, permitindo dividir o poder por diversos círculos e dar escala e consistência no contexto das relações mantidas com terceiros. Implicando a existência de dois níveis de decisão política distintos – o da federação e o das entidades federadas –, o desafio do sistema federal reside, justamente, no encontro do ponto ótimo de equilíbrio entre a autonomia decisória dos dois polos.

Do ponto de vista jurídico, a estrutura federal assenta no princípio da *especialidade* ou da *atribuição*. Especialidade enquanto vinculação da federação a objetivos determinados; e atribuição enquanto transferência dos meios, predeterminados e limitados, para os prosseguir. Assim, as entidades *federadas* acordam entre si a prossecução de finalidades comuns, criando para o efeito uma entidade única, federal – a união –, que dotam dos meios necessários para a prossecução daqueles fins. Desta forma, o federalismo permite, enquanto instrumento jurídico-político, o exercício *em comum* de determinadas competências, no âmbito de um quadro institucional dito *federal*, para o qual são transferidos os poderes necessários para o efeito.

³¹ LENAERTS (1997), p. 748.

³² WATTS (1998), p. 112.

³³ *Ibidem*.

³⁴ GODINHO (2006), p. 23.

A essência do federalismo radica, pois, *na repartição de competências entre entidades-base e a união por elas criada*. Tal divisão de poderes tem uma dimensão *interna*, implicando a tomada conjunta de decisões, a nível de federal, em matérias comuns aos Estados federados; e uma dimensão *externa*, envolvendo, via de regra, a confiança de competências internacionais à federação. O federalismo tem, por isso, reflexos tanto no plano interno – nas relações entre entidades federadas e federação – como nas relações externas – *i.e.*, no modo como tais entidades surgem e interagem com entidades terceiras, designadamente no plano internacional. É, por conseguinte, uma figura simultaneamente do direito constitucional e do direito internacional.

II. Sem prejuízo, os modelos federais podem assumir uma natureza muito variável, correspondendo a diferentes *modos, formas e graus* de exercício do poder, com diferentes *consequências* a nível interno e externo. Não é, aliás, simples elencar critérios, comumente aceites, para que uma dada ordem jurídica se possa ou deva qualificar como federal³⁵. Refletindo ainda a associação entre a figura da federação e a realidade dos Estados modernos, é comum apontar as características dos principais Estados federais da comunidade internacional como ilustrativas de um modelo federal-tipo. Assim, considera-se habitualmente que numa federação: (i) os Estados federados não podem atuar no plano externo, sendo aí substituídos ou representados pelo Estado federal, única entidade dotada de personalidade jurídica internacional; (ii) os Estados federados não podem sair da federação, que constitui uma forma de união perpétua e indissolúvel³⁶; (iii) o direito federal, *law of the land*, prevalece sempre

³⁵ LENAERTS (1997), p. 746; WALKER (2017), p. 72.

³⁶ *Texas v. White* 74 US 700, 725.

Assim: “[w]hen Texas became one of the United States, she entered into an indissoluble relation. The union between Texas and the other States was as complete, as perpetual, and as indissoluble as the union between the original States. There was no place for reconsideration or revocation, except through revolution or through consent of the States”; Em *Scott Kohlhaas v. State of Alaska, Office of the Lieutenant Governor, No. S-11866, November 17, 2006*. O Supremo tribunal do Alasca citando a decisão *Texas v. White* afirmou: “the act which consummated her admission to the Union was something more than a compact; it was the incorporation of a new member into the political body” and “it was final”. As such, “when the forty-nine flag was first raised at Juneau, [the] Alaskans committed [themselves] to that indestructible Union for good or ill, in perpetuity. To suggest otherwise would ‘disparage the republican character of the National Government’”.

sobre o direito federado; (iv) os Estados federados estão num plano de igualdade jurídica; e (v) que os cidadãos se reconhecem, em primeira linha, como membros da federação e, apenas num segundo plano, como membros da subcomunidade federada.

Uma leitura atenta sobre os diversos modelos de federação dos tempos modernos desconstrói, contudo, a natureza exaustiva ou eliminatória de todos estes elementos enquanto verdadeiramente *existenciais* ao modelo federal. Assim, sem qualquer pretensão de exaustividade: (i) na antiga União Soviética, a Ucrânia e a Bielorrússia foram membros das Nações Unidas entre 1945 e 1991; (ii) no Canadá, o Supremo Tribunal reconheceu o direito de saída da federação do Québec³⁷, o qual foi depois reconhecido pelo poder político³⁸; (iii) na Bélgica, não existe um primado constitucional do direito federal³⁹; (iv) na Alemanha, a representação dos Estados no *Bundesrat* faz-se com base num critério populacional que resulta numa sobre-representação dos Estados mais pequenos⁴⁰; e (v) para além de súbditos britânicos, os cidadãos da Irlanda do Norte reconhecem-se igualmente ou sobretudo como irlandeses⁴¹.

Na realidade, as diversas tentativas de caracterizar as federações de forma rígida falham em algum momento. É inevitável que assim seja. O federalismo reconduz-se a um modo de organização do poder político de tal modo aberto e flexível que dá origem, na sua concretização, a modelos concretos muito desiguais. Neste sentido se afirma que «há tantos federalismos quantas as circunstâncias propiciadoras»⁴², e se reconhece que «há tantos tipos de federalismo quantos os Estados Federais existentes»⁴³, não sendo possível formular uma teoria da federação universalmente válida⁴⁴. E, na verdade, ainda que a vertigem do casuismo não impeça a caracterização do federalismo em abstrato, a identificação de características habituais, mas não verdadeiramente existenciais, dos

³⁷ *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

³⁸ Aprovação da *Loi sur la clarté référendaire*, de 29 de junho de 2000.

³⁹ O artigo 141.º da Constituição belga delega a resolução de conflitos normativos numa lei federal. *Vide*, ainda, HARMAN (2015), pp. 703-735.

⁴⁰ Artigo 51.º, n.º 2, da *Grundgesetz*.

⁴¹ *E.g.*, <https://www.dazeddigital.com/life-culture/article/59897/1/do-young-northern-irish-people-still-feel-british-sinn-fein-ireland>, citando o *Northern Ireland Life and Times Survey 2020*, disponível em <https://www.ark.ac.uk/nilt/2020/>

⁴² MIRANDA (1999), p. 977.

⁴³ RANGEL (2001), p. 795.

⁴⁴ HÄBERLE (1992), p. 3367.

modelos federais mais conhecidos contribuí frequentemente mais para confundir do que para esclarecer.

4. A Federação Europeia

I. Entre outras coisas, o processo de integração europeia serviu de pretexto e incentivo para revisitar a teoria da federação⁴⁵. Certo que os Tratados europeus não incluem, até hoje, nenhuma referência à federação ou ao federalismo e que, ao contrário do que aconteceu com a natureza constitucional dos Tratados, o TJUE não afirmou (ainda?) expressamente a natureza *federal* da União. Tal não impede, naturalmente, que se considere que a União assenta num sistema federal. Na caracterização do modelo federal europeu têm-se invocado, todavia, realidades muito distintas. Tanto se fala aí da existência de uma ordem constitucional de Estados soberanos, como de uma federação de Estados soberanos⁴⁶; de uma união consensual entre povos, de um pacto federativo, do exercício de um poder constituinte plural, de um *demos* compósito e de pluralismo constitucional⁴⁷. Confunde-se frequentemente, aqui, a dimensão do *constitucionalismo* e do *federalismo* europeus, e hesita-se na qualificação da União como federação ou confederação de Estados, como vimos acima.

II. Ora, na medida em que assenta numa transferência de atribuições e competências soberanas dos Estados para a União, com reflexos inequívocos nas suas relações recíprocas⁴⁸, no plano interno e no plano das relações internacionais⁴⁹, a União foi, na nossa opinião, dotada de um modelo político indiscutivelmente federal.

A referência à ideia de atribuição consta do ADN das Comunidades. Estas, e mais tarde a União⁵⁰, foram constituídas para assegurar a prossecução dos objetivos estabelecidos nos Tratados, sendo-lhes para o efeito atribuído um conjunto determinado de competências e poderes. Existe, assim, atribuição no plano dos *fins* e dos *meios*. Hoje, nos termos do § 1 do artigo 1.º do TUE, lê-se que «as Altas Partes Contratantes instituem entre si uma União Europeia, adiante designada por “União”, à qual os

⁴⁵ COUTINHO (2023), pp. 62 ss.

⁴⁶ DASHWOOD (2004), p. 356.

⁴⁷ COUTINHO (2023), pp. 62-63.

⁴⁸ Cf. artigos 4.º, n.º 1, e 5.º, n.º 2, do TUE.

⁴⁹ Cf. artigos 216.º do TFUE e 3.º, n.º 2, do TUE.

⁵⁰ VON BOGDANDY (1999), pp. 887-910.

Estados-Membros atribuem competências para atingirem os seus objetivos comuns». Tais finalidades encontram-se, adiante, consagradas no artigo 3.º do TUE. Nos termos do n.º 6 do artigo 3.º, «a União prossegue os seus objetivos pelos meios adequados, em função das competências que lhe são atribuídas nos Tratados». O artigo 5.º do TUE dá corpo à ideia de competência por atribuição, afirmando pela positiva que «a União atua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objetivos fixados por estes últimos», e pela negativa que «as competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros» (ideia reiterada no n.º 1 do artigo 4.º do TUE). A União não é, pois, uma ordem jurídica “autorreferencial”; não tem *Kompetenz-Kompetenz*⁵¹.

Sem prejuízo, como não poderia deixar de ser, até porque tal decorre da natureza própria do federalismo, o modelo federal europeu é profundamente idiossincrático, resultando muitas das suas características fundamentais das circunstâncias históricas e políticas que marcaram o processo de integração europeia. Desde logo, o modelo europeu parece encerrar características aparentemente de sinal oposto. Assim:

- a) a União tem personalidade jurídica internacional, mas não substitui a dos Estados nem os faz desaparecer da cena internacional, não assumindo a condução, em primeira linha, das relações exteriores e da política externa;
- b) embora se tenha convolado em “estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros”, a cidadania da União tem natureza derivada e complementar, baseando-se e dependendo da cidadania estadual;
- c) o primado do direito da União assenta num diálogo permanente com as ordens constitucionais dos Estados-Membros;
- d) decide-se na União, via de regra, por maioria, mas permanece a exigência de decisão unânime dos Estados no processo de revisão constitucional; e
- e) almeja-se a criação de uma “união cada vez mais próxima entre os povos da Europa”, mas os Estados podem abandonar a União.

⁵¹ DASHWOOD (2004), p. 357.

Sem prejuízo destas aparentes *contradições*, o federalismo europeu possui, quanto a nós, cinco atributos fundamentais, assentando em cinco traves-mestras que suportam todo o sistema, a saber:

- (i) uma acentuada *diferenciação vertical* – implicando uma gama de competências federais de muitas cores e tonalidades;
- (ii) uma relevante *assimetria horizontal* – envolvendo um grau variável de participação das entidades federadas;
- (iii) uma incidência *oblíqua* no exercício das competências estaduais, cujo exercício condiciona de forma indireta;
- (iv) uma arquitetura institucional *integrada e interdependente*, que inclui órgãos federais e estaduais e em que a elaboração, aplicação e garantia do direito federal dependem de forma decisiva das entidades federadas; e
- (v) uma regra de *primazia consensualizada* entre as ordens constitucionais federadas e a federal.

(i) *Diferenciação vertical*

Em primeiro lugar, ao contrário do que sucede via de regra noutras federações, na União Europeia, a repartição de competências não se faz com base num elenco de matérias que se distribuem pelos dois níveis da federação. Assim, a União não foi dotada de competência *genérica* para atuar de forma *ilimitada* numa lista predeterminada de matérias. Pelo contrário, cada competência para ela transferida encontra-se *balizada* numa norma jurídica específica dos Tratados que habilita a União a agir (a designada “*base*” ou “*fundamento*” jurídico da competência).

Neste quadro, as sucessivas revisões dos Tratados conduziram à emergência de um quadro competencial federal que se desdobra atualmente em diversos *tipos* de competências, regulados por regras muito distintas e que se procurou clarificar na reforma de Lisboa. Pelo que não basta uma referência genérica aos diferentes capítulos dos Tratados para se compreender o exato alcance dos poderes e das competências da União nas diversas áreas em que ela está habilitada a atuar. Os Tratados preveem, hoje, diferentes categorias de competências: *exclusivas*, *partilhadas*, *de apoio*, *de coordenação*, *complementares* e uma competência muito específica para implementar uma política externa e de segurança comum⁵².

⁵² Cf. artigos 2.º a 7.º do TFUE.

Entre todas elas, existe um *mar* de diferenças, materiais e procedimentais. E, mesmo para além das categorias, o modo como se operou a transferência de cada competência individualmente considerada é extraordinariamente variável.

Assim, pouco ou nada têm em comum a natureza e extensão das competências da União em matéria de política de pescas ou de política externa; de política agrícola ou mercado interno; em matéria de saúde ou em matéria de ambiente. Para além dessa relevante variação material, as diferentes *categorias* de competências da União (i) convocam distintos atores institucionais (nos polos, o papel determinante da Comissão ou dos Estados-Membros); (ii) envolvem diversos procedimentos decisórios e quóruns de decisão (da codecisão à aprovação pelo Parlamento; das várias fórmulas da maioria à unanimidade); (iii) resultam na adoção de instrumentos jurídicos distintos (de regulamentos a diretivas; de uniformização ou harmonização, mínima, máxima, facultativa ou obrigatória; de *hard law* a *soft law*); e (iv) implicam diferentes consequências jurídicas (preempção, harmonização, coexistência).

Neste quadro diverso e sofisticado, surgem amiúde problemas de delimitação complexos. Os exemplos multiplicam-se. Não é, por exemplo, clara a fronteira entre a competência exclusiva da União relativa à união aduaneira e a competência partilhada com os Estados em matéria fiscal, o mesmo acontecendo com a competência exclusiva em matéria de direito da concorrência e partilhada quanto ao mercado interno. A competência partilhada em matéria de política social estará muito próxima da competência de coordenação pela União neste domínio; o que pode igualmente suceder com a competência partilhada em matéria de mercado interno e a competência complementar da União em matéria de cultura. Esta realidade faz com que a determinação do fundamento jurídico da competência se tenha transformado, na União Europeia, numa questão constitucional fundamental, alimentando um contencioso institucional muito particular⁵³.

⁵³ E.g., Acórdão de 5 de outubro de 2000, *Alemanha/Parlamento e Conselho*, Proc. C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544; Acórdãos de 11 de setembro de 2003, *Comissão/Conselho*, Proc. C211/01, ECLI:EU:C:2003:452, para. 39; de 29 de abril de 2004, *Comissão/Conselho*, Proc. C338/01, ECLI:EU:C:2004:253, para. 55; e de 10 de janeiro de 2006, *Comissão/Conselho*, Proc. C94/03, ECLI:EU:C:2006:2, para. 35; Acórdão de 23 de outubro de 2007, *Comissão/Conselho*, Proc. C-440/05, ECLI:EU:C:2007:625; Acórdão de 20 de maio de 2008, *Comissão/Conselho*, Proc. C-91/05, ECLI:EU:C:2008:288.

A análise do quadro de competências da União previstas nos Tratados revela também que para ela não foram transferidas, antes de mais e sobretudo, as competências típicas das federações de Estados, como a competência para cobrar impostos ou a competência para conduzir a política externa, em lugar dos seus Estados-Membros. Sem prejuízo, por via do reconhecimento pelo TJUE das competências implícitas da União, esta afirma-se crescentemente como ator decisivo no plano internacional, ora substituindo os Estados-Membros, ora aparecendo ao seu lado, numa estrutura que convoca o exercício de diversas competências e a condução das relações internacionais da União por diferentes instituições⁵⁴.

A repartição de competências entre Estados e União está, por conseguinte, longe de ser linear e de se fazer “a regra e esquadro”. Não só o quadro competencial da União que decorre dos Tratados é hoje extraordinariamente complexo – cada competência encerrando-se em fronteiras incertas e implicando uma consequência jurídica distinta – como as possibilidades abertas pela teoria dos poderes implícitos⁵⁵, mas também pelo artigo 352.º do TFUE, agudizam as dúvidas que a este respeito podem surgir nos planos jurídico e político.

⁵⁴ No plano internacional, a realidade federal da União é, aliás, particularmente complexa. O Tratado de Lisboa cristalizou, em normas jurídicas, os princípios essenciais que decorriam da jurisprudência do TJUE a respeito da conclusão de tratados internacionais pelos Estados e/ou pela União. A articulação entre o atual 216.º do TFUE e n.º 2 do artigo 3.º do TUE está, todavia, longe de ser evidente. Em termos pragmáticos, a aplicação destas disposições tem relevado que serão muito raros os casos em que a União não dispõe de competência internacional, e que, na maioria dos cenários, tal competência será exclusiva, afastando os Estados-Membros do palco internacional. Quando assim não sucede, o exercício de uma competência partilhada entre Estados e União na celebração de tratados internacionais requer uma colaboração estreita entre todos, imposta desde logo pelo princípio da cooperação leal. Os chamados “acordos mistos”, nos quais são partes simultaneamente a União e os Estados-Membros, suscitam importantes e complexas questões constitucionais quanto à sua negociação, interpretação e aplicação. *E.g.*, Acórdão de 19 de março de 1996, *Comissão/Conselho*, Proc. C-25/94, ECLI:EU:C:1996:114. O quadro institucional da ação externa da União reflete igualmente esta dicotomia, com o Alto Representante para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança a atuar simultaneamente como vice-presidente da Comissão e presidente do Conselho para os Negócios Estrangeiros; e o Presidente do Conselho Europeu a atuar paralelamente com o Presidente da Comissão Europeia no plano da representação externa da União e das relações diplomáticas.

⁵⁵ Tanto no plano interno (Acórdão de 9 de julho de 1987, *Alemanha e outros/Comissão*, Procs. apensos 281, 283, 284, 285 e 287/85, ECLI:EU:C:1987:351) quanto no plano externo (Acórdão de 31 de março de 1971, *Comissão/Conselho*, Proc. 22/70, ECLI:EU:C:1971:32; Parecer 1/03, de 7 de fevereiro de 2006, ECLI:EU:C:2006:81).

(ii) *Assimetria horizontal*

Em segundo lugar, os Estados não participam de igual modo e na mesma medida no exercício em comum das competências transferidas para a União. Com efeito, apesar do ritmo acentuado da integração europeia, esta faz-se muitas vezes de forma *limitada* e *assimétrica*, confirmando-se a lógica, que Maastricht anunciou, de uma “Europa a duas velocidades”. Os Tratados permitem a implementação de um modelo de *integração diferenciada*, que é, na verdade, um modelo de tantas velocidades quanto o são os graus de participação dos Estados em cada política europeia em concreto.

Neste contexto, é muito significativo que dois dos pilares do edifício europeu se reconduzam a políticas em que não participam todos os Estados-Membros. Assim acontece com a Zona Euro, que compreende atualmente a união económica e monetária de 20 dos 27 Estados-Membros⁵⁶; e com o Espaço Schengen – a maior zona de liberdade de trânsito do mundo –, que inclui 22 dos 27 Estados da União, a que se juntam os quatro Estados da Associação Europeia de Comércio Livre⁵⁷.

Para além destes casos mais óbvios, ao abrigo do mecanismo das cooperações reforçadas⁵⁸, a União tem-se dotado, em matérias muito distintas, de diversos instrumentos nos quais só participam alguns dos seus Estados-Membros: do divórcio⁵⁹, regimes e efeitos patrimoniais das

⁵⁶ A Suécia não participa por opção própria, tendo sido a adesão rejeitada em referendo nacional em 2003. O Reino Unido e a Dinamarca negociaram um “*opt out*”, muito embora a Dinamarca participe em alguns mecanismos de estabilização de taxas de câmbio. Estão ainda fora da Zona Euro, mas obrigados a aderir quando cumprirem os critérios, a Bulgária, a República Checa, a Hungria, a Roménia e a Polónia.

⁵⁷ O Reino Unido e a Irlanda negociaram um “*opt out*” ao Espaço Schengen. A Dinamarca aplica o acervo de Schengen ao abrigo de normas especiais. A Bulgária, o Chipre e a Roménia estão (ainda) apenas parcialmente vinculados ao acervo de Schengen. Mónaco, San Marino e Andorra são participantes *de facto* da zona Schengen.

⁵⁸ Cf. artigos 20.º do TUE e 329.º do TFUE.

⁵⁹ Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial, JO L 343 de 29.12.2010, pp. 10-16.

parcerias registadas⁶⁰ às patentes⁶¹, até mesmo à participação na Procuradoria Europeia⁶². O recente *Livro Branco sobre o Futuro da Europa – que futuro?*⁶³ assume a integração diferenciada como um dos modelos possíveis de futuro, em que «a União deixa avançar os Estados-Membros interessados em colaborar mais estreitamente em domínios específicos», segundo o lema «fazer mais, quem quiser mais».

Esta geometria variável deixa clara uma das principais idiossincrasias do modelo federal em que assenta a União: a possibilidade de estar *dentro e fora* da federação ao mesmo tempo. É que não só é possível fazer parte da União e não participar em algumas das suas políticas fundamentais, como o inverso também se verifica, havendo Estados que não estão na União e participam em algumas das suas políticas mais emblemáticas. Tudo isto contribuindo, do seu modo e a seu tempo, para a concretização do desiderato originário de criação de uma “união cada vez mais estreita entre os povos da Europa”.

(iii) *Incidência oblíqua*

Em terceiro lugar, e apesar das referidas diferenciação vertical e assimetria horizontal, a transferência de competências dos Estados para a União tem-se concretizado de tal forma que também o exercício de competências estaduais recai, hoje, sob a *alçada* da federação, de tal forma que se tornou impossível identificar círculos de intervenção política estritamente reservados aos Estados.

Assim, por um lado, a jurisprudência do TJUE, hoje vertida no n.º 1 do artigo 51.º da Carta dos Direitos Fundamentais, tem permitido a

⁶⁰ Regulamento (UE) n.º 2016/1103 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais, JO L 183 de 08.07.2016, pp. 1-29; Regulamento (UE) n.º 2016/1104 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas, JO L 183 de 08.07.2016, pp. 30-56.

⁶¹ Regulamento (UE) n.º 1257/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2012, que regulamenta a cooperação reforçada no domínio da criação da proteção unitária de patentes, JO L 361 de 31.12.2012, pp. 1-8.

⁶² Regulamento (UE) n.º 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017, que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia, JO L 283 de 31.10.2017, pp. 1-71.

⁶³ COM (2017) 2025, de 1 de março de 2017.

invocação dos direitos fundamentais protegidos pelo direito da União contra os Estados-Membros num número crescente de casos, independentemente e muito para além do âmbito de exercício de competências estritamente europeias⁶⁴. Por outro, também segundo jurisprudência constante do TJUE, mesmo aí onde esteja em causa o exercício de competências *puramente* nacionais, os Estados têm a obrigação de respeitar os princípios fundamentais de direito da União, o que tem reflexos importantes também em matérias de inequívoca natureza institucional, como sucede, por exemplo, com a cidadania europeia, o direito de voto nas eleições para o Parlamento Europeu⁶⁵, as regras relativas à perda da cidadania⁶⁶ e, mais recentemente, a independência do poder judicial e a organização do sistema judiciário interno⁶⁷.

(iv) Sistema de garantia integrado e interdependente

Em quarto lugar, toda a arquitetura institucional federal da União é realmente peculiar. A natureza variável das competências da União implica que, no seu exercício, se afirmem diferentes protagonistas, a nível federal e federado.

Assim, no procedimento legislativo europeu, intervêm instituições europeias, mas também nacionais (*e.g.*, o Parlamento Europeu e os parlamentos nacionais). Mas, de forma porventura mais evidente e relevante, tanto as administrações públicas como os tribunais nacionais constituem peças fundamentais de execução e garantia do direito da União – num modelo federal que não foi dotado de estruturas federais próprias de aplicação do direito comum⁶⁸. Os sistemas administrativo e judicial

⁶⁴ EECKHOUT (2002), pp. 945-994. *Vide e.g.*, Acórdão de 13 de julho de 1989, *Wachauf/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, Proc. 5/88, ECLI:EU:C:1989:321; Acórdão de 18 de junho de 1991, *ERT/DEP*, Proc. C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254; Acórdão de 12 de junho de 2003, *Schmidberger*, Proc. C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333. E ainda a discussão em torno do artigo 53.º da Carta no Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, *Melloni*, Proc. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107; Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, *Åkerberg Fransson*, Proc. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105. Sobre o tema ver, entre outros, BESSELINK (2014), pp. 531-552; CAVALLONE (2014), pp. 19-40.

⁶⁵ Acórdão de 12 de setembro de 2006, *Eman e Sevinger*, Proc. C-300/04, ECLI:EU:C:2006:545.

⁶⁶ Acórdão de 2 de março de 2010, *Rottmann*, Proc. C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104.

⁶⁷ Acórdão de 27 de fevereiro de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, Proc. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117.

⁶⁸ KOMÁREK (2005), pp. 9-34.

européus assentam nas estruturas nacionais, verdadeiros braços descentralizados da arquitetura institucional europeia, em que a aplicação do direito federal depende, em larga medida, do grau de cooperação das autoridades federadas.

(v) *Primazia consensualizada*

Por fim, nada do que foi dito prejudica a força de *law of the land* do direito da União, que se aplica prevalecendo sobre as ordens jurídicas nacionais e preclui aí o exercício de competências soberanas⁶⁹. Exercício esse temperado pelas exigências de subsidiariedade e proporcionalidade impostas pelos Tratados⁷⁰.

A primazia do direito da União opera, contudo, no âmbito de um modelo constitucional plural e complexo em que a “última palavra” resulta de um processo de *cooperação* e de *diálogo* entre tribunais nacionais e o TJUE – que se desenrola através do mecanismo das questões prejudiciais –, destinado a produzir um entendimento jurisprudencial *partilhado*, como emblematicamente o demonstrou, por exemplo, a recente saga *Taricco*⁷¹. Aí onde nem sempre existe consenso, vale uma regra de *proteção equivalente* que evita os conflitos e permite uma coexistência relativamente pacífica entre os dois níveis de ordens jurídicas⁷².

5. Notas conclusivas

Terminamos com três breves notas finais:

1. Do exposto, resulta claro que a União assenta numa estrutura federal complexa em que a resposta à questão de saber a quem compete exercer determinada competência está longe de ser simples. A imagem do caleidoscópio – o conhecido instrumento inventado pelo escocês SIR DAVID BREWSTER, que combinando pedaços de vidro e espelhos permite ver diferentes imagens colo-

⁶⁹ Acórdão de 15 de julho de 1964, *Costa/E.N.E.L.*, Proc. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

⁷⁰ Cf. artigo 5.º, n.º 3, do TUE. Considerando a subsidiariedade como uma faca de dois gumes, *vide* MARQUARDT (1994), pp. 616-640.

⁷¹ Acórdão de 8 de setembro de 2015, *Taricco e outros*, Proc. C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555, e Acórdão de 5 de dezembro de 2017, *M.A.S. e M.B.*, Proc. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936.

⁷² MARTINS (2012), pp. 407-432.

ridas através da projeção da luz no interior do tubo – é aqui sugestiva. Ao fazer-se um movimento com o tubo, visualizam-se figuras coloridas distintas em imagens multiplicadas. Assim parecem ser as respostas que vamos encontrando à questão fundamental de saber a quem compete o exercício do poder na União Europeia. Respostas essas que, determinadas por critérios afinados ao longo dos anos, sobretudo pela jurisprudência do TJUE, resultam numa constelação de soluções *múltiplas, variadas e coloridas*, cuja consistência nem sempre se vislumbra e cuja inclusão no sistema globalmente considerado nem sempre se percebe (mas pode-se explicar) – quais vidrinhos refletindo a intensidade da luz que penetra no tubo.

2. Verdadeiramente essencial ao modelo federal europeu é, recuperando as palavras de SCHUMAN, que o mesmo «não se constrói de uma só vez, nem de acordo com um plano único. Construir-se-á através de realizações concretas que criarão, antes de mais, uma solidariedade de facto»⁷³. O federalismo europeu é *evolutivo, incompleto, aberto*. Não visa criar uma união mais perfeita⁷⁴, apenas mais *próxima*. É “cada vez mais”, e por isso, por natureza, *imperfeito; é processo*, e não produto acabado.

Não põe isso em causa, todavia, a essência verdadeiramente federal do projeto europeu, assente que este é numa divisão de competências entre Estados e União que opera através de um processo de delegação *vertical*, de baixo para cima⁷⁵. A construção em pequenos passos, por fases, em etapas, num tempo e num modo de avanços e recuos, de ajustamentos e afinações, afasta a estrutura federal europeia do modelo habitual dos Estados federais, mas não compromete a sua vocação originária para conciliar a diversidade na unidade, repartindo o exercício do poder entre Estados e União, num equilíbrio que se vai testando, descobrindo e construindo ao longo do tempo.

⁷³ Declaração de SCHUMAN, de 9 de maio de 1950, § 3.

⁷⁴ Por contraste com a Constituição dos Estados Unidos da América cujo preâmbulo determina: “*We the People of the United States, in order to form a more perfect union...*”

⁷⁵ LENAERTS (1997), p. 749, distinguindo federalismo *integrativo*, em que a delegação de poderes ocorre de baixo para cima, e *devolutivo*, no qual a delegação opera de forma inversa.

3. A este respeito, coexistiram, desde o início do processo de integração, essencialmente duas visões diferenciadas acerca do modelo a seguir. No essencial, ainda que com matizações, de um lado, encontram-se aqueles que defendem a transferência de importantes poderes decisórios para a União, com a criação de um adequado quadro institucional, tendencialmente de tipo *federal*. Do outro, aqueles que pugnam por uma “Europa dos Estados”, em que estes últimos se mantêm “donos e senhores dos Tratados”, ao leme do processo de integração, centralizando o essencial dos poderes decisórios e exercendo-os em *comum*, num paradigma de cooperação mais próximo do direito internacional clássico.

A esta opção subjaz, na realidade, uma mesma questão de fundo: saber qual o ponto ótimo de equilíbrio entre Estados e União no processo de integração europeia. Do ponto de vista jurídico, a resposta concreta determinará, ou irá determinando, as *características* institucionais da organização que se pretende criar, mas não afeta a *natureza* constitucional e federal em que ela assenta. Com efeito, da qualificação do modelo político da União como federal não decorre nenhuma conclusão quanto à *intensidade* da transferência de competências para a União, em particular quanto ao *tempo*, à *forma* e ao *modo* nos quais tal transferência pode ter lugar⁷⁶. O federalismo é um instrumento jurídico-político aberto e flexível, e compatível, por isso, com uma maior ou menor delegação de poderes, com a definição de quadros institucionais e procedimentos decisórios diversos, permitindo soluções variáveis que espelham diferentes equilíbrios de poder. Sem surpresas, existem modelos federais mais ou menos centralizados; assentes sobretudo ou apenas em competências exclusivas ou predominantemente em competências concorrentes/partilhadas; que obnubilam as unidades federadas ou em que estas ocupam o centro de decisão; nas quais existem mecanismos de resolução de conflitos incontestáveis ou estes escasseiam. É que, enquanto forma de organização de uma comunidade política, o federalismo, tal como o constitucionalismo, funciona apenas como

⁷⁶ ROOBOL (2005), p. 89, notando que para os ingleses a utilização do termo *federal soa* a centralização, ao passo que para os belgas *soa* a descentralização. *Vide*, ainda, RANGEL (2001), p. 807, falando de um federalismo “por dissolução” por contraposição a um federalismo “centralista” que passou a designar a posição daqueles que defendiam uma concentração de poderes na União.

“sistema operativo”⁷⁷: condiciona o processo de governação, mas não determina, por si mesmo, resultados, soluções ou equilíbrios políticos concretos.

Bibliografia

- BESSELINK, Leonard, “The Parameters of Constitutional Conflict after Melloni”, *European Law Review*, Vol. 29, N.º 4, 2014, pp. 531-552.
- BURGESS, Michael, “Introduction: Federalism and Building the European Union”, *Publius*, Vol. 26, N.º 4, Federalism and the European Union, 1996, pp. 1-15.
- CAETANO, Marcello, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6.ª Ed., Coimbra, Almedina, 1990.
- CASSESE, Sabino, “La costituzione europea”, *Quaderni costituzionali*, 1991, Ano XI, N.º 3, pp. 487-508.
- CAVALLONE, Giulia, “European arrest warrant and fundamental rights in decisions rendered in absentia: the extent of Union law in the case C-399/11 *Melloni v. Ministero Fiscale*”, *European Criminal Law Review*, Vol. 4, N.º 1, 2014, pp. 19-40.
- CONSTANTINESCO, Vlad, “Europe fédérale ou fédérations d’États-nations”, in Renaud Dehousse (ed.), *Une constitution pour l’Europe?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2002, pp. 115-149.
- COUTINHO, Francisco Pereira, *Ensinar Direito Constitucional da União Europeia*, Lisboa, Petrony, 2023.
- DASHWOOD, Alan, “The Relationship Between the Member States and the European Community/European Union”, *Common Market Law Review*, Vol. 41, N.º 2, 2004, pp. 355-381.
- DELORS, Jacques, *Mémoires*, Paris, Plon, 2003.
- EECKHOUT, Piet, “The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question”, *Common Market Law Review*, Vol. 39, N.º 5, 2002, pp. 945-994.
- GODINHO, Sónia, “Federalismo e Constituição Europeia”, in Ana Maria Guerra Martins (coord.), *Constitucionalismo Europeu em Crise?: Estudos sobre a Constituição Europeia*, Lisboa, AAFDL, 2006, pp. 19-76.
- HÄBERLE, Peter, “Problemi attuali del federalismo tedesco”, *Giurisprudenza costituzionale*, Ano XXXVII, N.º 4, 1992, pp. 3353-3393.
- HARMAN, Brady, “Maintaining the Balance of Power: A Typology of Primacy Clauses in Federal Systems”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 22, 2015, pp. 703-735.

⁷⁷ WEILER, TRACHTMAN (1996-1997), p. 357, considerando, ainda, que o constitucionalismo é o sistema WINDOWS que foi construído sobre o sistema DOS, vindo do direito internacional público.

- HYPERLINK https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=481347 BESSELINK, Leonard, “The Parameters of Constitutional Conflict after *Melloni*”, *European Law Review*, Vol. 29, N.º 4, 2014, pp. 531-552.
- KOMÁREK, Jan, “Federal Elements in the Community Judicial System – Building Coherence in the Community Legal Order”, *Common Market Law Review*, Vol. 42, N.º 1, 2005, pp. 9-34.
- LENAERTS; Koen, “Federalism: Essential Concepts in Evolution – The Case of the European Union”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 21, 1997, pp. 746-798.
- MACCORMICK, Neil, “Democracy and Subsidiarity in the European Commonwealth”, in *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 137-156.
- MARQUARDT, Paul D., “Subsidiarity and Sovereignty in the European Union”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 18, 1994, pp. 616-640.
- MARTINS, Patrícia Fragoso, “O caso *Kadi* e a fórmula ‘*Solange*’: das relações entre o Direito da União Europeia e ordem jurídica internacional em matéria de direitos fundamentais”, in Marcelo Rebelo de Sousa, Fausto de Quadros, Paulo Otero e Eduardo Vera-Cruz Pinto (coords.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 407-432.
- MCCORMICK, J., *European Union Politics*, Palgrave, Basingstoke, 2011.
- MIRANDA, Jorge, “Federação de Estados”, in J. Bigotte Chorão (coord.), *Enciclopédia Verbo Século XII – Luso-Brasileira de Cultura*, Vol. 11, Lisboa, Verbo, 1999, pp. 972-973.
- MIRANDA, Jorge, “Federalismo”, in J. Bigotte Chorão (coord.), *Enciclopédia Verbo Século XII – Luso-Brasileira de Cultura*, Vol. 11, Lisboa, Verbo, 1999, pp. 976-977.
- MIRANDA, Jorge, “Sobre a Aplicação da ‘Declaração de Bolonha’ às Faculdades de Direito”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 45, N.º 1, 2004, pp. 537-550.
- MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito Internacional Público*, 6.ª Ed., Estoril, Principia, 2016.
- OTERO, “Federação”, in J. Bigotte Chorão (coord.), *Enciclopédia Verbo Século XII – Luso-Brasileira de Cultura*, Vol. 11, Lisboa, Verbo, 1999, pp. 967-968.
- PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª Ed., Coimbra, Almedina, 1993.
- PERNICE, Ingolf, “Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?”, *Common Market Law Review*, Vol. 36, N.º 4, 1999, pp. 703-750.
- PIRES, Francisco Lucas, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, Almedina, 1997.
- PIRIS, Jean-Claude, *The Constitution for Europe: A Legal Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, (Cambridge Studies in European Law and Policy), 2006.
- QUADROS, Fausto, *Direito Comunitário I*, Coimbra, Almedina, 2000.
- QUERMONNE, Jean-Louis, “L’émérgence d’un droit constitutionnel européen”, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 58, N.º 2, 2006, pp. 581-591.

- RANGEL, Paulo Castro, “Introdução ao Federalismo Contemporâneo (I)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, Vol. II, Lisboa, 2001, pp. 789-836.
- ROOBOL, W. H., “Federalism, Sovereignty, etc.”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 1, N.º 1, 2005, pp. 87-91.
- VON BOGDANDY, Armin, “The Legal Case for Unity: the European Union as a Single Organization with a Single Legal System”, *Common Market Law Review*, Vol. 36, N.º 5, 1999, pp. 887-910.
- WALKER, Neil, “Federalism in 3D: The Reimagination of Political Community in the European Union”, *Católica Law Review*, N.º 1, 2017, pp. 67-90.
- WALLACE, W., “Government Without Statehood: The Unstable Equilibrium”, in H. Wallace and W. Wallace (eds.), *Policy-making in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 439-60.
- WATTS, Ronald, “Federalism, Federal Political Systems and Federations”, *Annual Review of Political Science*, N.º 1, 1998, pp. 117-137.
- WEILER, Joseph H. H.; TRACHTMAN, Joel P., “European Constitutionalism and Its Discontents”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 17, 1996-1997, pp. 354-397.



CATÓLICA

RESEARCH CENTRE
FOR THE FUTURE OF LAW

LISBOA



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA



CATÓLICA
Global
School of
Law

Apoio

CRS
CRUZ
ROQUE
SEMÃO
Advogados

RA.
ROGÉRIO ALVES
& ASSOCIADOS
Sociedade de Advogados, SPRL

Colaboradores

André Olivier

Fernando Oliveira e Sá

Giuseppe Mazziotti

Inês Quadros

José Ferreira Gomes

Patrícia Fragoso Martins