



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

# LISBON LAW REVIEW

REVISTA  
DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

2015



Revista da Faculdade de Direito  
da Universidade de Lisboa

---

## **LISBON LAW REVIEW**

---

### **COMISSÃO CIENTÍFICA**

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)

Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)

Jose Luis Diez Ripolles (Universidade de Málaga)

Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontificia de Comillas)

Ken Pennington (Universidade Católica da América)

Marco António Marques da Silva (Pontificia Universidade Católica de São Paulo)

Miodrag Jovanovic (Universidade de Belgrado)

Pedro Ortego Gil (Universidade de Santiago de Compostela)

Pierluigi Chiassoni (Universidade de Génova)

Robert Alexy (Universidade de Kiel)

---

### **DIRECTOR**

Eduardo Vera-Cruz Pinto

---

### **COMISSÃO DE REDAÇÃO**

David Duarte

Diogo Costa Gonçalves

Helena Morão

Miguel Lopes Romão

Miguel Sousa Ferro

---

### **SECRETÁRIO DE REDAÇÃO**

Marisa Quaresma dos Reis

---

### **PROPRIEDADE E SECRETARIADO**

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade - 1649-014 Lisboa - Portugal

---

### **EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO**

#### **LISBON LAW EDITIONS**

Alameda da Universidade - Cidade Universitária - 1649-014 Lisboa

- 
- Editorial**  
**05-08** Nota do Diretor
- 
- Francisco Noronha**  
**09-26** Os instrumentos de ordenamento do espaço marítimo e os conflitos de usos ou atividades na nova Lei de Bases da Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional
- 
- Luís Heleno Terrinha**  
**27-53** The under-complexity of social rights
- 
- Miguel Nogueira de Brito**  
**55-67** Miguel Galvão Teles, Filósofo do Direito
- 
- Paula de Castro Silveira**  
**69-91** Arctic Sunrise V. Russia: The Not So “Hot” Pursuit
- 
- Pedro Fernández Sánchez**  
**93-110** Breve Nota sobre uma Inovação na Jurisprudência Constitucional Portuguesa: Entre o Fortalecimento da Tutela dos Direitos, Liberdades e Garantias com Recurso ao Princípio da Igualdade e o Reconhecimento da Garantia de um Mínimo Existencial
- 
- Ronaldo Souza Borges**  
**111-147** O nexo de causalidade na responsabilidade civil ambiental: o critério do risco como base de imputação de danos
- 
- João Espírito Santo**  
**149-167** The single shareholder company of the Mozambican Commercial Law
- 
- José Manuel Sérvulo Correia**  
**169-180** La Formation d’une Tradition Juridique Administrative Commune aux Etats de l’Europe Démocratique: L’Exemple Gréco-Portugais
- 
- Ruben Ramião**  
**181-195** A Critical Analysis on Robert Alexy’s Theory of Legal Principles



## EDITORIAL

---

Um dos primeiros deveres da comunidade científica é o de estabelecer os seus próprios limites, analisando os pressupostos da sua atividade, reformulando-se e adaptando-se sempre que desse processo analítico, resulte essa necessidade.

A Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa inicia, com este número, uma nova fase da sua já longa existência. Publicada desde 1917, a agora intitulada Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – *Lisbon Law Review* (RFDUL-LLR), pretende acompanhar a evolução dos tempos, assumindo-se como uma revista científica modernizada e na vanguarda do que melhor se faz no mundo, no domínio dos periódicos jurídicos.

Pretendemos, com esta nova imagem e com um novo conceito editorial, chegar aos autores e público internacionais menos habituais da nossa Revista, transcendendo o mercado exclusivamente lusófono. Assim se justifica a adoção do subtítulo em língua inglesa *Lisbon Law Review* (LLR) que reflete uma política editorial tendencialmente bilingue. Digo *tendencialmente* porque publicaremos também textos em espanhol, francês, italiano ou alemão, se o seu interesse científico o justificar.

De periodicidade semestral, espera-se ainda a publicação ocasional de números especiais e temáticos.

Procurando publicar investigação científica de excelência, a Revista, respeitando os princípios éticos que sempre devem orientar a investigação, em especial os corolários da independência e liberdade de investigação, adota agora também uma política de arbitragem dos seus artigos científicos (*double blind peer-review*) de acordo com os mais rigorosos critérios internacionais. Só assim podemos aliar novidade científica a rigor e contribuir para a evolução e desenvolvimento da ciência jurídica.

Este número da RFDUL-LLR reflete ainda a nossa grande abertura à comunidade académica numa perspetiva internacional e intergeracional, incentivando não só os maiores pensadores do Direito do nosso tempo a publicar, mas também os jovens investigadores, plenos de novas ideias e ávidos de desafios.

Como Diretor, devo aqui reconhecer o trabalho de excelência e o empenho da Comissão de Redação de que é espelho esta *nova* Revista. Termina com uma menção muito especial à nossa Comissão Científica, composta por dez ilustres

juristas das mais diversas proveniências: da Universidade de Georgetown à Universidade de Heidelberg, da Universidade de Málaga à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, não podendo deixar de destacar o Ilustre Professor Doutor Robert Alexy, um dos maiores pensadores do Direito do nosso tempo que nos honra com a sua participação nesta Comissão.

Desejo ao Caro Leitor uma desafiante leitura!  
Saudações académicas

O Diretor  
Professor Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto

## **EDITORIAL** (English version)

---

One of the first responsibilities of the legal community is to set its own goals and limits, analysing the assumptions of its scientific activity while reshaping and adapting itself whenever this analytical process so requires. That is precisely what we have tried to do.

With this issue, the journal initiates a new phase of its long existence. Published since 1917, and now using the full title ‘Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Lisbon Law Review (RFDUL-LLR)’, it intends to keep up with the times, as a modernised scientific journal among the best in the world in the field of legal journals.

Through a new image and a new editorial concept we become more appealing to a broader and even more international audience, side by side with those who made it one of the leading legal journals of the Portuguese-speaking world. Hence, the adoption of the subtitle ‘Lisbon Law Review (LLR)’ reflects a new bilingual editorial policy. We will also aim to publish texts in Spanish, French, Italian or German, if their scientific interest so warrants.

The Lisbon Law Review is a biannual publication. Nevertheless, additional thematic issues may be published.

Looking to bring together legal scientific research of excellence, the journal continues to scrupulously respect the ethical principles that guide the editorial process, especially the corollaries of independence and freedom of research. Moreover, from now on, scientific articles will be subject to double-blind peer review according to the most rigorous international criteria. This way, we combine scientific rigour and innovation, contributing to the evolution and development of law.

This issue of the RFDUL-LLR reflects a greater openness to the academic community from an international and intergenerational perspective, encouraging not only the consecrated thinkers of our time in the field of law to submit their papers, but also junior researchers, accommodating new ideas and those who accept the challenges of our times.

As director of the journal, I would like to express my appreciation for the excellent work and commitment shown by the Editing Committee, reflected in this renewed journal. I would also like to address a special word of thanks to our Scientific

Committee, comprising ten distinguished jurists from various backgrounds: from Georgetown University to the University of Heidelberg, from the University of Malaga to the Pontifical Catholic University of São Paulo. I cannot fail to highlight the distinguished Professor Robert Alexy, one of the greatest legal thinkers of our time who honors by integrating this Committee.

I am sure RFDUL-LLR will succeed in getting your attentive and critical reading, as well as committed and innovative collaborations of those who seek to pursue justice through law.

The Director  
Professor Eduardo Vera-Cruz Pinto



## Os instrumentos de ordenamento do espaço marítimo e os conflitos de usos ou atividades na nova Lei de Bases da Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional<sup>1</sup>

Fernando Noronha

**Resumo:** O conceito de Ordenamento do Espaço Marítimo (OEM) é central para uma nova visão holística e integrada do usos e atividades do mar, como é, hoje, reconhecido pela doutrina e por diversos organismos e convenções internacionais, especialmente na medida em que o OEM é um instrumento concretizador da abordagem ecossistémica no meio marinho.

Neste artigo, abordamos os instrumentos de ordenamento do espaço marítimo nacional previstos na Lei de Bases de Ordenamento e Gestão do Espaço Marítimo, os quais se assumem como um eixo fundamental do qual muito dependerá o (in) sucesso da aplicação do diploma e mesmo da polícia de OEM na globalidade.

**Palavras-chave:** Lei de Bases do Ordenamento e Gestão do Espaço Marítimo; Instrumentos de ordenamento; Plano de situação; Planos de alocação

**Abstract:** The concept of Maritime Spatial Planning (MSP) is central to a new holistic and integrated view of the uses and activities of the sea, as it is nowadays recognized by the doctrine and by various international organizations and conventions, particularly for being a tool for implementing the ecosystem approach in the marine environment.

In this article, we focus on the *spatial planning instruments of the national maritime space* foreseen in the Maritime Spatial Planning Framework Law, which

---

1 - O presente artigo retoma, com alterações e atualizações, as considerações expendidas em FRANCISCO NORONHA, *O Ordenamento do Espaço Marítimo – Para o corte com uma visão territorialmente centrada do ordenamento do território*, IAB, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 147-153, e corresponde, aqui de modo mais desenvolvido, à nossa intervenção no âmbito da Conferência “20 anos da entrada em vigor da CNUDM: Portugal e os recentes desenvolvimentos no Direito do Mar”, coorganizada pelo Centro Interdisciplinar de Investigação Marinha e Ambiental (CIIMAR) e pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a qual teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, no dia 29 de Outubro de 2014.

are a fundamental axis on which depends much of the success (or failure) of the enforcement of the law and even the Portuguese MSP policy as a whole.

**Keywords:** Maritime Spatial Planning Framework Law; Spatial planning instruments; Situation Plan; Allocation Plans

## 1. INTRODUÇÃO

A experiência estrangeira revela serem fundamentalmente dois os modos adotados pelos Estados, até a esta parte, para legislarem em matéria de Ordenamento do Espaço Marítimo (OEM):<sup>2</sup> ora criando nova legislação propositadamente para esse efeito (China,<sup>3</sup> Reino Unido<sup>4</sup>); ora reinterpretando e alterando, pontualmente,

---

2 - Acompanhamos SUSAN TALJAARD/LARA VAN NIEKERK, “How supportive are existing national legal regimes for multiuse marine spatial planning? – The South African case”, in *Marine Policy*, Vol. 38, 2013, pp. 73-74.

3 - A Lei da Gestão dos Usos do Mar, aprovada em 2002, estabeleceu, inicialmente, um sistema de planeamento regional e o enquadramento para a gestão integrada da conservação e exploração do mar. A nova legislação ancorou-se em três aspetos fundamentais *i*) a definição de um sistema de licenciamento de atividades no mar; *ii*) o estabelecimento de um sistema de zonamento funcional, divisor do mar em diferentes zonas funcionais, definidas com base em critérios ecológicos e prioridades de uso; e *iii*) a criação de um sistema de taxas para o utilizador que desenvolva atividades no mar. Cfr. FANNY DOUVERE, “The importance of marine spatial planning in advancing ecosystem-based sea use management”, in *Marine Policy*, Vol. 32, Issue 5, September 2008, p. 767. Mais desenvolvidamente, sobre o ordenamento do espaço marítimo chinês, v. QINHUA FANG *et al.*, “Marine Functional Zoning in China: Experience and Prospects”, in *Coastal Management*, Vol. 39, Issue 6, Taylor & Francis, 2011, *passim*.

4 - Elaborado em 2009, o *Marine and Coastal Access Act* ([http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/23/pdfs/ukpga\\_20090023\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/23/pdfs/ukpga_20090023_en.pdf)) lançou as bases para o novo sistema de OEM do Reino Unido e para a criação de planos de ordenamento. Esta lei dividiu o espaço marítimo em 11 regiões marinhas, cada uma das quais com uma zona *inshore* (até às 12 milhas náuticas) e uma zona *offshore* (entre 12 e 200 milhas náuticas), sobre cada uma delas devendo incidir um plano de ordenamento (com exceção do *North West*, para o qual se entendeu elaborar um só plano para as duas zonas). Paralelamente, foi criada uma autoridade administrativa, a *Marine Management Organization* (MMO), responsável pela elaboração dos planos de ordenamento destas regiões. Estes planos são enquadrados e têm de estar em conformidade com o *Marine Policy Statement* (2011) ([https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/69322/pb3654-marine-policy-statement110316.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/69322/pb3654-marine-policy-statement110316.pdf)), documento que define as grandes opções políticas para o desenvolvimento sustentável das regiões marinhas. Cfr. CHARLES EHLE/FANNY DOUVERE, “An International Perspective on Marine Spatial Planning Initiatives”, in *Environments*, Vol. 37 (3),

a legislação já existente, quer aquela atinente ao ambiente ou ao ordenamento do espaço terrestre (estendendo esta ao espaço marítimo), quer aquela relativa à Gestão Integrada da Zona Costeira (GIZC)<sup>5</sup> (Noruega,<sup>6</sup> Alemanha<sup>7</sup>)<sup>8</sup>.

No caso português, o legislador optou pela criação, *ex novo*, de uma Lei de Bases. A Lei n.º 17/2014, de 10 de Abril, que estabelece as Bases da Política de

2010, p. 13. Mais desenvolvidamente, PETRA DRANKIER, “Embedding Maritime Spatial Planning in National Legal Frameworks”, in *Journal of Environmental Policy & Planning*, Vol. 14, No. 1, March 2012, Taylor & Francis, March 2012, pp. 19-21.

5 - Na legislação nacional, vide o Despacho n.º 19 212/2005 (2.ª Série) e a Resolução do Conselho de Ministros n.º 82/2009, de 8 de setembro, que aprova a Estratégia Nacional para a Gestão Integrada da Zona Costeira (ENGIZC).

6 - Em contacto com o Mar do Norte, o Mar da Noruega e o Mar de Barents, o objetivo do Estado norueguês é alcançar, em 2013, o ordenamento de todo o espaço marítimo sob sua soberania ou jurisdição, estando em vigor, desde 2006, o Plano de Gestão Integrada do Mar de Barents e da zona marítima ao largo das ilhas Lofotten. Cfr. CHARLES EHLER/FANNY DOUVERE, “An International Perspective”, *ob. cit.*, pp. 14-15. Para uma análise da política “descarga zero” em matéria de petróleo adotada no Mar de Barents e suas imbricações com o princípio da precaução, veja-se MAAIKE KNOL, “The uncertainties of precaution: Zero discharges in the Barents Sea”, in *Marine Policy*, Vol 35, Issue 3, 2011, pp. 399-404. Sobre o Plano de Gestão Integrada do Mar da Noruega, que se inspirou naquele pensado para o Mar de Barents, cfr. GEIR OTTERSEN *et al.*, “The Norwegian plan for integrated ecosystem-based management of the marine environment in the Norwegian Sea”, in *Marine Policy*, Vol. 35, Issue 3, 2011, pp. 389-398 (*vide*, também, [http://www.regjeringen.no/pages/2243615/PDFS/STM200820090037000EN\\_PDFS.pdf](http://www.regjeringen.no/pages/2243615/PDFS/STM200820090037000EN_PDFS.pdf)). Por sua vez, o Plano de Gestão Integrada do Mar do Norte está a ser ultimado, estando prevista a sua entrada em vigor ainda este ano. Cfr. <http://www.klif.no/english/english/Areas-of-activity/Integrated-management-plan-for-the-North-Sea-and-Skagerrak/>.

7 - É também o caso da África do Sul. Veja-se SUSAN TALJAARD/LARA VAN NIEKERK, *ob. cit.*, pp. 77-78.

8 - Para um apanhado das experiências legislativas de OEM em alguns Estados da União Europeia (v., com especial interesse, o Estado belga), cfr. FRANCISCO NORONHA, *O Ordenamento do Espaço Marítimo*, *ob. cit.*, p. 115 e ss.. Recentemente, foi publicado, na Bélgica, o Decreto-Real de 20 Março de 2014, que instituiu o *Belgian Spatial Plan for the Belgian part of the North Sea*, o qual pode ser consultado em <http://www.health.belgium.be/eportal/Environment/Environmentalrigh/Environmentalrights/PublicConsultations/seaspatialplan/index.htm>. V., para o Reino Unido, HANCE D. SMITH *et al.*, “The Spatial Development Basis of Marine Spatial Planning in the United Kingdom”, in *Journal of Environmental Policy & Planning*, Volume 14, No. 1, March 2012, pp. 29-47. Em França, *vide* BRICE TROUILLET *et al.*, “Planing the sea: The French experience. Contribution to marine spatial planning perspectives”, in *Marine Policy*, Volume 35, London, UK, Pergamon, 2011, pp. 324-334. Para uma perspetiva dos avanços no país vizinho, cfr. JUAN LUIS SUÁREZ DE VIVERO/JUAN CARLOS RODRÍGUEZ MATEOS, “The Spanish approach to marine spatial planning. Marine Strategy Framework Directive vs. EU Integrated Maritime Policy”, in *Marine Policy*, Volume 36, London, UK, Pergamon, 2012, pp. 18-27. V., ainda, CHARLES EHLER/FANNY DOUVERE, “An International Perspective”, *ob. cit.*, pp. 9-20, e o apanhado global (inclusive de países que não europeus) e conciso de STEPHEN JAY *et al.*, “International Progress in Marine Spatial Planning”, in *Ocean Yearbook 27*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, , 2013, pp. 171-212.

Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional (LBPOGEMN), constitui o primeiro passo<sup>9</sup> no ordenamento do espaço marítimo dado pelo Estado português, tendo o diploma sido anunciado numa ótica de simplificação e celeridade do licenciamento de atividades económicas no mar, através da desmaterialização dos procedimentos (a ter lugar, no futuro, em plataforma eletrónica) e da integração dos diferentes controlos num só procedimento.<sup>10</sup>

A análise que se segue focar-se-á, sobretudo, nos instrumentos de ordenamento do espaço marítimo (arts. 7.º a 10.º) – eixo fundamental pelo qual passará grande parte do sucesso (ou insucesso) da aplicação da Lei de Bases e mesmo da política de ordenamento do espaço marítimo na sua globalidade – e, num segundo momento, nos conflitos de usos e actividades (art. 11.º). Precipitaremos a nossa atenção sobre os pontos que julgamos mais relevantes, mormente, naqueles que, em nosso modo de ver, mais dúvidas suscitam.<sup>11</sup>

## 2. OS INSTRUMENTOS DE ORDENAMENTO DO ESPAÇO MARÍTIMO NACIONAL

**2.1.** O art. 7.º indica – taxativamente – os dois instrumentos de ordenamento do *espaço marítimo nacional*,<sup>12</sup> embora deles não identificando a sua natureza

---

9 - Dizemos o “primeiro” passo – descontado o abortado Plano de Ordenamento do Espaço Marítimo (POEM), conforme Despacho 14449/2012 – pois é o próprio diploma a anunciar a criação futura de cinco outros diplomas, que com ele se articularão.

10 - Cfr. Comunicado do Conselho de Ministros de 13 de março de 2013 (<http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministro-da-presidencia-e-dos-assuntos-parlamentares/documentos-oficiais/20130313-cm-comunicado.aspx>). Note-se, contudo, que absolutamente nada de substancial é dito a este propósito na LBPOGEMN, pelo que é de supor que a sua concretização ocorra no âmbito do futuro regime jurídico dos títulos de utilização privativa do espaço marítimo (cfr. al. c) do art. 30.º).

11 - Não nos coibiremos de fazer referência, quando se justifique, aos Pareceres de algumas das entidades ouvidas na Assembleia da República no decorrer do processo legislativo percorrido pela Lei de Bases (v. <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=37600>).

12 - No art. 2.º, 1, LBPOGEMN, o legislador define o que entende por *espaço marítimo nacional*, o qual se estende desde as linhas de base (identificadas nos n.ºs 2 e 3) até ao limite exterior da plataforma continental *para além das 200 milhas marítimas* (plataforma continental *estendida*), abrangendo o mar territorial, a ZEE e a plataforma continental aquém e além das preditas 200 milhas marítimas, conceitos cuja definição se há de buscar, necessariamente e em primeira linha, na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), e, seguidamente, no direito interno (Lei n.º 34/2006, de 28 de Julho). Ora, na redação do n.º 1 do art. 2.º, importa supreender o seguinte: a ZEE não faz parte, *in totum*, do domínio público marítimo, apenas detendo essa qualidade (a da dominialidade)

jurídica,<sup>13</sup> nem fixando, em contracorrente com a Lei n.º 31/2014<sup>14</sup> (art. 46.º), a sua eficácia jurídica.

De um lado, temos os *planos de situação* de áreas e/ou volumes<sup>15</sup> das zonas do espaço marítimo, dirigidos à identificação dos sítios de proteção e preservação do meio marinho e à distribuição espacial e temporal dos usos e atividades atuais e potenciais (al. a) do n.º 1 do art. 7º). Trata-se, no fundo, de um “mapeamento”, de uma “cartografia” ou “radiografia” daquilo que existe, ou, para utilizar o jargão caro à doutrina urbanística em matéria de funções dos planos, trata-se da *inventariação da realidade existente*.<sup>16</sup> Uma inventariação quer se quer *fáctica*, com o diagnóstico e caracterização da situação biológica, geológica, etc., existente, assim como da estrutura ecológica das áreas ou volumes em causa; e *jurídica*, com a identificação

---

os recursos aí existentes, de fora ficando, pois, as águas (coluna de água e a superfície) da ZEE. Esta precisão não é de somenos, na medida em que, no Capítulo III (art. 15.º e ss.), o legislador se refere à *utilização* (*maxime*, uso privativo) do *espaço marítimo nacional*. Mais do que o mau casamento de um termo técnico (*utilização*, o qual “pede” o objeto domínio público) com outro de caráter, essencialmente, político-legislativo (ao menos na ausência de uma clarificação dogmática superadora), saltam à vista dois aspetos: *i*) a possibilidade, aparentemente admitida pelo legislador, da *utilização, em regime dominial*, de *toda* a ZEE (v.g., atribuição de licenças ou concessões para utilização das águas da ZEE); e *ii*) derivada do primeiro, a natureza dominial de *toda* a ZEE. Ambas as hipóteses estão perfeitamente desalinhas quer com o regime constitucional e legal disciplinador do domínio público, quer com o regime jus internacional (CNUDM, desde logo) regulador da ZEE. Neste ponto, e como já nos pronunciámos, cremos que se impõe, sobretudo por uma questão de rigor dogmático, a interpretação corretiva do preceito, sem menoscabo de admitirmos, com MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Títulos de utilização e exploração do domínio público marítimo”, in RUI GUERRA DA FONSECA/MIGUEL ASSIS RAIMUNDO (Coord.), *Direito Administrativo do Mar*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 148-153, a possibilidade de se estender, analogicamente e com as necessárias adaptações, a aplicação do regime de utilização do domínio público marítimo a zonas marítimas não pertencentes ao domínio público marítimo. Mas isso é terreno que deve ser deixado ao labor da doutrina e da jurisprudência; coisa diferente é o legislador, temerariamente e de uma penada só, atentar ostensivamente contra todo um edifício dogmático. Sobre o que vimos de dizer, cfr. FRANCISCO NORONHA, *O Ordenamento do Espaço Marítimo*, *ob. cit.*, pp. 37-58, pp. 97-98, pp. 141-142, pp. 93-100 e p. 143.

13 - Sublinhando este aspeto, v. Parecer da Administração dos Portos da Região Autónoma da Madeira (APRAM) (não publicado), p. 3.

14 - Estabelece as bases gerais da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo, revogando a antiga Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo (Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto).

15 - Latente na consideração das *áreas* e *volumes* das zonas do espaço marítimo está a natureza *tridimensional* do mar (fundos marinhos, coluna de água e superfície), que permite a coexistência, no mesmo espaço e em simultâneo, de múltiplos usos. Dessa coexistência resultando conflitos de usos e atividades, a que nos referiremos no comentário ao art. 11.º do diploma.

16 - Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 363-366.

dos sítios de proteção e preservação do meio marinho<sup>17</sup> e dos títulos de utilização privativa (licenças, concessões) do domínio público marítimo preexistentes à data de entrada em vigor da LBPOGEMN, cuja validade é salvaguardada pela lei, no art. 32.º, 2.

Do outro, os *planos de afetação*, que, como o nome indica, afetam ou alocam determinadas áreas e/ou volumes das zonas do espaço marítimo a diferentes usos e atividades (al. b) do n.º 1 do art. 7.º).

Quanto aos planos de afetação, a sua aprovação é “precedida da avaliação dos efeitos dos planos no ambiente, nos termos legalmente previstos” (art. 7.º, 2), remissão, *il va sans dire*, para o Regime de Avaliação Ambiental Estratégica (RJAAE)<sup>18</sup> (e não para o Regime de Avaliação de Impacte Ambiental,<sup>19</sup> confinado a projetos individuais, detalhados e de curto prazo) – remissão favorecida, de resto, pela cláusula geral plasmada na al. c) do n.º 1 do art. 3.º desse diploma<sup>20-21</sup>.

---

17 - A este título, serão relevantes, designadamente e desde logo, além, obviamente, das Áreas Marinhas Protegidas, as Zonas de Proteção Especial (ZPE) de espécies de aves migratórias (*Diretiva Aves* – Diretiva n.º 79/409/CEE, de 24 de abril) e as Zonas Especiais de Conservação (ZEC) de sítios que acolham *habitats* ou espécies de plantas e animais (*Diretiva Habitats* – Diretiva n.º 92/43/CEE, do Conselho, de 21 de maio). O regime da Rede Natura 2000 foi transposto para o ordenamento jurídico português pelo DL n.º 140/99, de 24 de abril, com a última redação que lhe foi dada pelo DL n.º 49/2005, de 24 de fevereiro. De resto, a Rede Natura 2000 foi um dos indutores da aproximação do direito da UE ao conceito de OEM, porquanto a delimitação de tais zonas – que podem localizar-se, e acontece que se localizam frequentemente, no meio marinho – tem como escopo essencial a proteção e conservação da biodiversidade, aspeto central no OEM e na abordagem ecossistémica por que este é informado. FRANCISCO NORONHA, *O Ordenamento do Espaço Marítimo*, *ob. cit.*, p. 86, nt. 396. Sobre as imbricações entre o regime da Rede Natura 2000 e a proteção da biodiversidade marinha, cfr. MARTA CHANTAL RIBEIRO, “Rede Natura 2000: os desafios da protecção da biodiversidade marinha no dealbar do século XXI”, in *Temas de Integração (After Fifty Years: The Coming Challenges – Governance and Sustainable Development / 50 Anos Passados: Os Desafios do Futuro – Governança e Desenvolvimento Sustentável)*, n.º 25, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 165-233. No tema das Áreas Marinhas Protegidas, v., por todos, MARTA CHANTAL RIBEIRO, *A protecção da biodiversidade marinha através de áreas protegidas*, *ob. cit.*, *passim*.

18 - DL n.º 232/2007, de 15 de Junho, com a última redação dada pelo DL n.º 58/2011, de 4 de Maio.

19 - Decreto-Lei n.º 151-B/2013, de 31 de outubro.

20 - Guindando a avaliação dos impactos ambientais significativos (designadamente, com efeitos transfronteiriços) a “um dos primeiros princípios solidamente assentes de um «Direito Administrativo Global»”, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Títulos de utilização e exploração do domínio público marítimo”, *ob. cit.*, p. 149. A avaliação de impacto ambiental, expressamente prevista no Princípio 17 da Declaração do Rio, já foi mesmo elevada a princípio de Direito Internacional geral, quer pelo Tribunal Internacional de Justiça, quer pelo Tribunal Internacional para o Direito do Mar. Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, 2.ª Edição, AAFDL, Lisboa, 2014, pp.141-143.

21 - Sobre a avaliação ambiental dos planos de OEM, cfr. FRANCISCO NORONHA, *O Ordenamento do Espaço Marítimo*, *ob. cit.*, pp. 78-80. Uma das grandes virtudes do RJAAE reside no facto de

No domínio do OEM, a avaliação ambiental assome com uma importância significativa, porquanto, como é sabido, os ecossistemas marinhos se revestem de uma estrutura altamente complexa e dinâmica. Com efeito, estes ecossistemas articulam-se e encaixam-se uns nos outros, como uma boneca “*matriosca*”, na expressão feliz de MARTA CHANTAL RIBEIRO.<sup>22</sup> Com isto queremos dizer que de cada ecossistema resulta uma multiplicidade de subecossistemas, de cada um destes se desdobrando um novo conjunto de subecossistemas e assim sucessivamente, “até ao limite a partir do qual entramos numa subdivisão em *habitats*”.<sup>23</sup>

De tudo isto resulta, portanto, que os perímetros dos ecossistemas marinhos podem não coincidir, de todo, com as fronteiras territoriais (artificiais, *hoc sensu*) entre os Estados, muitas vezes podendo instalar-se, e instalando-se frequentemente, por águas sob soberania ou jurisdição de dois ou mais Estados.<sup>24</sup>

Por isso que, neste âmbito, o art. 8.º, 2, RJAAE, se afigura um expediente muitíssimo útil, na medida em que prevê a possibilidade de os Estados membros da UE encetarem, sempre que um plano de OEM seja susceptível de produzir efeitos significativos no ambiente de outro Estado membro da UE ou sempre que

---

ela atuar num *momento anterior* ao RJAAE, escrutinando os inconvenientes ambientes para cuja prevenção a AIA poderia vir já tarde demais (i.e., num momento em que os danos já se produziram) – trata-se, como sintetiza ALVES CORREIA, de uma aplicação *mais recuada* do princípio da prevenção. Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, “A Avaliação Ambiental de Planos e Programas: um instituto de reforço da proteção do ambiente no Direito do Urbanismo”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 477-478. Quanto à avaliação ambiental dos planos urbanísticos (espaço terrestre), vide FRANCISCO NORONHA, “A avaliação ambiental estratégica no âmbito do RJIGT – estudo das imbricações procedimentais e substantivas da avaliação ambiental dos planos urbanísticos”, in *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, N.º 32, Ano XVI, CEDOUA, 2014, pp. 67-95.

22 - MARTA CHANTAL RIBEIRO, *A protecção da biodiversidade marinha através de áreas protegidas nos espaços marítimos sob a soberania ou jurisdição do Estado: discussões e soluções jurídicas contemporâneas. O caso português*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 441.

23 - *Ibidem*, p. 444. Como se lê na declaração conjunta da HELCOM e da Comissão OSPAR, “o meio marinho é a um só tempo um ecossistema e uma rede de ecossistemas imbricados uns nos outros. Comissão HELCOM e Comissão OSPAR, *Vers une approche écosystémique en matière de gestion des activités de l’homme*, Anexo 5, ponto 3 ([http://www.ospar.org/content/content.asp?menu=30430109150000\\_000000\\_000000](http://www.ospar.org/content/content.asp?menu=30430109150000_000000_000000)).

24 - Sublinhando este mesmo aspeto, PETRA DRANKIER, *ob. cit.*, p. 14. A Autora (p. 22) destaca, ainda, o papel da Convenção OSPAR, cuja mais-valia, no que respeita à consulta sobre os efeitos transfronteiriços dos planos, reside no facto de não se restringir à vertente ambiental, incluindo, também, as vertentes económica e social. Na falta de vontade política dos Estados neste sentido, PETRA DRANKIER defende que, devendo aquelas vertentes ser consideradas, a solução passará pela sua inclusão nas normas internas de cada Estado ou numa alteração à diretiva relativa à avaliação dos efeitos de planos e programas no ambiente (Directiva 2001/42/CE).

um Estado susceptível de ser afectado significativamente o solicitar, uma consulta mútua, no espírito, assinale-se, do princípio da cooperação e coordenação regional e transfronteiriça, plasmado na al. e) do art. 3.º, LBPOGEMN – se bem que este último preceito, ao referir-se a “outros Estados”, possua um alcance mais vasto que o art.8.º, 2, RJAAE, que se cinge aos Estados membros da EU.<sup>25</sup>

O n.º 3 consagra o *efeito de integração automática* dos planos de afetação nos planos de situação, na medida em que os primeiros, uma vez aprovados, são “automaticamente integrados” nos segundos, sem que, contudo, se descortinem, com precisão, as consequências jurídico-práticas de tal efeito integrativo.<sup>26</sup> Talvez mais relevante é, porém, a relação de hierarquia para que o preceito aponta: estatuidando o legislador que os planos de afetação *devem ser compatíveis ou compatibilizados* com os planos de situação, estamos em crer que, em matéria de relações entre os planos, é consagrado o princípio da hierarquia na sua modalidade mitigada, i.e., menos exigente, termos em que é o princípio da compatibilidade – e não o princípio da conformidade – o princípio retor. O que acaba de ser dito traduz-se, então, na circunstância de o plano hierarquicamente inferior (plano de afetação) dever respeitar as diretivas e as grandes linhas programáticas do plano hierarquicamente superior (plano de situação), não podendo conter normas *contrárias* ou *incompatíveis* com as deste último.<sup>27</sup>

Em nosso entender, tanto a natureza como a eficácia jurídica dos sobreditos planos deveriam constar da lei, sob pena de interpretações díspares<sup>28</sup> e mesmo

---

25 - Na Diretiva 2014/89/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de julho de 2014 que estabelece um quadro para o ordenamento do espaço marítimo, os arts. 11.º e 12.º regulam, respetivamente, a cooperação do Estado com outros Estados-Membros da UE e com países terceiros, particularmente em questões de natureza transfronteiriça. Quanto à cooperação no seio da UE, esta é concretizada, segundo o art. 11.º, 2, através de estruturas regionais de cooperação institucional (como convenções marinhas regionais, v.g., Convenção OSPAR); redes constituída pelas autoridades que, em cada Estado, sejam responsáveis pela execução da Diretiva (as quais vêm previstas no art. 13.º); e outros mecanismos avulsos, no contexto das estratégias em matérias de bacias marítimas (Mar Báltico, Mar Negro, Mar Mediterrâneo, Mar do Norte, Oceano Atlântico e Oceano Ártico).

26 - Note-se na pena redundante do legislador quando, neste mesmo art. 7.º, 3, estatuí que os “planos de afetação *devem ser compatíveis ou compatibilizados* com os planos de situação (...)” (it. nossos). Em socorro do legislador (art. 9.º, 3, CC), sempre se poderá dizer que o plano de afetação tem de ser *compatível* com o plano de situação quando a sua criação tenha ocorra em momento *posterior* a este último; e que o plano de afetação tem de ser *compatibilizado* quando, criado em momento *anterior* ao plano de situação, algumas das suas normas entrem em colisão com as deste último.

27 - Cfr. ALVES CORREIA, *Manual, ob. cit.*, pp. 497-498.

28 - O Parecer CNADS, p. 7, por exemplo, vê nestes planos os equivalentes marítimos das Cartas de Usos do Solo. Não é esse o nosso entender, ao menos no que respeita aos planos de afetação, como deixamos expresso em texto.



de ambiguidades quanto à aplicação prática dos planos, desde logo para efeitos contenciosos. Numa classificação doutrinal já clássica assente na eficácia jurídica dos planos – aquilatada em função do círculo de destinatários e do grau de vinculatividade dos seus preceitos –, sói falar-se de *autoplanificação*, *heteroplanificação* e *planificação plurisubjetiva*. Na primeira, trata-se de planos cuja eficácia se confina aos entes públicos que os elaboram e aprovam; na segunda, a eficácia é alargada, para além dos entes públicos que os elaboram e aprovam, a outros entes públicos; finalmente, e para o que mais no interessa, são planos de eficácia plurisubjetiva aqueles cujas normas vinculam direta e imediatamente os particulares.<sup>29</sup>

Da definição da eficácia jurídica dos planos decorre uma consequência maior, a saber, a delimitação dos contornos da sua impugnabilidade jurisdicional.<sup>30</sup> Ora, a este respeito, temos para nós que foi intenção do legislador, ao menos no que concerne aos planos de afetação, fazer deles planos de *natureza regulamentar*<sup>31</sup> e munidos de *eficácia plurisubjetiva*,<sup>32</sup> e, como tal, diretamente impugnáveis pelos particulares em sede jurisdicional. Efetivamente, uma vez que apenas esta categoria de planos – a dos planos com eficácia plurisubjetiva; já não as outras duas categorias enunciadas – se mostra suscetível de impugnação contenciosa direta pelos particulares, nos termos do art. 268.º, 5, da Lei Fundamental,<sup>33</sup> parece-nos de toda a conveniência que, atenta a natureza prescritiva – e, por isso, potencialmente lesiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares munidos do respetivo título de utilização privativa – dos comandos dos planos de afetação, estes possam vir a ser impugnados diretamente pelos particulares nos tribunais.<sup>34</sup>

---

29 - Cfr. ALVES CORREIA, *Manual, ob. cit.*, pp. 384-391.

30 - *Ibidem*, p. 700 e ss..

31 - Tenha-se presente que, pese embora os dissensos doutrinários quanto à natureza jurídica dos planos, estes vêm sendo perspetivados – desde logo para efeitos contenciosos – como regulamentos (i.e., normas). Cfr. ALVES CORREIA, *ob. cit.*, pp. 602-643.

32 - À semelhança dos planos intermunicipais e municipais, vigentes no espaço terrestre. Cfr. art. 46.º, 2, Lei 31/2014.

33 - ALVES CORREIA, *Manual, ob. cit.*, p. 707.

34 - A título de curiosidade, recorde-se que um dos grandes *handicaps* que desde o início se assacou ao abortado POEM foi a sua natureza *sectorial*, o que fazia dele um instrumento não de ordenamento, mas de *gestão* do território (cfr. art. 35.º e ss. do RJIGT), por isso que desprovido de eficácia plurisubjetiva face aos particulares, apenas vinculando, nessa medida, as entidades públicas. Aspeto manifestamente incompreensível, de facto, se se tiver presente, desde logo, a natureza dominial das águas interiores, do mar territorial, dos recursos da ZEE e da plataforma continental. Sobre esta e outras questões relacionadas com o POEM, veja-se o apanhado sumário de

Tudo somado, parece-nos relativamente pobre o enquadramento jurídico que é feito dos dois instrumentos de ordenamento citados, circunstância particularmente preocupante quando não se entrevê outro lugar onde o possa ser desenvolvido, visto que o diploma previsto na al. b) do art. 30.º apenas diz respeito ao regime de *elaboração, alteração, revisão e suspensão* desses instrumentos. Por isso, e em alternativa, conveniente se teria mostrado a previsão da criação de um diploma complementar de objeto mais amplo, abrangendo não apenas aqueles incidentes, mas regulando, ainda, de um ponto de vista substancial, o regime dos planos de ordenamento, à semelhança do que acontece com o RJIGT<sup>35</sup> (v. arts. 1.º a 25.º), através, designadamente, da incorporação de uma componente de programação e respetiva execução.<sup>36</sup> Ou seja: um regime *jurídico*, em detrimento de um regime exclusivamente *procedimental*.

**2.2.** O art. 8.º define quais as autoridades competentes para a elaboração e aprovação dos planos, com claro protagonismo para a administração central. Assim, se a *aprovação é sempre* da competência do Governo (art. 8.º, 4), a *elaboração* compete também, em regra, ao Governo, ouvidos os órgãos de governo das Regiões Autónomas (art. 8.º, 1), pertencendo àquele órgão em exclusivo (sem prejuízo da referida consulta) quando os planos respeitarem à plataforma continental estendida (art. 8.º, 3).<sup>37-38</sup> No caso de planos respeitantes a zonas

---

SOFIA GALVÃO, “Plano de Ordenamento do Espaço Marítimo. Acesso ao mar e uso do mar: que quadro jurídico?”, Seminário *Gestão e Licenciamento de Actividades Económicas no Espaço Marítimo*, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas/Esri Portugal, 14 de fevereiro de 2012, disponível em <http://www.esriportugal.pt/files/7013/3785/7916/Sofia%20Galvao.pdf>. Relativamente à natureza dominial dos bens marítimos referidos, cfr. FRANCISCO NORONHA, *O Ordenamento do Espaço Marítimo*, *ob. cit.*, pp. 97-100.

35 - Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro, com a última redação que lhe foi dada pelo DL n.º 2/2011, de 6 de janeiro.

36 - Em sentido próximo, v. Parecer da Secretaria Regional do Ambiente e dos Recursos Naturais do Governo Regional da Madeira, p. 3 e p. 6.

37 - O que pode conflitar com o regime do Parque Marinho dos Açores e a gestão das suas áreas protegidas da competência do governo da Região Autónoma do Açores. Cfr. DL n.º 15/2007-A, de 25 de junho, que define o Parque Marinho dos Açores como um dos tipos de Áreas Protegidas (v., espec., art. 6.º), e DL n.º 28/2011-A, que o estrutura e define o Plano de Ordenamento do Espaço Marítimo dos Açores (POEMA) como instrumento de gestão. Daí que, na Resolução da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores n.º 15/2013/A, se clame por uma competência “conjunta” (melhor concorrente, com audição mútua) na elaboração dos planos respeitantes à plataforma continental estendida.

38 - Não se obriga o porquê de se redigirem dois números (n.º 1 e n.º 3) cujo conteúdo podia ser inserto num só: “Os instrumentos de ordenamento do espaço marítimo nacional que respeitem à (...) e à plataforma continental *até e para além* das 200 milhas marítimas (...)”. Por outro lado, o

marítimas adjacentes aos arquipélagos dos Açores ou da Madeira, a competência para a *elaboração é concorrente*, estando na disposição quer do Governo (ouvidos os órgãos de governo das Regiões Autónomas, por maioria de razão, em face do n.º 1), quer do Governo Regional, ouvido o Governo (art. 8.º, 2).<sup>39</sup>

Neste último caso, porém, a competência para a *aprovação* continua a pertencer ao Governo.<sup>40</sup>

O art. 8.º, 5, abre caminho, se bem vemos as coisas, e na linha do art. 6.º-A,

---

facto de, à uma, se falar em “consulta prévia” (n.ºs 1 e 2), e, à, outra, se utilizar a expressão “ouvidas as regiões autónomas” (n.º 3), não beneficia o rigor e a clareza da norma, sendo certo que, em termos substanciais, nenhuma diferença pareça advir dessa falta de uniformidade. Certo é que em todos os casos nos quais é o Governo central o responsável pela elaboração dos planos, o legislador assegurou a participação dos governos das regiões autónomas, em sintonia com a al. s) do n.º 1 do art. 227.º, CRP. Sobre o procedimento de audição dos governos das regiões autónomas, cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo III*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 381-383.

39 - Neste ponto, poder-se-ia eventualmente ter equacionado a definição de uma competência exclusiva (em vez de concorrente) dos governos autonómicos, numa lógica de subsidiariedade.

40 - A este respeito não se podendo falar, pois, de uma autêntica autonomia decisória ou deliberativa. Por isto e por aquilo que se disse anteriormente em rodapé a propósito do Parque Marinho dos Açores é que a dúvida sobre a (in)constitucionalidade do diploma já foi levantada, o qual foi alvo de críticas (*comme il faut*) nos Pareceres emitidos pelas diferentes entidades das Regiões Autónomas, nos quais se consideraram desrespeitados os princípios da autonomia e da subsidiariedade que decorrem quer da Constituição, quer dos seus respetivos Estatutos Político-Administrativos. Não sendo o tempo e o espaço próprios para debater o assunto, tenha-se presente que o art. 5.º, sob a epígrafe de “Competência”, investe o Governo (n.º 1) na competência de promover políticas ativas e prosseguir as atividades necessárias à aplicação da lei e desenvolver e coordenar as ações necessárias, e um membro do Governo (n.º 2) na de assegurar a devida articulação e compatibilização [do ordenamento e gestão espacial do espaço marítimo nacional] com o ordenamento e a gestão do espaço terrestre (cfr. art. 27, 2.º). Sem prejuízo, depõe o n.º 2, dos *poderes exercidos no quadro de uma gestão partilhada com as regiões autónomas*, inciso que, aditado à Proposta de Lei, pretendeu, indistintamente, esbater as dúvidas de (in)constitucionalidade que a redação anterior – idêntica mas amputada do predito inciso – levantava em face do Estatuto de Autonomia Político-Administrativa das Regiões Autónomas e do princípio da subsidiariedade, ambos garantidos pela CRP. O que, na prática, se veio a revelar, e independentemente da posição que se tenha sobre a concreta (in)constitucionalidade do diploma neste ponto, uma mera operação de cosmética, atenta a manutenção do preceituado no art. 8.º. Cfr. o Estatuto Político-Administrativo dos Açores – Lei 39/80, de 5 de Agosto, com a última redação que lhe foi dada pela Lei 2/2009, de 12 de janeiro (espec., arts. 8.º e 57.º) – e o Estatuto Político-Administrativo da Madeira – Lei 13/91, de 5 de Junho, com a última redação que lhe foi dada pela Lei 12/2000, de 21 de junho (espec., als. f), i), j), mm), oo) e pp) do art. 40.º). Quanto ao princípio da gestão partilhada, vide o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 315/2014, de 1 de Abril (cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140315.html>), que, reconhecendo a sua previsão no Estatuto Político-Administrativo dos Açores (art. 8.º, 3), alerta para a necessidade da sua definição em enquadramento legislativo próprio.

RJIGT,<sup>41</sup> para os *contratos para planeamento*, na medida em que permite aos interessados apresentarem ao membro do Governo responsável pela área do mar<sup>42</sup> “propostas de elaboração de planos de afetação”.<sup>43</sup> Se bem que, note-se, aquela disposição do RJIGT abranja, por um lado, não só a elaboração do plano, como a alteração e a revisão do mesmo; e, por outro, não só o *planeamento*, como a própria *execução* do plano. Também aqui, aquilo que o legislador vier a prescrever no futuro regime jurídico de elaboração, alteração revisão e suspensão dos instrumentos será decisivo para a cabal compreensão do alcance da norma.

**2.3.** O art. 9.º revela-se assaz problemático: tem por epígrafe “*alteração e revisão dos instrumentos de ordenamento*”, mas cinge-se, a bem dizer, aos *planos de situação*, e apenas aos casos de *alteração*, remetendo o procedimento de revisão para diploma próprio.<sup>44</sup>

Dos dois fundamentos aí previstos<sup>45</sup> – taxativamente, tudo leva a crer – para a alteração dos planos de situação, estranha-se o vertido na al. b), referente à aprovação de planos de afetação. É que, lendo o art. 7.º, 3, o que se retém é a

---

41 - Sobre a polémica doutrinária quanto à admissibilidade dos contratos para planeamento e de execução antes do DL n.º 316/2007, de 19 de Setembro, cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA/DULCE LOPES, “O Papel dos Privados no Planeamento”, in *RJUA*, n.º 20, Almedina, Coimbra, 2003, pp 64-79. Os contratos urbanísticos constituem um reflexo do fenómeno do *urbanismo de concertação*, que entronca, mais genericamente, na hodiernamente chamada Administração *de consenso*, ou seja, uma Administração menos vertical (autoritária) que horizontal (de diálogo). Sobre isto, vide JORGE JORGE ANDRÉ ALVES CORREIA, *Contratos Urbanísticos – Concertação, Contratação e Neocontratualismo no Direito do Urbanismo*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 15-47. Quanto à concreta questão de saber se, por via dos contratos para planeamento, é de admitir a realização da avaliação ambiental por particulares, cfr. o nosso parecer negativo em FRANCISCO NORONHA, “Os contratos para planeamento e a (in) admissibilidade de contratualização da avaliação ambiental”, in *Revista Ab Instantia*, Ano I, n.º 1, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 81-97.

42 - Não nos parece razoável que, no caso de planos de afetação de zonas marítimas adjacentes aos arquipélagos da Madeira e dos Açores, especialmente quando os mesmos tenham sido elaborados pelos órgãos de governo regionais (art. 8.º, 2), deva ser a uma entidade da administração central que os particulares tenham de dirigir as suas propostas. Também por aqui se poderá eventualmente apontar para um desrespeito pelo princípio da subsidiariedade.

43 - Inútil, porque redundante, o inciso “referidos na alínea b) do n.º 1 do artigo 6.º” que se segue à passagem transcrita em texto.

44 - Como quer que seja, no futuro diploma disciplinador da elaboração, alteração, revisão e suspensão dos instrumentos de ordenamento (al. b) do art. 30.º), o legislador deverá levar em conta, no que respeita à revisão, o prazo de, pelo menos, 10 anos entre cada revisão, requisito mínimo prescrito pelo n.º 3 do art. 6.º da Diretiva 2014/89/UE.

45 - O fundamento vertido na al. a) tem subjacente o princípio da gestão adaptativa (al. b) do art. 3.º). A respeito deste princípio, FRANCISCO NORONHA, *O Ordenamento do Espaço Marítimo*, ob. cit., pp. 83-87.

obrigatoriedade de um *plano de afetação* criado em momento anterior a um *plano de situação* que com ele colida ser *compatibilizado* (com esse mesmo plano de situação) – e não o inverso, i.e., não deve ser o plano de situação a ser alterado de modo a estar conforme com o plano de afetação. A não ser que se entenda – numa interpretação retorcida, e a que a letra do n.º 1 do art. 9.º não dá cobertura, pois que apenas contempla a alteração dos planos de situação (já não dos planos de afetação) – que a *compatibilização* dos *planos de afetação* a que se refere o art. 7.º, 3, é operacionalizável quer através da sua própria alteração, quer através da alteração, não dos *planos de afetação*, mas dos *planos de situação*. Em suma, resulta muito pouco clara a relação e hierarquia dos planos, aspeto de monta em qualquer diploma que se proponha a disciplinar o ordenamento do território (marítimo ou não).<sup>46</sup>

Quanto à suspensão dos planos, prevista no art. 10.º, a LBPOGEMN limita-se a remeter para um futuro diploma, estipulando que aquela apenas pode ser acionada “quando esteja em causa a prossecução do interesse nacional”, o que nos parece, *prima facie*, altamente limitativo e pouco ágil.<sup>47</sup> Acresce que, no rigor dos conceitos, a prossecução em causa deveria ser a do *interesse público* (e não do lábil conceito de “interesse nacional”).<sup>48</sup>

---

46 - Este era já um aspeto crítico que constava da primitiva Proposta de Lei e que, como se vê, não foi debelado. Resta esperar que o futuro regime jurídico de elaboração, alteração revisão e suspensão dos instrumentos possa dar pistas adicionais sobre esta questão. Sobre a hierarquia dos planos no domínio urbanístico, ALVES CORREIA, *Manual, ob. cit.*, pp. 496-530.

47 - Decerto se poderá contra-argumentar com o ulterior desenvolvimento que o conceito ainda pode vir a receber na legislação complementar, o que não posterga, contudo, a evidência da irrazoabilidade do nível de exigência que a norma convoca, pois que o referido desenvolvimento sempre teria de ser levado a cabo à luz desse padrão de exigência. Veja-se, comparativamente, e para se compreender o que aqui vai dito, o teor do art. 50.º, 1, Lei 31/2014, segundo o qual a suspensão (bem como a revisão, alteração ou revogação) opera em razão da evolução ou reponderação das condições económicas, sociais, culturais e ambientais subjacentes à sua elaboração. No RJIGT, *vide* arts. 99.º e 100.º.

48 - Interesse público a que a lei faz explícita referência no art. 16.º e na al. b) do art. 24.º. De contrário, em nenhum outro lugar se encontram alusões ao “interesse nacional”. A inconveniência do termo não é, além do mais, apenas de foro técnico-conceptual; as dúvidas avolumar-se-ão se problematizarmos, no que respeita aos instrumentos de ordenamento respeitantes às zonas marítimas adjacentes aos arquipélagos dos Açores ou da Madeira (art. 8.º, 2), a existência de um interesse “nacional” ou, diferentemente, “regional”, o que, no limite, levaria à conclusão, de todo em todo infeliz, de que, estando em causa o interesse “regional”, estes instrumentos de ordenamento (respeitantes às zonas marítimas adjacentes aos arquipélagos dos Açores ou da Madeira) nunca poderiam ser... suspensos. Até por isto, portanto, o “interesse” a que se refere o art. 10.º não pode ser outro senão o interesse público.

### 3. CONFLITOS DE USOS OU ACTIVIDADES

**3.1.** Antes de iniciarmos o cotejo do art. 11.º, importa compreender, ainda que abreviadamente, o *porquê* de existirem e a *necessidade* de se resolverem os conflitos de usos no mar.

O Ordenamento do Espaço Marítimo (OEM), de que a LBPOGEMN, enquanto Lei de Bases, constitui o primeiro enquadramento normativo, é visto, hoje, como um instrumento imprescindível ao serviço do ordenamento do território globalmente considerado.<sup>49</sup> A natureza tridimensional do mar (fundos marinhos, coluna de água e superfície), permitindo a coexistência, no mesmo espaço e em simultâneo, de múltiplos usos (pescas, aquicultura, energia, indústria de gás e petróleo, extração mineira, navegação, turismo, etc.), é um dos *punctum crucis* quando se pensa em ordenar o espaço marítimo. Ora, dessa coexistência resultam, amiúde, conflitos de usos, que podem assumir uma forma dúplice: conflitos entre utilizadores (*user-user conflict*) e conflitos entre utilizadores e o ambiente (*user-environment conflict*).<sup>50</sup> A necessidade de resolução destes conflitos, de par com a consciência da interdependência dos ecossistemas marinhos e dos problemas a eles associados, clama, pois, por soluções integradas e globais, superadoras da tradicional abordagem *sector--by-sector* e *permit-by-permit* (licenciamentos e concessões avulsos) até aqui prevalecente no que ao mar diz respeito. Numa palavra, o OEM, assente numa visão integrada e global das políticas sectoriais para o espaço marítimo, ancorado numa *racionalidade ordenativa* expressa num ou vários planos de ordenamento e tendo na abordagem ecossistémica um princípio estruturante de ação, permite a alocação de áreas ou volumes do domínio público marítimo a diferentes usos, desse modo resolvendo conflitos e garantindo a estabilidade jurídica (certeza e segurança jurídicas) necessária à utilização do mar por todos os agentes interessados.

**3.2.** É no art. 11.º que o legislador estabelece os critérios de preferência para a

---

49 - Cfr. FRANCISCO NORONHA, *O Ordenamento do Espaço Marítimo*, *ob. cit.*, pp. 31-35 e pp. 59-66.

50 - Cfr. FANNY DOUVÈRE/CHARLES N. EHLER, “New perspectives on sea use management: Initial findings from European experience with marine spatial planning”, in *Journal of Environmental Management*, Vol. 90, Issue 1, January 2009, p. 77. No direito estrangeiro, criticando a excessiva ênfase colocada na resolução dos *user-user conflicts* (em prejuízo da perspectiva *user-environment*) pelo sistema de ordenamento do espaço marítimo chinês, cfr. QINHUA FANG *et al.*, *ob. cit.*, p. 665. Como se intui, é bem possível, outrossim, o aparecimento de conflitos *mistos*, i.e., quando, na mesma área ou volume do espaço marítimo, os usos ou actividades desenvolvidos por particulares são em si incompatíveis e, simultaneamente, se mostram, ambos ou um deles, potencialmente prejudiciais para a proteção e conservação do ambiente marinho.

resolução de conflitos de usos ou atividades que surjam no âmbito de áreas ou volumes cobertas por um determinado *plano de afetação*. Fá-lo, no entanto, tão-somente para o momento da *elaboração* dos planos, o que, em nosso entender, peca por defeito, pois bem pode acontecer que seja justamente em razão de um conflito de usos ou de atividades que se mostre necessário proceder à *alteração* ou *revisão* do plano. E mesmo que assim não seja e a alteração ou revisão se processem por outros motivos, estranho seria que, nessa sede, não valessem os mesmos critérios de preferência na determinação do uso ou da atividade prevalecente.

Como critérios de preferência, o n.º 1 do art. 11.º avança, taxativamente, com dois: a maior vantagem social e económica para o país<sup>51</sup> (al. a)); e a máxima coexistência de usos ou de atividades (al. b)). O n.º 2 esclarece que tais critérios se aplicam, sucessivamente, por ordem hierarquicamente descendente quando haja igualdade de apreciação e valorização entre os usos conflitantes ou quando o critério superior não seja aplicável.

Algumas reservas nos suscita esta norma, que, cremos, não deixará de levantar debate na doutrina. Desde logo, impressiona – pela negativa – que nenhum critério autónomo de cariz ecológico tenha sido contemplado, quando se poderia ter recorrido a um critério semelhante ao previsto no n.º 1 do art. 64.º da Lei da Água (*utilização economicamente mais equilibrada, racional e sustentável, sem prejuízo da proteção dos recursos hídricos*).<sup>52</sup> Dois recursos são aqui, porém, mobilizáveis.<sup>53</sup> De um lado, o facto de os critérios de preferência apenas entrarem em ação na condição de estar previamente assegurado o bom estado ambiental do meio marinho e das zonas costeiras (corpo do n.º 1). Doutra banda, a nova redação da al. a) sempre é mais protetora do ambiente por comparação com a

---

51 - No texto original, nada se dizia sobre o *para quem* esta vantagem relevava, o que levantava dúvidas preocupantes. Perguntava-se: maior vantagem para quem? Para o particular, para o interesse público, para ambos? Além da definição deste ponto basilar, a relevância da resposta a esta questão estava, ainda, no modo como, dependendo dela, o critério jogaria com os restantes – a título de exemplo, pense-se como não seria indiferente a tomada de preferência por um uso que gerasse maior vantagem económica para o particular em detrimento de outro que criasse maior emprego e a tomada de preferência nos mesmos termos mas avaliando-se a vantagem económica do ponto de vista do interesse público, i.e., da satisfação de interesses gerais ou da coletividade. A formulação atual, procedendo a essa definição subjetiva, não deixa de ser nebulosa (maior vantagem *para o país*), devendo entender-se, em nossa opinião, que o que está em jogo não pode deixar de ser o interesse público, posição que, além do mais, tem a vantagem de suprir a deficiência – de que tratamos em texto – da não previsão de um critério autónomo de cariz ecológico nas alíneas do n.º 1 do art. 11.º, posto que a proteção do ambiente está insita no interesse público.

52 - No mesmo sentido, Parecer PRAA, p. 8. Se bem que formulação semelhante se encontre alojada, na qualidade de *objectivo*, no n.º 1 do art. 4.º.

53 - *Vide*, outrossim, com interesse, a al. a) do art. 24.º.

formulação original do n.º 1 do art. 11.º. É que a *vantagem social e económica* (na versão original, apenas se falava da económica) é agora medida, em termos meramente exemplificativos (*nomeadamente*), por três fatores indiciários, a saber, a criação de emprego e qualificação dos recursos humanos; a criação de valor; e o contributo para o desenvolvimento sustentável, neste último se podendo achar, então, a “baliza ambiental” ausente da versão primitiva do preceito.

Numa interpretação sistemática curta de vistas, o facto de este fator indiciário ser o último dos três enunciados poderia sugerir a sua inferioridade, em termos de relevância para a decisão, comparativamente com os outros. O que, além de constituir uma solução de que materialmente discordamos, não é coerente com a *preponderância teleologicamente orientada* que o próprio legislador conferiu, no primeiríssimo artigo (n.º 3), justamente, ao desenvolvimento sustentável, eleito como *finalidade* da política de ordenamento e de gestão do espaço marítimo nacional (desiderato em que o legislador explicitamente insiste no n.º 1 do art. 4.º). Uma interpretação rígida (*rectius*, automática) nestes termos é, pois, desaconselhável; uma interpretação verdadeiramente sistemática deve valer, sim, mas em toda a sua extensão, i.e., tendo em consideração o diploma na sua globalidade (o *sistema* na globalidade), passando a solução, pois, pela ponderação mista e harmoniosa destes e doutros fatores indiciários relevantes *in casu*, tendo sempre presente, como princípio orientador, a *preponderância teleologicamente orientada* atribuída ao desenvolvimento sustentável na letra (art. 1.º, 3) e espírito do legislador na redação do diploma. A este princípio orientador devendo acrescer, em sede da determinação do uso ou atividade prevalecente, e com não menor preponderância, os princípios vertidos nos n.ºs 1 e 2 do art. 4.º, assim como os princípios consagrados na Lei de Bases do Ambiente, *ex vi* art. 3.º (proémio).

Por outro lado, e em defesa desta posição, repare-se que o método de aplicação *descendente* a que o art. 11.º, 2, faz menção só faz sentido, justamente, na tomada de opção entre o critério da maior vantagem social e económica e o critério da máxima coexistência de usos ou de atividades (*relação de verticalidade*), mas já não no que respeita aos fatores indiciários (posto que se encontram numa *relação de horizontalidade*).<sup>54</sup>

### 3.3. Terminando o exame ao art. 11.º, uma brevíssima nota a propósito do

---

54 - Outro ponto que nos suscita dúvidas é o seguinte: o n.º 1 do art. 11.º, quando se refere a conflitos de usos ou atividades, fá-lo no pressuposto de que todos eles asseguram o bom estado ambiental do meio marinho e das zonas costeiras. Pergunta-se: como se passarão as coisas se os usos ou atividades em causa não o assegurarem? Serão pura e simplesmente desconsideradas? Ou os critérios de preferência previstos no art. 11.º também serão mobilizáveis? Como quer que seja, sempre serão de mobilizar os princípios gerais e normas avulsas (v.g., art. 4.º, n.ºs 2 e 3).



seu n.º 4. Muito preliminarmente, diríamos que a *relocalização* de usos ou de atividades em curso aí prevista, atento o seu carácter potencialmente lesivo dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares que estejam munidos do respetivo título de utilização privativa, só deverá operar, por certo, em casos de fundamentado interesse público, sem prejuízo do acionamento, nos termos gerais, do mecanismo indemnizatório, em ordem a acobertar os prejuízos que os particulares venham a sofrer com a predita *relocalização*. Fazemos votos, pois, para que, em face da delicadeza que esta matéria encerra, a legislação complementar venha a detalhar, com exatidão, os contornos e efeitos da *relocalização* em causa.

#### 4. CONCLUSÕES PRELIMINARES

Aqui chegados, apraz-nos referir, preliminarmente, que a maior virtude da LBPOGEMN, para além da “simplicidade” de que se reclama – que tem o seu reverso na redação amiúde descuidada –, reside na positivação de alguns dos pontos-chave do que deve ser uma legislação de ordenamento do espaço marítimo, os quais, pela delimitação do objecto do presente estudo, não puderam ser aqui desenvolvidos. De todo o modo, destacam-se, entre outros, a definição clara dos espaços marítimos a ordenar (art. 2.º); a eleição da abordagem sistémica, da gestão adaptativa, da gestão integrada do mar (incluindo na sua articulação com o ordenamento do espaço terrestre) e da valorização e rentabilização económica do mar como princípios-charneira (art. 3.º); a definição de dois instrumentos de ordenamento com funções claras (o aqui analisado art. 7.º); e a previsão de um futuro diploma especificamente contendo o regime jurídico dos títulos de utilização privativa do espaço marítimo (al. c) do art. 30.º).

Do outro lado da balança, avulta, não podemos deixar de o referir, a redação assaz confusa e pouco cuidadosa de algumas normas, que, mau grado o português, suscitarão dúvidas interpretativo-aplicativas de monta (*maxime*, art. 18.º, 1).<sup>55</sup>

Outro ponto negativo, reverso da simplificação que o legislador quis imprimir ao diploma, é a relativa vacuidade e mesmo insuficiência de algumas das suas normas, não obstante a natureza de lei de bases de que o diploma se reveste. Com especial interesse para o presente estudo, interessa sinalizar que tal natureza não justifica, por exemplo, a ausência de uma caracterização substancial dos instrumentos de ordenamento e da relação entre eles (confrontar, no ordenamento do espaço terrestre, com os arts. 40.º a 46.º, Lei 31/2014) ou o carácter de política económica, mais do que de política territorial, subjacente ao diploma, latente,

---

55 - Cfr. FRANCISCO NORONHA, *O Ordenamento do Espaço Marítimo*, ob. cit., pp. 156-158.

de resto, no relevo concedido ao licenciamento e à concessão, em prejuízo do trajeto de um sistema de gestão do espaço marítimo mais consistente.<sup>56</sup>

Por outro lado, o art. 8.º, ao reservar para o Governo central protagonismo quicá excessivo no ordenamento do espaço marítimo, mesmo nas zonas marítimas adjacentes aos arquipélagos dos Açores e da Madeira, além de se poder eventualmente mostrar desconforme com o Estatuto de Autonomia Político-Administrativa das Regiões Autónomas e com a Constituição,<sup>57</sup> poderá gerar, mesmo do ponto de vista prático, e à luz das vantagens inerentes à lógica do princípio da subsidiariedade, inconvenientes, contrariando, assim, o espírito de simplificação e celeridade pretendido pelo legislador.

Apesar de a LBPOGEMN ter sido finalizada num momento em que a Proposta de Diretiva era ainda isso mesmo, uma proposta, há que reconhecer as soluções que estão já bem casadas com o texto definitivo da Diretiva 2014/89/UE<sup>58</sup> entretanto já publicada, como sejam a delimitação do espaço marítimo,<sup>59</sup> a tónica colocada na cooperação transfronteiriça<sup>60</sup> e, em geral, o cumprimento dos requisitos mínimos aplicáveis ao OEM definidos pela Diretiva.<sup>61</sup> Quanto ao mais, dever-se-á aguardar pela legislação complementar para conhecer do seu encaixe com os objetivos traçados na predita Diretiva.

Rematando, reconheça-se nesta Lei de Bases, mau grado as suas virtudes e defeitos, uma *carta de intenções* cuja grande parte do seu sucesso se jogará nos diplomas que, uma vez elaborados, lhe serão complementares e a desenvolverão.

---

56 - Na mesma linha, cfr. Parecer CNADS, pp. 4, 9 e 13. Compare-se, a este respeito, com o sistema de gestão territorial erigido na Lei 31/2014 (art. 37.º e ss.).

57 - Gerando críticas (*comme il faut*) nos Pareceres emitidos pelas diferentes entidades das Regiões Autónomas, baseadas na autonomia e na lógica de subsidiariedade que decorrem quer da Constituição, quer dos seus respetivos Estatutos Político-Administrativos. Princípio da subsidiariedade a que, aliás, não deixa a Diretiva de fazer referência (cfr. Considerando 12).

58 - Diretiva 2014/89/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de julho de 2014 que estabelece um quadro para o ordenamento do espaço marítimo. Sobre a Diretiva, cfr. FRANCISCO NORONHA, “Comentário à Diretiva 2014/89/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Julho que estabelece um quadro para o ordenamento do espaço marítimo”, in *Revista Direito e Justiça*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2015 (no prelo).

59 - Art. 2.º, LBPOGEMN, e arts. 2.º e 3.º, 4 da Diretiva.

60 - Al. e) do art. 3.º, LBPOGEMN, e arts. 11.º e 12.º da Diretiva.

61 - Art. 6.º da Diretiva.

## The under-complexity of social rights

---

Luís Heleno Terrinha

**Abstract:** In this essay it is aimed to critically observe the societal structure of social rights and the inner-societal processes that shape them. The concern is with the systemic and operative consequences that social rights unleash, support or promote regarding the political and the legal system. For this purpose, and following the main premises of the sociology of Niklas Luhmann, echo is given to an interpretation of rights as a language power, concluding that social rights induce the expansion and growth of both the political and legal autopoietic operativities. In face of the fact that social rights know no inbuilt device to restrict or limit those expansionary tendencies, their under-complexity is ascertained based on the negative disruptions that may come thereof for the political system, the legal system and the functional differentiated society as a whole.

**Keywords:** Legal theory; Sociology ; Autopoiesis; Social rights ; Welfare state

**Resumo:** Neste estudo, pretende-se observar criticamente a estrutura societal dos direitos sociais e os processos intra-sociais que os cunham. A nossa atenção dirige-se para as consequências sistémico-operativas que os direitos sociais provocam, suportam ou promovem no que toca aos sistemas político e jurídico. Para este propósito, e seguindo as premissas fundamentais da sociologia de Niklas Luhmann, damos eco a uma interpretação dos direitos como linguagem do poder, concluindo que os direitos sociais induzem a expansão e o crescimento das operatividades autopoieticas política e jurídica. Em face do facto de que os direitos sociais não dispõem de qualquer mecanismo interno que restrinja ou limite as tendências expansivas, declaramos a sua sub-complexidade baseada nas disrupções negativas que podem daí resultar para o sistema político, o sistema jurídico e a sociedade funcionalmente diferenciada como um todo.

**Palavras-chave:** Teoria do direito; Sociologia; Autopoiese Direitos sociais; Estado social

This paper seeks to *observe* social rights from a theoretical perspective. That has a twofold impact.

Firstly, it implies that the author proceeds with a sociologically and philosophically (for some perhaps ideologically) committed mode of enquiry:<sup>1</sup> the author is not theorizing or reflecting out of a vacuum, but instead through intentionally chosen perspectives, world-views and scientific methods. Such a conduct does not hamper the results of the research, nor the quality of the opinions expressed. The analytical value of the findings remains, essential is that the premises and the ground assumptions shared are clearly stated. In this work, the predominant influencing world-view is the theory of autopoietic social systems as developed by German author Niklas Luhmann (both a legal scholar and a sociologist), which, as unintended consequence, tends to put us on the right or conservative side of the political spectrum.<sup>2</sup>

Secondly, a theoretical stand implies that the author feels himself free to make a *radical* critique of social rights. This type of approach is the most suitable to confront social rights with deep fundamental questions regarding their own “*right*” to existence, their validity claim or their societal meaning. A substantial reflection on social rights, especially one that derives from a sociologically informed practice of legal theory, must take into consideration their particular societal embeddedness, their underlying societal structure, their positive societal functions as well as their negative societal impact or externalities – this is the only way to truly *understand* them. This sort of (theoretically induced) detachment provides for some fruitful distance from the object under scrutiny and will, in ultimate analysis, be fertile to generate a productive scepticism regarding not only the – sometimes praised and metaphysically presented – origins of social rights but also their virtuosities (or absence of them) in contemporary societies.

The itinerary of this article is quite simple to follow: first, a relatively short presentation of the basics of luhmannian autopoietic social theory is provided, considering that some readers might not possess sufficient knowledge of it (our main concern is the explanation of core concepts that shape the argument along the text); second, leaning on important research and findings advanced by Professor Chris Thornhill, echo is given to an interpretation of *rights* (in general) as devices or mechanisms of (political) power, that is, rights as an instrument subservient to the ends, language and communication of the political system; third, departing from that conception, both classical types of rights are put in theoretical opposition

---

1 - In general, SOMEK, Alexander, *Rechtliches Wissen*, Suhrkamp: Frankfurt am Main, 2006.

2 - See KING, Michael / THORNHILL, Chris, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, Hampshire: Palgrave Macmillan, 2003, pp. 98-101.

– liberal or negative rights and social or positive rights –, something that will allow to highlight the positive societal function of negative rights (not only for the political system, but for society in general as a functionally differentiated society) and the disruptive societal effects that accompany social rights. The conclusion will consist in the assessment of the structural (unavoidable) under-complexity of social rights.

## 1. THEORETICAL FRAMEWORK: AUTOPOIETIC SOCIAL SYSTEMS THEORY (NIKLAS LUHMANN)

It is usually granted that Niklas Luhmann has offered one of the most important, insightful, useful and advanced contributions to the domain of sociology and to the understanding of the evolutionary processes that culminated in what is called the modern society. Above all, his theory of society helps understand with a considerable degree of precision and refinement the processes and linkages that shape this complex world of ours. Even though sometimes accused of using hermetic language, something which is not to be denied, it must also be conceded that the prize to be claimed after digging and immersing in his (vast) work is actually well worth the ride: one acquires a sophisticated instrument that enhances our analytical capabilities to make sense of very diverse phenomena. The richness of Luhmann's theory is confirmed by the fact that it can be of help in almost any issue or domain within the so-called social sciences, something that is obviously reinforced by his abstract analysis, by the type of conceptualization in which he engages in and by the semantics that he uses.

This paper is obviously not the adequate place to present Luhmann's theory in detail. We will be mainly concerned with explaining some of his core concepts, especially those that will tend to be employed or presupposed along this article. The aim is just to make the further thought on the topic (the under-complexity of social rights) more intelligible, by clearly stating the premises from which we depart and the concepts that underpin our theoretical construction.

Luhmann develops a theory of society that, liberated from certain "*obstacles épistémologiques*",<sup>3</sup> appears as post-metaphysical and post-ontological<sup>4</sup>.

---

3 - See LUHMANN, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 24, and LUHMANN, Niklas, "Soziologische Aufklärung", in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 1 – Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 8.<sup>a</sup> edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, pp. 83-115.

4 - LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme – Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main:

The human being or person is not at the centre of sociological inquiry and not even at the centre of society itself.<sup>5</sup> Instead, another element is found to be the radical and irreducible *social* element: communication.<sup>6</sup> Society is constituted by communication and is made up of communicative operations.<sup>7</sup> In this sense, and bluntly put, the human being or person is *outside* society<sup>8</sup> (which, tells us Luhmann, is a much better place<sup>9</sup>), for the defining element of the human being is not communication but conscience.<sup>10</sup> Therefore, Luhmann's theory of society is a theory of communication and of communicative processes *in(side)* society.

This associates with the fact that Luhmann, leaning on decisive theoretical contributions made before him (namely by Talcott Parsons and other differentialist and systems thinkers<sup>11</sup>), assumes the existence, in society, of *systems*.<sup>12</sup> His focus is, naturally, on *social* systems, that is, systems that process meaning through the reproduction of communication.<sup>13</sup>

With the preceding information it is easier to grasp the essentials of Luhmann's

---

Suhrkamp, 1987, pp. 143-147, and KING / THORNHILL, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, pp. 146-148.

5 - LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 31.

6 - See LUHMANN, Niklas, "Was ist Kommunikation?", in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 6 – Die Soziologie und der Mensch*, 3.<sup>a</sup> edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008, pp. 109-120.

7 - LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, pp. 71-73, e LUHMANN, Niklas, "Intersubjektivität oder Kommunikation: Unterschiedliche Ausgangspunkte soziologischer Theoriebildung", in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 6 – Die Soziologie und der Mensch*, 3.<sup>a</sup> edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008, pp. 162-179.

8 - LUHMANN, *Soziale Systeme*, p. 288, and LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 30.

9 - LUHMANN, Niklas, "Die Tücke des Subjekts und die Frage nach den Menschen", in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 6 – Die Soziologie und der Mensch*, 3.<sup>a</sup> edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008, p. 159.

10 - LUHMANN, *Soziale Systeme*, p. 355, and LUHMANN, Niklas, "Die Autopoiesis des Bewußtseins", in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 6 – Die Soziologie und der Mensch*, 3.<sup>a</sup> edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008, pp. 55-108.

11 - For an overview, see. Read also PARSONS, Talcott, *The System of Modern Societies*, New Jersey: Prentice-Hall, Inc., 1971.

12 - LUHMANN, *Soziale Systeme*, p. 30.

13 - LUHMANN, *Soziale Systeme*, p. 18, LUHMANN, Niklas, "Vorbemerkungen zu einer Theorie sozialer Systeme", in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 3 – Soziales System, Gesellschaft, Organisation*, 5.<sup>a</sup> edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, pp. 13-28, and LUHMANN, Niklas, "Soziologie als Theorie sozialer Systeme", in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 1 – Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 8.<sup>a</sup> edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, pp. 143-172.

theoretical and sociological work.

First, within Society (the most comprehensive and encompassing system, the system outside of which there is no communication, the system in which all communicative operations are executed) we assist to a multiplication of systems. Luhmann identifies what he terms a process of *systemic differentiation*: the formation and autonomization (differentiation) of (sub-)social systems that are part of / are in society and that execute society (communication).<sup>14</sup>

Second, at the present evolutionary stage such a systemic differentiation translates into a functional differentiation of society: the partial social systems (as opposed to the total or non-partial system of Society) differentiate themselves through the generation of a systemic-relative (exclusive) binary code (that works as a mechanism of attribution of an original general communication to a determined social system) and according to specific social problems, questions or realms.<sup>15</sup> This systemic differentiation intends to manage and reduce complexity within society (complexity is understood as the existence of more possibilities than those that can be actualized<sup>16</sup>) and each system exhibits a specialization and an universal competence for a delimited and delineated social function, for which they assume sole responsibility.<sup>17</sup> The binary code mediates the transmutation of a societal general communication into a communication that pertains to the operations of a given system (precisely the one that uses the code in question) and, simultaneously, concurs to enable the identification of what is part of the system and what is not, which communications are of a system and which are not: in sum, it enables the demarcation of the borders of the system (a distinction between the inside of the system and the outside of the system as what does not belong to the system).<sup>18</sup> These binary codes are binary precisely because they consist in two alternative and opposing values (one positive and one negative, but without any moral connotations). In this sense, codes are a dual form that present a disjunctive

---

14 - LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, pp. 78 ff., and LUHMANN, Niklas, "Gesellschaft", in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 1 – Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 8.<sup>a</sup> edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, pp. 173-193.

15 - LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 131.

16 - See LUHMANN, Niklas, "Komplexität", in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 2 – Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, 6.<sup>a</sup> edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, pp. 255-276.

17 - LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 747.

18 - LUHMANN, Niklas, "«Distinctions directrices». Über Codierung von Semantiken und Systeme", in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 4 – Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft*, 4.<sup>a</sup> edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, pp. 13-32.

structure (“either... or...”).<sup>19</sup>

Third, and this is his most obvious originality (when compared to previous general systems theory and even to Talcott Parsons), Luhmann adapts the findings of Chilean biologists Humberto Maturana and Francisco Varela<sup>20</sup> and conceives social systems as *autopoietic*. This is an unprecedented conceptualization full of theoretical and sociological impact. Autopoietic social systems are *operatively closed* systems, meaning that they self-reproduce themselves: their operativity proceeds in a circular and recursive fashion, implying that each new operation *refers* or connects to a previous operation also executed by the system (*self-reference*).<sup>21</sup> This ability for self-reproduction – in which each and every new element produced by the system relates with and to former elements also produced by the system always in a self-referential circle – differentiates the system regarding its outside, called the *environment*.<sup>22</sup> this environment is constituted by the other systems (meaning that for a given system the others are its intra-societal environment<sup>23</sup>). The system refers to itself, to its previous operations, and not to the environment. Between both there are no direct relations: no system can steer or control directly, causally or purposefully another system (to which represents its environment), mainly because the system possesses its internal complexity (non-triviality), rules and criteria of relevance.<sup>24</sup> It is for this fact that the in autopoietic systems functionally differentiated society is said to have *no centre*.<sup>25</sup> All the partial and differentiated systems are in horizontal parity – none possesses a total and totalizing view of society, none of the systemic-relative perspectives can be

---

19 - LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 360.

20 - See MATURANA, Humberto R. / VARELA, Francisco J., *The Tree of Knowledge. The Biological Roots of Human Understanding*, Edição revista, Boston: Shambhala, 1992, MATURANA, Humberto R. / VARELA, Francisco J., “Autopoiesis: The Organization of the Living”, in Humberto R. Maturana / Francisco J. Varela, *Autopoiesis and Cognition. The Realization of the Living*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1980, pp. 63-138, MATURANA, Humberto R., “La organización de lo viviente: una teoría de la organización de lo vivo”, in Humberto R. Maturana, *¿La realidad: objetiva o construida?*, Vol. II (Fundamentos biológicos del conocimiento), 2.<sup>a</sup> edição, Barcelona: Anthropos Editorial (em co-edición com a Universidad Iberoamericana, Mexico, D.F., e com o Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, Guadalajara, Mexico), 2009, pp. 226-252.

21 - LUHMANN, *Soziale Systeme*, p. 25, and LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 65.

22 - LUHMANN, *Soziale Systeme*, p. 22, and LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 67.

23 - An outer-societal environment is one where no communication takes place. Human beings are, first, for Society and, then, for the sub-systems of society in this outer-societal environment. See LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 604.

24 - LUHMANN, *Soziale Systeme*, p. 25.

25 - LUHMANN, *Soziale Systeme*, p. 14, and LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, pp. 802-803.



considered to represent the whole, and none of the systems is in a hierarchical position to command others.<sup>26</sup> Certain traditional views on the political or legal systems as classical *loci* of supra-systemic authority to rule over other systems and control their operations have to be totally abandoned.<sup>27</sup>

However, systems are *cognitively* open – they do not “live”, operate or reproduce themselves in autarchy.<sup>28</sup> They are sensitive to receive information, energy or other *cognitive* irritations or perturbations from the environment, any of which will subsequently be processed by the internal operative network of the system.<sup>29</sup> In this matter, one concept comes forward: structural coupling.<sup>30</sup> Institutes of structural coupling between systems provide for the channelling of information and perturbations from one another, stabilize in time intersystemic relations of cognitive nature and may be considered a decisive root of systemic evolution in a autopoietically differentiated society – a cognitively irritated or perturbed system will tend to re-adapt or re-structure its operations to accommodate the impulses coming from the environment, even though it is impossible to precisely predict how that is going to happen or how is going to turn out.<sup>31</sup>

Taking all into consideration, we can see that the analytical or theoretical image that Luhmann offers us, according to the ideas of social and functional differentiation and according to the autopoietic (closed, recursive, circular, self-referential) nature of social systems, is one in which a large enclosing horizon (Society) is populated with smaller or functionally specified social systems, that are autonomous and operatively closed to their environment, even though some type of cognitive (inter)connection might occur.

This is, then, our theoretical framework in a nutshell.

For the purposes of this paper, two particular autopoietic social systems assume prominence: the legal system and the political system. Notwithstanding their autopoietic, operatively closed or self-referential nature, it is imperative to acknowledge that both maintain important connections or structural couplings<sup>32</sup>

---

26 - LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 629-630.

27 - LUHMANN, Niklas, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002, p. 110, e WILLKE, Helmut, “Die Steuerungsfunktion des Staates aus systemtheoretischer Sicht”, in Dieter Grimm (Org.), *Staatsaufgaben*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, pp. 685-711.

28 - LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 68.

29 - LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 790.

30 - LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 119.

31 - LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 118.

32 - Something to which we will later return.

(traditionally: Constitution, *Rechtsstaat*, legislation or positivization of law<sup>33</sup>). Anyway, it is essential that those intersystemic relations are not taken to demonstrate an absence of two independent and autonomous systems (an arguably wrong perspective). From a systemic point a view, and to maximize analytical gains, one has to be able to recognize (and accept) that it is two differentiated and autopoietic systems we are dealing with.

To close this section we will just say descriptively the following about both systems:

- a) the legal system uses the binary code *legal/illegal (recht/unrecht)*<sup>34</sup> and is specialized in the social function of contrafactually stabilizing *normative expectations*, reintegrating them when necessary;<sup>35</sup> normative expectations are those expectations that, unlike cognitive expectations, are assured and protected against their frustration (they are resistant to learning from the fact of their unfulfillment);<sup>36</sup> for many of the current normative expectations it is important to underline that the normative quality is due to a selection and institutionalization as such by the legal system and not due to some essentialist or metaphysical nature of the expectation itself;<sup>37</sup>
- b) the political system differentiates itself through the symbolic medium of power and its binary code, in its purest (non-democratic) form, corresponds to the values *subject to power/not subject to power*;<sup>38</sup> the political system functionally assumes the competence of adopting binding collective decisions;<sup>39</sup> it is usually considered that the political system is of relevance

---

33 - LUHMANN, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 60.

34 - LUHMANN, *Das Recht*, pp. 414 ff.

35 - LUHMANN, Niklas, "Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?", in Niklas Luhmann, *Die Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, pp. 73-91, e LUHMANN, *Das Recht*, p. 61.

36 - LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 42-43.

37 - An exception may be open for a restricted number of normative expectations that have gained that nature and consolidated that quality in evolutionary fashion, so that the legal system hasn't done more than to recognize and integrating them. See LUHMANN, Niklas, "The Unity of the Legal System", in Gunther Teubner (Ed.), *Autopoietic Law – A New Approach to Law and Society*, Berlin: Walter de Gruyter, 1988, p. 27, LUHMANN, Niklas, "Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft", in Niklas Luhmann, *Die Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, pp. 116-123, LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, 4.<sup>a</sup> edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008, pp. 140-141, and LUHMANN, Niklas, "Normen in soziologischer Perspektive", in Niklas Luhmann, *Die Moral der Gesellschaft*, 3.<sup>a</sup> edição, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 54-55.

38 - LUHMANN, *Die Politik*, p. 88.

39 - LUHMANN, *Die Politik*, p. 84.

in those matters that transcend the borders of any given system and gain wider societal resonance, therefore requiring a functional apparatus that addresses and minimizes them (that is the case with problems that seem to affect Society in its entirety or a plurality of systems; menaces to the functional differentiation of society are included).<sup>40</sup>

## 2. RIGHTS AS A LANGUAGE OF POWER

The topic of rights transports us directly into the arena of relations between the political and the legal system. It is our conviction, therefore, that a structural understanding of rights is only obtained once one sees that interconnection or how rights crystallize an intersection between both systems. After all, and notwithstanding further explanations, rights seem to be, from a certain structural point of view, a power or politically induced legalisation or juridification of a given expectation or claim (expectation or claim that before such integration in the operative network of the legal system was evidently no “right” but simply a societal general expectation or claim).

CHRIS THORNHILL has offered the legal academic community one of the most interesting and important contributions regarding the qualitative transformation of power and the political system (including its relation to the legal system). Through historical reconstruction – or, in his own words, through a method of *historical-functional sociology*<sup>41</sup> – THORNHILL examined deeply, from an overarching systems-theory perspective, the paths of the evolving differentiation of power and of the political from past to present times. His analysis is groundbreaking for a number of reasons, but we would highlight not only the insight that he provides us regarding state formation, but also the alternative views he presents (some radically different from classical or more established doctrines) on fundamental concepts as legitimacy, rights, constitutions, or the relation between power and law.

In this paper we will overlook his more historical account and attend to the main analytical and theoretical findings.

Power is normally understood as an ability to impose a certain will or action

---

40 - For a similar description see THORNHILL, Chris, “Public Law and the Emergence of the Political”, in Cormac Mac Amhlaigh / Claudio Michelon / Neil Walker (Ed.), *After Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 26.

41 - See THORNHILL, Chris, *A Sociology of Constitutions. Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 15.

against opposing wills or actions.<sup>42</sup> Those that possess and use power overcome any resistance that a contradictory will might or could have expressed. However, the differentiation of such a mechanism (in systems-theoretical terms power is a “symbolically generalized medium”<sup>43</sup>), which ultimately results in a specific political system, requires several steps and occurred on an evolutionary basis throughout centuries.

The differentiation of power depended on processes of its generalization and abstraction. Those phenomena were crucial to the formation of a differentiated political system and, consequently, for the emergence of statehood. Generalization and abstraction in this context meant, historically, that power was able to detach from private instances and ultimately rely on des-subjectivized political (public) institutions.<sup>44</sup> From the pre-medieval times of its fragmentation, dispersal and connection to private individuals, power evolved to become an abstract or generalized “social medium”, a facility of easier reproduction, circulation, transmission and societal diffusion. The main repositories of this abstracted and generalized power came to be what we call states.<sup>45</sup>

This differentiation of power goes hand in hand with the differentiation of a political system. The latter, using power as a medium, was able to better circumscribe and delineate its borders and generate a distinct and specific politic realm, responsible for the fulfilment of an exclusive social function.<sup>46</sup> The mentioned processes of abstraction and generalization made it possible to establish a circular and recursive network of communications that, with the underlying systemic-relative codes and mediums, are now identified as indistinguishably political.

In the process of power differentiation – meaning its increased generalized and abstracted transmission and circulation in society and its evenly, reproducible and replicatable use in variable settings – certain instruments came to be of decisive importance. It is at this point that one productive relationship between power and law – between the political system and the legal system – is to be noticed. In fact,

---

42 - LUHMANN, *Die Politik*, p. 21.

43 - See LUHMANN, *Die Politik*, p. 36, and LUHMANN, Niklas, “Einführende Bemerkungen zu einer Theorie symbolisch generalisierter Kommunikationsmedien”, in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 2 – Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, 6.<sup>a</sup> edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, pp. 212-240.

44 - THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 159.

45 - THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 19 and 158 ff.

46 - See PIRES, Edmundo Balsemão, *A Individuação da Sociedade Moderna – Investigações Semânticas sobre a Diferenciação da Sociedade Moderna*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, pp. 514-518.

no other system seemed to serve better the ends of power as the legal system, for it revealed itself as one of the most effective ways to assure and guarantee the smooth circulation and transmission of power.<sup>47</sup>

The process in question can be qualified and systems-theoretically described as one of *second-codification of power in legal form*.<sup>48</sup> This means that power, to guarantee its wider circulation and reinforced success, converts strategically and intentionally to the legal form, using it instrumentally as a device to its own purposes and as a mechanism of its own expansion.<sup>49</sup> In this reading, therefore, not only power *precedes* law, but also law is subordinate to power (even when it appears otherwise) and acts as underpinning power.<sup>50</sup>

Formal and positive law provided power, as THORNHILL writes, “a normative construct that allowed for their growing autonomy, and a functional instrument that enabled them to reduce their own residual privatisation and to transplant power positively across widening and increasingly de-feudalized (less and less privatistic) societies”.<sup>51</sup>

The legal system or the law helped power, for instance, to generate an uniform account of its addressees, which means, of those subject to power.<sup>52</sup> The category of “legal personality” or “legal subjectivity” (even of “citizen”) performed such a function in an excellent way: it was abstract and generalized enough for power not to deal with and not to consider the particularism of the subjects in question.<sup>53</sup> Further, it enabled power to manage – to strategically manage – the *inclusion* in power: through positive legal forms it was easy to incorporate – include – subjects, questions, problems or realms in the sphere of power and the political,

---

47 - See THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 18, THORNHILL, “Public Law...”, p. 28, and WILLKE, Helmut, *Heterotopia. Studien zur Krisis der Ordnung moderner Gesellschaften*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003, p. 77.

48 - About the concept, see NOBLES, Richard / SCHIFF, David, *Observing Law through Systems Theory*, Oxford: Hart Publishing, 2013, pp. 210-212.

49 - WILLKE, *Heterotopia*, p. 134, KING / THORNHILL, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, pp. 179, ASHENDEN, Samantha, “The Problem of Power in Luhmann's Systems Theory”, in Michael King / Chris Thornhill (Ed.), *Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications*, Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 134-135.

50 - ASHENDEN, “The Problem of Power...”, p. 142.

51 - See THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 59.

52 - See THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 59.

53 - THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, pp. 59-61. Read also BROEKMAN, Jan M., “Legal Subjectivity as a Precondition for the Intertwinement of Law and the Welfare State”, in Gunther Teubner (Ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin: Walter de Gruyter, 1988, pp. 76-108.

or, instead, to just exclude them as non-political.<sup>54</sup> This inclusionary and correlated exclusionary capacity or ability is crucial for power and the political system since it underpins their differentiation and systemic self-reference. In fact, it is through inclusion and exclusion that the political system defines, varies, expands or restricts its borders, so that a balanced and smart management of such processes of inclusion and exclusion are essential to guarantee a continuous and uneventful reproduction of the political systemic operations or communications.<sup>55</sup> Just as a boundless or disproportionate inclusion will tend, very probably, to induce an overburdening on the side of the political (eventually affecting disruptively its autopoietic operations), a parallel inordinate exclusion will restrict so gravely the scope of the political realm that it will, as well, affect its differentiation and societal position up to the point of generating its disappearance.<sup>56</sup>

Legal procedures perform similar functions. Besides facilitating inclusion and subjection to power – in which they excel: current trends that point to increased citizen participation in multiple types of procedure serve the ends of power as they neutralize future resistance and generate acceptance and social recognition of power determinations and decisions –, legal procedures promote the iteration and reproduction of power across time and space, for they are easily replicated in different contexts.<sup>57</sup>

The legal system ensures, as well, a consistent articulation of legitimacy and legitimation for the political system and for the use of power.

Indeed, normative legitimacy theories evolved functionally due to the need of providing power with societal foundations and with a self-authorizing narrative that eased the reproduction and the exercise of power in society.<sup>58</sup> Legitimacy theories, and the legal norms and principles that came to express them, are not genetically attached to motives or reasons regarding the limitation of power, but to the need of reinforcing it.<sup>59</sup> Without such theories and without the normative and social ground that they provide to explain and justify power in a convincing

---

54 - THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 59.

55 - CLAM, Jean, “What Is Modern Power?”, in Michael King / Chris Thornhill (Ed.), *Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications*, Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 145-162.

56 - BORA, Alfons, “»Wer gehört dazu?«. Überlegungen zur Theorie der Inklusion”, in Kai-Uwe Hellmann / Rainer Schmalz-Bruns (Hrsg.), *Theorie der Politik. Niklas Luhmanns politische Soziologie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002, pp. 60-84.

57 - See THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 59.

58 - THORNHILL, Chris, “Political Legitimacy: A Theoretical Approach Between Facts and Norms”, *Constellations* 18 (2011), pp.145-146.

59 - ASHENDEN, “The Problem of Power...”, p. 142.

and societally usable way, the political system would see the reproduction of its operations hampered, for they would be constantly subject to contest. Power turns, then, to the legal norms as positive justification for its use: the reference to an enabling, legitimating and authorizing legal rule dismisses power from further explanations.<sup>60</sup> To invoke the legal norms is sufficient and necessary to convince the addressees or those subject to power of the legitimacy of the authority issuing the command. The transmission of power is simplified and its effectiveness revived. Legality accomplishes legitimacy.<sup>61</sup>

Constitutions also deepen the differentiation and the increase of power in society.<sup>62</sup> Constitutions cannot be conceptualized as external generated documents or as an external (legitimizing) precondition imposed upon power. If one wants to adequately grasp their societal and normative nature, they have to be seen as the result of inner-societal forces and processes in which the political system and power participate.<sup>63</sup> Due to this, Constitutions end up reinforcing the abstraction, generalization and inclusivity of power, simultaneously underpinning its systemic reflexivity or differentiation.<sup>64</sup> Using it as a resource and as an internal support, the political system becomes enabled, once more, by referring to the Constitution, to locate a stable ground that provides, in a consistent and non-contested way, a justification for the use of power.<sup>65</sup> Consequently, Constitutions pave the way for the multiplication of power and facilitate its transmission throughout society (something that runs against common interpretations of it working as a power restricting device).<sup>66</sup> Important to acknowledge is precisely this inner-political origin and nature of the Constitution: its legal form and the embodiment of legitimating principles are resources for the political system and for power to unburden from further justification.<sup>67</sup> Power will, therefore, gladly submit to constitutional determinations in order to assure its own effectiveness and reproduction.

---

60 - THORNHILL, "Political Legitimacy...", pp. 145-146.

61 - THORNHILL, Chris, "Towards a historical sociology of constitutional legitimacy", *Theory and Society* 37 (2008), p. 172.

62 - THORNHILL, Chris, "Niklas Luhmann and the sociology of the constitution", *JSC* 10 (2010), p. 326.

63 - THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 372, and PRANDINI, Riccardo, "The Morphogenesis of Constitutionalism", in Petra Dobner / Martin Loughlin (Ed.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 309-326.

64 - THORNHILL, "Towards a historical sociology...", p. 174, e THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, pp. 200-205.

65 - THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 372.

66 - LOUGHLIN, Martin, "In Defence of *Staatslehre*", *Der Staat* 48 (2009), p. 14.

67 - THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, pp. 373-374.

We now turn finally to rights. Rights appear as crucial devices of power differentiation, power inclusivity, power legitimation and power self-reflection.<sup>68</sup> Through the attribution of rights to *rights' holders* both power and the political system find a way of easily and strategically managing power or political inclusivity.<sup>69</sup> In fact, rights allow for an integration of actors within the political sphere or, on the opposite side, for their exclusion.<sup>70</sup> In this sense, rights signalize self-produced criteria of relevance for power and the political: the recognition of a right equates with an inclusion in the political communication, bringing certain persons, themes and problems to the centre of it; whereas a (political) decision for a non-recognition of rights enables power and the political to put outside of the political sphere that same category of persons or issues, thus making them politically non-thematizable or, in other words, making it appear as political irrelevant.<sup>71</sup> However, when one has a right one is observed in the network of political and legal operations and participates in it.

This means that rights act – and this is important to stress – as elementary devices and mechanisms of border management for power and the political, revealing themselves as regulators of inclusionary or exclusionary trends. In particular, the inclusionary aptitude allows power and the political to integrate private actors in its apparatus, in terms defined by power and under close political supervision.<sup>72</sup> Power delineates the contours of rights and so intervenes directly in what it permits to become politically relevant or not. This performance enhances power's abstraction and generalization.<sup>73</sup>

Further, rights turn the processing of the complexity of the environment easier for power and the political: not only do rights' holders become subject to power,<sup>74</sup> they channel as well to the political system irritations and perturbations that initiate its variation and foster its structural or systemic adaptation,<sup>75</sup> always in a power and

---

68 - THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 167.

69 - THORNHILL, "Towards a historical sociology...", p. 174.

70 - THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 153.

71 - THORNHILL, "Towards a historical sociology...", p. 175.

72 - THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 193.

73 - THORNHILL, "Towards a historical sociology...", p. 175.

74 - THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 67, BORA, "»Wer gehört dazu?«...", pp. 72 ff., and BROEKMAN, "Legal Subjectivity...", pp. 76 ff.

75 - About the paradoxical form of the category of subjective rights and its contribution to the reflection of the system, please read MENKE, Christoph, "Subjektive Rechte: Zur Paradoxie der Form", in Gunther Teubner (Hrsg.), *Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann: Zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit*, Stuttgart: Lucius & Lucius, 2008, pp. 81-108.



political controlled fashion and always from within.<sup>76</sup>

It adds that rights play a significant a role in what amounts to the legitimation of power. The rights' narrative is so strong and consistent that by referring to rights both power and the political system present themselves with an instrument that, side by side with the Constitution, constitutes itself as one additional stable and consistent ground that justifies not only the use of power, but also its active spreading throughout society.<sup>77</sup> Rights excel in multiplying power and making it reproducible: their attribution tends either to extend power to new realms or, when it seems to restrict the political sphere and the domain of power's influence, it still unburdens power and the political from certain issues or from certain social areas which, in any case, helps power's operativity in assuring its own effectiveness and reproduction.<sup>78</sup> Without the reference to a Constitution and to a power's respect for rights it would be hard(er) to apply and transmit power across society.<sup>79</sup> Rights represent, therefore, important stocks and foundations of self-legitimation for power and the political system.<sup>80</sup>

Let us look, for instance, to the case of representative constitutions, recognizing a right to participation in the formation of the so-called "political will", among other connected rights that came to being (freedom of expression, etc....). In reality, the representative constitution and the model of political participation centred around periodical voting were cornerstones in the abstraction and generalization of political power in society: through it, political power was detached from the concrete manifestation of a specific popular, national or general will; untied from such need, Constitutions and rights appeared as important reserves and repositories of power and power's legitimation: no longer the reference to an actual people's will was necessary, instead the reference to the legitimating force and to the authority conferred by Constitutions and rights to the political system and institutions was enough for it to present its authority as a justified one, diminishing contestation and eventual resistance.<sup>81</sup> In this sense, the political participation (legally formalized into rights) that appears as a condition of legitimate use of public power actually

---

76 - THORNHILL, "Political Legitimacy...", p. 152, and THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 166.

77 - THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 167.

78 - THORNHILL, Chris, "The autonomy of the political. A socio-theoretical response", *PSC 35* (2009), pp. 705-735, THORNHILL, "Towards a historical sociology...", p. 176-179, and CLAM, "What is Modern Power...", p. 152.

79 - THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 374.

80 - THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, pp. 156-157, THORNHILL, "Political Legitimacy...", p. 151, and THORNHILL, "Towards a historical sociology...", p. 196.

81 - THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, pp. 74-76.

derived from inner-societal forces shaped by power and the political system to ensure and assure its own reproduction and circulation in Society.<sup>82</sup>

Bearing all in mind, when we speak of “rights as a language of power” we are conveying this fundamental idea that power “submits” or converts into the legal form – power engages in a legal second-codification – so as to underpin its differentiation and reflexivity, to facilitate its societal diffusion and to benefit from the advantages that the legal form offers. We are in presence of power-serving devices, without which the political autopoiesis would find many more obstacles to its self-reproduction.<sup>83</sup> In this sense, rights are subservient to political power and functionally connected to its transmission and application,<sup>84</sup> or as THORNHILL puts it: “far from acting as external normative limits on power, rights became parts of the state’s internal functional, public-legal apparatus”.<sup>85</sup>

### 3. THE COMPLEXITY OF NEGATIVE RIGHTS AND THE UNDER-COMPLEXITY OF POSITIVE SOCIAL RIGHTS

We opted in this section to theoretically oppose both classical types of rights: negative rights and positive (social) rights. The purpose is to evaluate their “complexity”.

The expression “complexity” of rights brings us to the centre of the societal embeddedness of rights, their inner-structure and their societal functions (in view of the political system). “Complexity” is used here in the sense of rights’ adequacy and ability to sustain, promote and support processes of systemic differentiation and reproduction.<sup>86</sup> In this sense, rights’ complexity varies according to the effects

---

82 - THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 193.

83 - THORNHILL, Chris, “The Future of the State”, in Poul F. Kjaer / Gunther Teubner / Alberto Febbrajo (Ed.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective – The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 365-366, THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, pp. 153-157, and THORNHILL, “Political Legitimacy...”, p. 151.

84 - THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 219, is very clear about the above mentioned aspect of rights when he declares: “The abstracted production and transmission of positive political power could only be accomplished by states founded in rights-based national sovereignty: indeed, the increase in rights in society brought a directly correlated increase in power. Absolutism thus found both its apogee and its nemesis in early constitutional democracy”.

85 - THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 153.

86 - Somewhat similarly, see MENKE, “Subjektive Rechte...”, pp. 92-95, and Karl-Heinz LADEUR, “Das subjektive Recht und der Wunsch nach Gerechtigkeit als sein Parasit”, in Gunther Teubner (Hrsg.), *Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann: Zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie*

they produce or induce in the operativity of systems. A more complex type of rights not only safeguards the functional differentiation of society, but protects as well the reflexivity and autopoiesis of the political system, helping it regulating its relation to the environment in a way that maintains protected and stable the reproduction of political communication. A less complex type of rights, on the other hand, ends up causing the opposite: it reveals a structural inability to protect the autopoietic reproduction of the system, flooding it with too much environmental complexity, burdening its operativity with irrational demands (in this context, irrational means demands that are not in line with the systems' rationality or function in a differentiated society) and, due to this over-inclusion, affecting potentially disruptively not only the operative closure of the system but also the functional differentiation of society. In sum, rights' *complexity* works as a measure of qualitatively evaluating how rights contribute positively to a consistent, integrated and societally harmonic way of political self-reproduction (while the absence of complexity or under-complexity would imply political disruption and societal externalities).<sup>87</sup>

### 3.1. The complexity of negative rights

When we refer to “negative rights” we have in mind rights that protect/defend individuals or, in a systems-theoretical reformulation, differentiated communicative realms from state interference.<sup>88</sup> The concept indicates, therefore, a complex of actions that are not licit for the state (political system) to undertake, as well as a number of issues or spheres that shall not be politicized (dogmatical discursivity employs the conceptual demarcation of State and Society to illustrate that there are tasks and responsibilities that should be assumed by society). Classical negative freedom rights perform, accordingly, an important exclusionary function: they allow power and the political system to withdraw certain problems

---

*der Gerechtigkeit*, Stuttgart: Lucius & Lucius, 2008, pp. 109-124.

87 - See a different – albeit not contrary – use of the expression “under-complexity” by KJAER, Poul. F., “The Under-Complexity of Democracy”, in Graf-Peter Calliess / Andreas Fischer-Lescano / Dan Wielsch / Peer Zumbansen (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin: de Gruyter, 2009, pp. 531-542, applying it to democracy. The idea he is trying to convey with the concept is that “we are witnessing [...] an evolutionary development in which the attempt to channel communication-flows into democratic procedures has become increasingly marginalised because such procedures are not complex or flexible enough to handle the massive increases in social complexity which characterise the late-modern society”.

88 - LADEUR, Karl-Heinz, *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation: zur Erzeugung von Sozialkapital durch gesellschaftliche Institutionen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, p. 6.

from political communication and consider them, for the matter, as non-political<sup>89</sup>. In that sense, the political systems regulates its borders and it manages to unburden its own autopoiesis by excluding individuals or spheres from its operations. The benefits of this unburdening can be quite significant: by structuring its relations with the environment in this exclusionary way, the political system ceases to perceive certain matters as political and leaves them for other differentiated communicative networks. Through the non-intervention or non-interference, power creates its own absence from matters where it could very probably find resistance to its application and where its transmission and societal diffusion could be in jeopardy for a number of reasons.

As we have already mentioned, negative rights are especially in line with the fundamental rights' conceptualization of NIKLAS LUHMANN. In fact, when we centre the function of fundamental rights around the maintenance and protection of the integrity of differentiated communicative systems – meaning, in ultimate analysis, the protection of the functional differentiation of society as a whole (which equates with the protection of modern society as we know it) – then these negative rights are those that excel in preventing a *politicization* of society. They induce a self-restriction of the borders of the political system and avoid an expansion potentially affecting the differentiation of other realms. Negative rights are the ones whose societal function is to assure that the autopoiesis of other systems remains undisturbed and undisrupted.<sup>90</sup>

To this interpretation of negative rights we could add the one from KARL-HEINZ LADEUR. By guaranteeing the reproduction of other social realms without political intervention, it is inherent to negative rights a societally productive and epistemologically valuable function: distributed and fragmented societal knowledge can, through them, circulate, be (re)produced and exchanged in society, allowing for intersystemic communication and for the generation of positive externalities to society as a whole. The image here is that of a network society, where individuals and organizations engage in knowledge production and transmission without being contaminated and affected by public/political interference disrupting the privately managed circulation, the interaction between actors and the spontaneous generation of more knowledge. Further, the underlying private epistemology that gives cohesiveness to society remains politically untouched. For this reason, this

---

89 - About the self-restriction of the political through negative rights, see LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 99, and THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 191.

90 - See, especially, LUHMANN, Niklas, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 5.<sup>a</sup> edição, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, pp. 12 ff. Read also TEUBNER, Gunther, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, pp. 215-219.

societal epistemology, generated in evolutionary fashion, continues to be able to reproduce itself without the dangers that a politicization of its rationality could pose.<sup>91</sup> Our conclusion is that negative rights are complex enough for the differentiated political system and for the functionally differentiated society. Their internal complexity derives mainly from them acting as watchguards of the intersystemic stability of society. By alleviating the political system from certain issues or by inducing a self-restriction of the political, negative rights not only maintain the political autopoietic network in levels that are compatible or harmonic with the autopoiesis of other systems, but they also diminish the societal pressure over the political system: first, because they present the view of the political system that certain claims are non-political (in this sense, they insulate the political and circumvent the expansion of power); second, because they articulate the justification of such non-interference and disavow the need for an intensified legitimation required by an hypothetical interference.<sup>92</sup> In sum, negative rights underpin both political reflexivity and other systems' reflexivity.

### 3.2. The under-complexity of positive social rights

The inner-societal forces that underlie social rights can only be apprehended once one acknowledges that social rights seem to result of the interconnection of two main elements: a *democratic* political system and the openness of that democratic political system to convert certain societal expectations into political-legal rights. The fact that democracy is at the basis of social rights is confirmed by the fact that social rights and the so-called Welfare State have become, at least in the developed West, the fundamental pillars of state, political and power (democratic) legitimacy in the 20th century.<sup>93</sup> This poses, obviously, its own dangers.

The processes that give origin to social rights can be described in the following way: through the adoption of democracy as a political form, the political system becomes significantly more permeable to the irritations coming from the environment (in fact, democracy can be understood as a way or a form through which the political increases its adaptability to the complexity of the environment);<sup>94</sup> some of those

---

91 - LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, pp. 56 ff.

92 - LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, pp. 93-106.

93 - CASTELLS, Manuel, *The Power of Identity*, 2.<sup>a</sup> edição, Sussex: Wiley-Blackwell, 2010, p. 314.

94 - KING / THORNHILL, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, p. 88, CZERWICK, Edwin, *Systemtheorie der Demokratie – Begriffe und Strukturen im Werk Luhmanns*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008, p. 21, and WIMMER, Hannes, "Demokratie als Resultat politischer

irritations are expectations and claims that sectors of society address to the political system, convinced, in some way, that the political is able to give effect to those expectations and claims; the political system, amidst such societal perturbation, ends up translating the expectations or claims into the legal form. In this context, expectations or claims pertaining to social justice or material equality take the lead, fostering countless redistributive or social policies by the government.

The first thing we should preoccupy ourselves with concerns the tendency to try transforming the political system into an “all-problems-solving-system” of society. It is true that, traditionally, the political system has fostered a self-description of itself that seems to feed the illusion that it is able to hierarchically steer, control or command society.<sup>95</sup>

This is particularly one of the points where systems-theory is more useful and where a normative theory of the political that reaps systems-theory teachings can have more impact.<sup>96</sup>

When we envision society as functionally differentiated in autopoietic social systems we are precisely recognizing that no hierarchical or vertical relations between autopoietic systems can exist.<sup>97</sup> This is a finding that contextualizes the political system of today and that explains some of its current problems, because the political system continues to diffuse that illusion that it represents the centre of society. However, the constant failures of the political system especially when it tries to intervene in other systems (namely the economic system) has demonstrated how unsuitable he is to command society and to solve problems that do not pertain to the political but to another sphere. The economic and financial crisis initiated more visibly around 2007 was one of the more recent proves of the total unknowledgeability of the political to tackle the financial and economic issues (besides that, it should not be forgotten as well that the political system had an important hand in the origins or causes that led us into a crisis).<sup>98</sup>

---

Evolution”, in Kai-Uwe Hellmann / Rainer Schmalz-Bruns (Hrsg.), *Theorie der Politik. Niklas Luhmanns politische Soziologie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002, pp. 223-260.

95 - LANGE, Stefan, “Die politische Utopie der Gesellschaftsteuerung”, in Kai-Uwe Hellmann / Rainer Schmalz-Bruns (Hrsg.), *Theorie der Politik. Niklas Luhmanns politische Soziologie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002, pp. 171-193.

96 - WILLKE, Helmut, “The Tragedy of the State. Prolegomena to a Theory of the State in Polycentric Society”, *ARSP* LXXII (1986), pp. 455-467.

97 - LUHMANN, *Die Politik*, p. 138.

98 - See WENGER, David R., “Der ohnmächtige Staat. Zwischen Selbstbehauptungsstrategien und Steuerungszusammenbrüchen. Bemerkungen anlässlich der Finanzkrise”, *Ancilla Iuris* (2009), pp. 1-24, PATERSON, John, “Functional Differentiation, Financial Instruments and Regulatory Challenges”, in Alberto Febbrajo / Gorm Harste (Ed.), *Law and Intersystemic Communication: Understanding*

This is the ground that justifies the theoretical and practical error of what we call the Welfare State, because such a description is based on premises that must be admitted as false in the modern and differentiated society, precisely the one that declares that power and the political can indeed, in causal and linear fashion, produce effects that depend on another's system autopoietic operativity.<sup>99</sup> For instance, when it is affirmed that social rights are dependent upon factual possibility,<sup>100</sup> it is that impotence of the political to steer other systems that is being acknowledged.

Taking this into consideration and bearing in mind previous opinions, we are now in a position to consider and sustain that, from a structural and inner-societal point of view, social rights work as mechanisms of the political system's expansion and, accordingly, as devices of over-politicization of society.

When the political system and its own medium of power are confronted with certain societal expectations or claims and when the intent is to induce the juridicization of the expectation and claim,<sup>101</sup> thus transforming it into a right, what is essentially achieved is an expansion of the borders of the political system and an increase in the spheres and realms subject to power. Social rights are not liberating, they are intentional mechanisms subservient to power so as to extend, in a legitimate and self-authorizing way, political and power operativity to previous politically and power unoccupied issues, themes or subjects.<sup>102</sup>

---

*Structural Coupling*, Surrey: Ashgate, 2013, pp. 155-178, WINDBICHLER, Christine, "Kapitalmärkte als Vorsorgeinstrument: «Risikobegrenzung» durch Rechtsnormen?", in Herfried Münkler / Matthias Bohlander / Sabine Meurer (Hrsg.), *Handeln unter Risiko. Gestaltungsansätze zwischen Wagnis und Vorsorge*, Bielefeld: transcript Verlag, 2010, pp. 199-220, GOODHART, Charles, "The Boundary Problem in Financial Regulation", *National Institute Economic Review* 206 (2008), pp. 48-55, and MASCAREÑO, Aldo, "The Ethics of Financial Crisis", in Poul F. Kjaer / Gunther Teubner / Alberto Febbrajo (Ed.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective – The Dark Side of Funtional Differentiation*, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 333-353.

99 - With more detail, please read TERRINHA, Luís Heleno, "A auto-crise da Constituição. Breves reflexões liberalmente inspiradas sobre o princípio da socialidade e o princípio democrático", *Direito & Política* 6 (2014), pp. 70-87, and KERSTING, Wolfgang, "Sicherheit, Freiheit, Gerechtigkeit – zur Verantwortlichkeit des Staates in der neueren Staatszieldiskussion", in Ludger Heidbrink / Alfred Hirsch (Hrsg.), *Staat ohne Verantwortung? – Zum Wandel der Aufgaben von Staat und Politik*, Frankfurt am Main: Campus Verlag, 2007, pp. 87-118.

100 - CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 480-481.

101 - Not forgetting that the overarching "legal culture" may support and encourage that same process of juridicization. Please read FRIEDMAN, Lawrence M., "Legal Culture and the Welfare State", in Gunther Teubner (Ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin: Walter de Gruyter, 1988, pp. 13-27.

102 - Something acknowledged by THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, pp. 276, 280-282, 292-293.

In this sense, social rights, which are normally anchored in the Constitution (thereby benefitting from that ground and corresponding normative legitimacy theories), provide, as no other, for a multiplication and reinforced circulation of power in society.

That is particularly obvious regarding the relations between the political system and the economic system: social rights and the ideology of the Welfare State were the anchors – the normative and legitimating anchors – to underpin increased regulation of the economy, increased intervention on private activities and increased interference on a number of once considered private issues.<sup>103</sup> The societal impact expressed itself not only through intervention in the economy and corresponding inefficiencies (trying politically to accomplish the politically unreachable<sup>104</sup>), but also in the legal system, since a wave of juridicization of society – an inflation of legal norms – was the most obvious consequence of the social aspirations of the State.<sup>105</sup>

It adds that social rights and the Welfare State by letting come into force the ideology of interests', values' and goods' balancing, practically eliminated the respect for the evolutionary generated social epistemology of society.<sup>106</sup> That means, particularly, that everything became subject to a weighing judgement, eradicating the absolute respect for values and normative expectations of the liberal society.<sup>107</sup> Private property is one of the noblest examples, subjected today, in the States we inhabit, to public intervention and legalized expropriation, especially through taxation.<sup>108</sup> We could also refer, on a more politically incorrect tone, to the number of social public policies of very doubtful effectiveness, many of which not only are dependent on factors unmanageable for power – namely, the motivation of the inner disposition of people and the achievement of results that depend of voluntary behaviours –, but also produce grave negative consequences

---

103 - See, in general, HAYEK, F. A., *Law, Legislation and Liberty – A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, London: Routledge, 1982.

104 - A home for all, eradication of poverty, end of non-discrimination, fair wages, elimination of unemployment... These are all problems that the political system communicates society that it will solve even though it has no means and no capacity for it.

105 - TEUBNER, Gunther, "Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege", in Zacher / Simitis / Kübler / Teubner (Org.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden: Nomos, 1984, pp. 289-344.

106 - LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, pp. 95-99.

107 - See LADEUR, Karl-Heinz, "«Abwägung» – ein neues Rechtsparadigma?", *ARSP* LXIX (1983), pp. 463-483.

108 - See EPSTEIN, Richard A., *Design for Liberty: Private Property, Public Administration, and the Rule of Law*, Massachusetts: Harvard University Press, 2011.



on the epistemology of society, by rewarding dependence on public expenditure and subventions.<sup>109</sup>

It happens, though, that the above-mentioned process or phenomenon does not occur without consequences for the political system itself and for the functionally differentiated society as a whole.

Social rights and the Welfare State know no *a priori* limitation to the political operative expansion that they induce and reinforce.<sup>110</sup> In fact, as LUHMANN quite rightly puts it, the Welfare State attributes no relevance whatsoever to its own failure.<sup>111</sup> Instead it comprehends the objective failure of social measures as additional motive or reason to continue to expand, reproduce and multiply itself. It is for this reason that the only way out of this vicious circle envisioned by Luhmann is the cut of energy and resources that the Welfare State uses to maintain and reproduce itself, namely *financing*. Only the absence of more financial resources seems to break the otherwise unstoppable reproductive cycle of the Welfare State.<sup>112</sup>

It is precisely that expansive cycle and that operative widening tendency that brings us to an important problem recently formulated by GUNTHER TEUBNER. Autopoietic systems, in order to assure their maintenance as a system, need continuous and uninterrupted reproduction. An operation needs to give cause and connect to another operation, and so on. The stopping of the autopoietic recursiveness with mean that the system would cease to exist. From this simple fact regarding autopoietic operativity, TEUBNER infers that in each autopoietic system there is an inbuilt tendency to growth and expansion, or more precisely, a tendency to over-growth and over-expansion.<sup>113</sup>

From our point of view, social rights, by not conducing to self-limitation and self-restriction by the political system, form part of mechanisms that underpin such a disproportionate growth.<sup>114</sup> By not providing for exclusion out the political realms

109 - LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, pp. 106-111.

110 - CZERWICK, *Systemtheorie der Demokratie*, p. 154.

111 - LUHMANN, Niklas, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München: Olzog, 2011 (1981), p. 90, e LANGE, “Die politische Utopie der Gesellschaftsteuerung...”, pp. 187-188.

112 - LUHMANN, Niklas, “Staat und Politik. Zur Semantik der Selbstbeschreibung politischer Systeme”, in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 4 – Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft*, 4.<sup>a</sup> edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, p. 100.

113 - See TEUBNER, Gunther, “A Constitutional Moment? The logics of «Hitting the Bottom»”, in Poul F. Kjaer / Gunther Teubner / Alberto Febbrajo (Ed.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective – The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 3-42.

114 - Something also acknowledged by Pedro MACHETE, *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 411: “Sucede que tal afinidade e interação

but instead by flooding the political system with unbearable inclusiveness, social rights induce the expansion of the political borders, taking power and the political to ever far reaching spheres.<sup>115</sup>

However, such a logic does not come without consequences. On the one hand, and because such over-expansion means that the system is incorporating too much environmental complexity, the political system will eventually be faced with the incapability to operatively process all that data and information that it is letting in its autopoietic network (through mechanisms such as social rights). Therefore, this political network will eventually become disruptively affected.<sup>116</sup> On the other hand, modern society as a functionally differentiated society will also suffer: the other differentiated and autonomous systems will sooner or later be hampered by negative externalities incoming from the political system. Trends of politicization are accompanied by disturbance in the intersystemic balance of a differentiated society, because the over-growth of political operativity will eventually clash with the autopoiesis of other systems and their self-reproduction.<sup>117</sup> In this circumstances, we are dealing with a menace to the structural architecture and present evolutionary stage of modern society.

As it is well known, the process of over-expansion of the political system has begun decades ago and its crisis is here today for everyone to see. Some of the main problems, such as unbalanced state finances and enormous public debt, are connected to the model of social state that western countries have been pursuing. The operative disruptions have started and I am not sure if it is so a “new era” we are entering in or if we are simply facing the imperative of abandoning certain illusions about modernity and social evolution, namely the idea of continuous progress, of welfare for all and of a political centre of society. It is said sometimes that we are today lacking a description, a theory or an explanation of the times we are living. Perhaps we are unwilling to face the changes or perhaps we are too attached to prior beliefs we resist to abandon. The dream of striving for an ideal world has been torn apart with the regressions that the wake of the financial and public debt crisis imposed.

---

entre democracia e Estado social é causa de um aumento das tarefas do Estado sob a pressão da sociedade, sem que aquela integre quaisquer instrumentos de contenção. Rapidamente o conteúdo das incumbências do Estado social passa da superação de situações de necessidade e da prevenção de riscos sociais especiais – os seus fins originais – para a defesa e a consequente assunção de riscos normais e, bem assim, a garantia de um nível de vida estável e, se possível, crescente”.

115 - CZERWICK, *Systemtheorie der Demokratie*, p. 153.

116 - CZERWICK, *Systemtheorie der Demokratie*, p. 153.

117 - ELLUL, Jacques, “Politicization and Political Solutions”, in Kenneth S. Templeton, Jr. (Ed.), *The Politicization of Society*, Indianapolis: Liberty Fund, Inc., 1979, pp. 209-247.

TEUBNER argues that the tendency to over-expansion results in a systemic logic of “hitting the bottom”: the system goes as far as it can until it starts to experience disruptive effects on itself. The sense of self-destruction induces a counter-reaction of self-regeneration, something that has to translate in self-restriction and self-limitation.<sup>118</sup>

Reflection, as the capacity of systems to thematize themselves in a functionally differentiated society (thereby recognizing the autonomy of the other systems that constitute its environment and respecting their autopoiesis),<sup>119</sup> becomes an important tool where the objective is to assure intersystemic harmony and the integrity of each differentiated system. It is for this reason that most systemic authors pursue a line of investigation that accentuates the improvement of such reflection capacities in all systems, so that they can think of themselves in an environment and prevent the production of negative externalities.<sup>120</sup>

For instance, a limit on public spending or public debt on the constitution (*Schuldenbremse* in german terminology) – a discussion quite actual in the portuguese context – reveals itself as a mechanism of reflection and limitation of the political, more rigorously: a self-induced self-restriction of the political system. This is not the place to discuss this issue, but a theoretically grounded understanding of such a constitutional rule can have significant impact in the articulation of certain constitutional principles. A few months ago, a portuguese legal magazine asked whether a limiting rule was “compatible” with the welfare state.<sup>121</sup> We must disagree with the way the question is formulated. Once one sees the limiting rule in its societal embeddedness and acknowledges its societal function, then it is the welfare state that has to prove to be compatible with such a rule, and not otherwise. From a constitutional point of view we would say that this position of ours indicates the limiting rule as a *meta-constitutional imperative*. The constitutional positivation does not hamper such a quality because the limiting rule relates to a primarily societal constitutionalization, regarding the legal support of

---

118 - TEUBNER, “A Constitutional Moment?...”, pp. 10 ff.

119 - LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 757, e LUHMANN, Niklas, “Selbst-Thematisierung des Gesellschaftssystems: Über die Kategorie der Reflexion aus der Sicht der Systemtheorie”, in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 2 – Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, 6.<sup>a</sup> edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, pp. 89-127.

120 - TEUBNER, Gunther, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, p. 87, and WILLKE, Helmut, *Systemtheorie I: Grundlagen*, 7.<sup>a</sup> edição, Stuttgart: Lucius & Lucius, 2006, p. 100.

121 - See the articles of the portuguese *Revista Direito e Política* 3 (2013), edited by PAULO OTERO and published by Diário de Bordo Editores.

the reflexivity and differentiation of the systems.<sup>122</sup>

#### 4. FINAL REMARKS

It is now time to conclude. When we assert the under-complexity of social rights what is highlighted is the following:

- 1) that social rights are subservient to the ends of power and to its dissemination across society, allowing for power to penetrate previously untouched social spheres or realms;
- 2) that social rights channel too much environmental complexity into the political system, inducing an over-expansion of its operativity;<sup>123</sup>
- 3) that social rights contain no inbuilt device to balance, maintain in bearable levels or restrict that surplus of operativity;<sup>124</sup>
- 4) that the social rights' induced growth of the political system unleashes disruption on the political operativity and on the autopoiesis of other differentiated systems;<sup>125</sup>
- 5) that in ultimate analysis a menace to the functional differentiation of society can be generated.

From a systems-theory point of view, the only exit out of the dilemma consists in investing in strategies of self-limitation and self-restriction, meaning improved reflection of the political system as an autopoietic system among autopoietic systems in society.<sup>126</sup>

Normative theories of legitimacy should, for the purpose, refocus their attention from supporting power's expansion to emphasizing the need of maintaining power's reproduction or circulation within bearable borders or limits.<sup>127</sup> Particular emphasis should be placed on creating, improving and reinforcing legal mechanisms of control and avoidance of the negative externalities of social rights,

---

122 - LUHMANN, *Das Recht*, p. 481, and TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, pp. 120-139.

123 - CZERWICK, *Systemtheorie der Demokratie*, p. 153: "Der Wohlfahrtsstaat ist so gesehen ein Ergebnis von politischen Problemlösungen, mit denen sich das politische System ständig selbst überfordert".

124 - CZERWICK, *Systemtheorie der Demokratie*, p. 154.

125 - See THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, pp. 293-295, mentioning a "crisis of inclusion" as a consequence of the increase of "programmatically rights".

126 - TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, p. 87, and WILLKE, *Systemtheorie I*, p. 100.

127 - See, as an example of that effort, LADEUR, Karl-Heinz, "Risiko Sozialstaat. Expansion des Sozialstaats ohne verfassungsrechtliche Schranken", *Der Staat* 46 (2007), pp. 61-88.

thereby counteracting certain expansionary intents of the political. The legal system and the legal actors must assume somehow a task of defining barriers to the unrestricted implementation of social policies.

We tend, in fact, to advocate for the end of the current theoretical legitimation of the Welfare State and social rights. Devaluating their constitutional dignity is a possible path, but it appears as too formal. Instead, narratives and discursivities need to change in society and inside the political system. In a certain sense we could say that we face a cultural issue. Besides concrete measures (the *Schuldenbremse* is one instrument for the limitation of the political system's growth), one has to abandon the illusion of the State as a hierarchical *locus* of society's steering. Only after that will the claims and expectation addressed to the State begin to decrease or change in nature. The political must also embrace another self-description of itself, namely one that puts tone on its own limitations and on its inability to control societal processes outside its sphere. This does not equate with the end of the State. We are not denying that there are possibilities of the political system influencing societal processes. But it is just an influencing: there is never guarantee of success nor is it possible a certain prediction of the consequences that political measures might have on other social realms. Required is political humbleness, emphasizing the *Ohnmacht* of political power in so many and varied situations. Regulatory instruments must also be adequate to the regulatory circumstances and autopoietic context, but I will leave that for another paper.



## **Miguel Galvão Teles, filósofo do direito<sup>1</sup>**

**Miguel Nogueira de Brito**

**Resumo:** O presente artigo pretende dar a conhecer os importantíssimos contributos de Miguel Galvão Teles no domínio da filosofia e da teoria do direito, honrar através da análise das suas ideias o espírito de diálogo a que sempre se mostrou generosamente aberto e homenagear na revista da Faculdade de Direito um dos seus mais brilhantes juristas.

**Palavras-chave:** Miguel Galvão Teles; Filosofia do direito; Tempo e direito; Estado de natureza; Direito de resistência

**Abstract:** The purpose of this article is to raise awareness of the important contributions of Miguel Galvão Teles in the field of philosophy and theory of law, to honor the spirit of dialogue which he has always promoted by analyzing his ideas and to remember in the pages of the Lisbon Law Review one of the Law Faculty most brilliant jurists.

**Keywords:** Miguel Galvão Teles; Philosophy of law; Time and law; State of nature; Right of resistance

---

1 - Texto desenvolvido a partir da intervenção na sessão de homenagem a Miguel Galvão Teles no âmbito do seminário permanente de teoria e filosofia do direito, realizada em 23 de março de 2015. É devido um agradecimento ao Dr. José de Sousa Brito pelo convite a intervir em tal sessão.

## 1. INTRODUÇÃO

Dar conta do pensamento de Miguel Galvão Teles no domínio da filosofia do direito exigiria certamente maiores desenvolvimentos do que aqueles que aqui posso dedicar ao tema. Vou assim concentrar-me em três ideias que considero fundamentais ou que, pelo menos, influenciaram decisivamente o modo como penso as questões em torno dessas ideias. São as seguintes: *(i)* a coordenada temporal do direito, *(ii)* a ideia de universo jurídico e *(iii)* a ideia de estado de natureza de segundo grau. Atribuirei especial ênfase a esta última, não só pela importância que lhe dava o seu autor, mas também por me parecer a mais polémica e provocadora.

O meu objetivo é tríplice: dar a conhecer os importantíssimos contributos de Miguel Galvão Teles no domínio da filosofia e da teoria do direito, honrar através da análise das suas ideias o espírito de diálogo a que sempre se mostrou generosamente aberto e homenagear na revista da Faculdade de Direito um dos seus mais brilhantes juristas.

## 2. A TEMPORALIDADE JURÍDICA

A originalidade do pensamento de Miguel Galvão Teles a propósito da coordenada temporal do direito torna-se evidente se pensarmos que o mesmo se constitui como alternativa às duas perspetivas, diametralmente opostas, sob as quais costuma ser articulada a temporalidade jurídica.

Temos, primeiro, a tendencial negação da evolução do sistema jurídico no contexto da norma fundamental da teoria pura, para a qual todas as modificações do direito se devem concentrar na primeira constituição histórica, sob pena de se verificar uma rutura no sistema jurídico.

Em segundo lugar, e em sentido oposto, temos a recusa da relevância das normas constitucionais anteriores na perspetiva do ordenamento vigente, conforme é sustentado pela regra de reconhecimento de Herbert Hart.

De acordo com a perspetiva da teoria pura, todo o direito tem de estar de algum modo contido no momento inaugural do sistema jurídico; segundo a regra de



reconhecimento, pelo contrário, interessa apenas o direito em vigor no momento atual.<sup>2</sup>

A primeira construção torna difícil compreender a origem de novas ordens jurídicas, através de fenómenos como a «*devolution*», isto é, através dos atos pelos quais o Parlamento britânico conferiu independência às suas colónias.<sup>3</sup> Do mesmo modo, tal construção tem o efeito, claramente contraintuitivo, de considerar como contido na constituição histórica da monarquia absoluta um regime constitucional assente numa constituição outorgada pelo monarca, como sucedeu com a nossa Carta Constitucional de 1826. Finalmente, a perspetiva temporal própria da teoria pura do direito adotava uma postura excessivamente rígida em relação ao problema dos limites da revisão constitucional.

A segunda construção, defendida por Hart, considerava, pelo contrário, como tendencialmente irrelevantes quaisquer normas anteriores na perspetiva da validade das normas atuais.

Contra estes dois extremos, Miguel Galvão Teles propunha-se dar a devida relevância à evolução temporal das normas jurídicas. Neste contexto, haveria que considerar a referência temporal direta, ou relação linear passado-futuro, nos termos da qual os atos jurídicos anteriores condicionam a validade dos atos posteriores. Mas, para além disso, haveria ainda que considerar a referência reversa, através da qual também os atos posteriores são suscetíveis de fundamentar a validade dos atos anteriores, por exemplo do direito anterior a uma revolução.

Isto significa que as referências reversas operam uma reconstituição da unidade do direito que opera para trás, em oposição ao princípio da dinâmica jurídica da teoria pura, mas também uma reconstrução que opera através da aceitação das razões que estão na base do direito anterior.

Assim, seria um erro pensar que o direito anterior a uma revolução é reposto ou recriado por esta, mas apenas que passa a assentar numa nova pretensão de validade.<sup>4</sup> Isto é possível, desde logo, porque se tem como assente que as normas cuja vigência cessou não desaparecem, nem deixam de fazer parte do sistema jurídico.<sup>5</sup>

---

2 - Cf. Miguel Nogueira de Brito, *A Constituição Constituinte: Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, Coimbra Editora, 2000, p. 250.

3 - Sobre estes processos de independência, cf. Miguel Herrero de Miñon, “Autoctonia Constitucional y Poder Constituyente (Con referencia a algunos casos recientes en la historia de la descolonización)”, in *Revista de Estudios Políticos*, n.º 169-170, Enero-Abril, 1970, pp. 83 e ss.

4 - Cf. Miguel Galvão Teles, “O Problema da Continuidade da Ordem Jurídica e a Revolução Portuguesa”, in *Escritos Jurídicos*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 274-275.

5 - Cf. Miguel Galvão Teles, “Temporalidade Jurídica e Constituição”, in *Escritos Jurídicos*, Vol.

Esta construção teórica tem, como não podia deixar de acontecer – dado o facto de Miguel Galvão Teles ser um jurista completo –, a sua raiz na necessidade de resolver um problema prático. Foi a necessidade de resolver tal problema que levou Miguel Galvão Teles a criar o conceito de inconstitucionalidade pretérita e a desenvolver a ideia de momentos de referência temporal do direito. A inconstitucionalidade pretérita significa «*a desconformidade entre um ato ou uma norma e uma norma constitucional que já não se encontra em vigor mas que desempenhou, em relação a tal ato ou tal norma, função conformadora ou paramétrica*».<sup>6</sup>

Enquanto na inconstitucionalidade presente ou atual a norma constitucional violada está em vigor, na inconstitucionalidade pretérita deixou de vigorar. Nesta conformidade, seria possível extrair consequências, no momento atual, da desconformidade do direito ordinário com uma Constituição anterior, pelo menos se a desconformidade em causa respeitasse a valores também tutelados pela nova ordem constitucional.<sup>7</sup>

É importante, por último, salientar a originalidade do pensamento de Miguel Galvão Teles a este propósito, que chega a resultados paralelos aos obtidos por outras construções, mas com base em argumentação original e desenvolvida autonomamente. A doutrina dos pontos de referência temporais encontra o seu paralelo na construção de Eugenio Bulygin e a sua distinção entre tempo interno e tempo externo das normas,<sup>8</sup> ou na ideia de referência retrospectiva de John Finnis, incluída num princípio geral de acordo com o qual as normas de competência passadas mantêm relevância no presente relativamente à existência atual de regras criadas na sua base.<sup>9</sup>

### 3. O UNIVERSO JURÍDICO

O segundo ponto que aqui gostaria de tratar diz respeito à ideia de universo jurídico.

---

II, cit., p. 354.

6 - Cf. Miguel Galvão Teles, “Inconstitucionalidade Pretérita”, in *Escritos Jurídicos*, Vol. I, Almedina, Coimbra, p. 72.

7 - Cf. Miguel Galvão Teles, “Inconstitucionalidade Pretérita”, *cit.*, p. 96.

8 - O tempo interno corresponde à sequência de momentos em que uma norma é aplicada e o tempo externo ao intervalo de tempo entre os momentos em que uma norma é criada e eliminada: cf. Eugenio Bulygin, “Tiempo y Validez”, in Carlos Alchourrón e E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 198 e ss.

9 - Cf. John Finnis, “Revolutions and Continuity of Law”, in *Philosophy of Law*, Collected Essays, Volume IV, Oxford University Press, 2011, pp. 423 e ss.

Ao contrário do anterior, este aspeto não foi desenvolvido em profundidade por Miguel Galvão Teles, sem prejuízo de lhe atribuir enorme relevância, como saberão todos quantos tiveram a oportunidade de com ele discutir estas ideias.

O conceito de universo jurídico surge pela primeira vez no estudo *Eficácia dos Tratados*, de 1967, e depois é ocasionalmente retomado, mas sempre como uma promessa, um conceito a desenvolver.<sup>10</sup>

O sentido da ideia de universo jurídico pode ser alcançado através do confronto com a ideia de sistema jurídico. Segundo Miguel Galvão Teles, o conceito de sistema jurídico assentaria nas noções de determinação justificativa (ou referência direta) e de referência reversa. A ideia de sistema jurídico apontaria para uma «*estruturação das normas e das fontes segundo uma cadeia de determinação justificativa rigorosa e potencialmente completa*».<sup>11</sup> Este modo de estruturação e agregação do material jurídico não seria, todavia, o único, deixando de fora o costume, por exemplo.

A este propósito, Miguel Galvão Teles distinguia entre dois possíveis conceitos de norma fundamental. Assim, teríamos uma norma fundamental própria dos sistemas jurídicos fundacionais, as quais seriam constituídas como normas individuais, referidas a determinados atos constituintes. Para além disso, haveria ainda as normas fundamentais próprias dos sistemas não fundacionais, constituídas como normas gerais, sendo a respetiva competência reclamada por e para todos os atos de certa natureza.<sup>12</sup>

Neste contexto, haveria que procurar um conceito de unidade jurídica diferente do de sistema, e esse conceito seria o de universo jurídico. O conceito de universo jurídico apresenta-se assim como «*o quadro de relevância de normas, factos e situações jurídicas*» para cada jurisdição ou em cada espaço jurídico, como Miguel Galvão Teles se lhe chegou a referir, embora sustentando que o conceito careceria de maiores desenvolvimentos.

O sentido do conceito de universo jurídico seria o de dar relevância às normas estranhas ao sistema jurídico, isto é, o de explicar a relevância na ordem de um Estado soberano de normas de direito estrangeiro ou de normas de direito internacional.

---

10 - Cf. Miguel Galvão Teles, *Eficácia dos Tratados na Ordem Interna Portuguesa (Condições, Termos e Limites)*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1967, pp. 217 e ss.; idem, “A Revolução Portuguesa e a Teoria das Fontes”, in *Escritos Jurídicos*, Vol. II, cit., p. 313.

11 - Cf. Miguel Galvão Teles, “A Revolução Portuguesa e a Teoria das Fontes”, in *Escritos Jurídicos*, Vol. II, cit., p. 312.

12 - Cf. Miguel Galvão Teles, “Temporalidade Jurídica e Constituição”, in *Escritos Jurídicos*, Vol. II, cit., p. 363.

Não sei bem em que direção este conceito poderia vir a ser explorado por Miguel Galvão Teles,<sup>13</sup> mas parece-me que o mesmo envolve em certa medida a ideia de que o Estado está sempre presente no conceito de ordenamento jurídico, «*tornando-se impossível negar, no estado presente da vida jurídica, a existência de um espaço jurídico específico de cada Estado*».<sup>14</sup> Seria interessante estabelecer um confronto entre a ideia de universo jurídico e as teorias do pluralismo jurídico, em especial considerando as suas teses da (i) inevitabilidade de choques e conflitos entre normas e pretensões de validade, (ii) da desnecessidade da soberania para o conceito de ordem jurídica e (iii) da dissociação entre ordenamento e unidade, ordenação lógica e diferenciação hierárquica.<sup>15</sup>

#### 4. ESTADO DE NATUREZA DE SEGUNDO GRAU

Entro finalmente no terceiro aspeto do pensamento de Miguel Galvão Teles que aqui vou considerar, sem dúvida o mais original e importante, pelo menos no meu modo de ver. Trata-se do estado de natureza de segundo grau.

Miguel Galvão Teles foi conduzido a esta ideia através da procura do fundamento normativo de uma determinada ordem jurídica. Neste ponto existe uma conexão evidente com o tema das referências reversas: existe um ponto em que estas, como o próprio Miguel Galvão Teles afirma, invocam justificações puras e, nessa medida, tornam-se constitutivas das próprias normas em que assentam.<sup>16</sup> Isto significaria que, em termos de positividade, e para além do apelo ao princípio da legitimidade, a autoridade jurídica da Constituição é autoafirmada.

Na verdade, podemos dizer que o tema do contrato de natureza de segundo grau surge a Miguel Galvão Teles como consequência de dois aspetos: (i) por um lado, como resultado do termo da sucessão regressiva de referências reversas no domínio do direito positivo; (ii) por outro lado, como reconstrução do direito de revolução com base na crítica do pensamento de Kant sobre a matéria.

---

13 - Uma dessas vias de exploração pode encontrar-se em “Constituições dos Estados e Eficácia Interna do Direito da União e das Comunidades Europeias – em Particular sobre o Artigo 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa”, in *Escritos Jurídicos*, Vol. I, *cit.*, pp. 371.

14 - Cf. Miguel Galvão Teles, *Eficácia dos Tratados na Ordem Interna Portuguesa*, *cit.*, p. 218.

15 - Cf. Jean L. Cohen, *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2012, p. 59.

16 - Cf. Miguel Galvão Teles, “Legal Freedom, Constitution and Second-Order State of Nature”, in *Escritos Jurídicos*, Vol. II, *cit.*, p. 500.

Não vou entrar numa análise aprofundada destes dois pontos de partida,<sup>17</sup> mas antes procurar reconstruir a noção de estado de natureza de segundo grau. Segundo a entendo, a ideia de estado de natureza de segundo grau parte da «*radical autonomia de cada pessoa*».<sup>18</sup> Uma consequência direta desta autonomia radical seria a de que um comando imposto num sistema jurídico aos respetivos destinatários tem apenas validade no ponto de vista do próprio sistema. Fora desse ponto de vista existe uma relação de estado de natureza permanente entre a autoridade que reclama autoridade num determinado sistema jurídico e aqueles mesmos destinatários. Essa relação de estado de natureza seria de segundo grau, uma vez que uma das partes na relação pretende exercer autoridade sobre a outra. Por essa mesma razão, o estado de natureza de segundo grau seria assimétrico, atendendo a que existe apenas uma pretensão de autoridade, salvo no caso de rebelião. Neste último caso, e na medida em que exista um concurso de pretensões de autoridade, o estado de natureza de segundo grau passaria a ser simétrico. Em todo o caso, estaríamos perante relações extra-sistemáticas: isto é, relações entre uma pessoa, ou grupo de pessoas, e um sistema jurídico, ou uma relação entre dois sistemas distintos.<sup>19</sup> Uma das consequências práticas desta construção seria a afirmação de um direito de resistência robusto, porventura com um alcance maior do que aquele que decorre do artigo 21.º da Constituição, o qual abrange a resistência passiva e defensiva, mas já não a resistência agressiva,<sup>20</sup> em pouco se diferenciando do princípio da aplicação direta dos direitos, liberdades e garantias.

É possível pensar nalgumas críticas suscitadas por esta construção: (i) a sua excessiva identificação com um conceito negativo de liberdade; (ii) a ausência de critério para distinguir o exercício legítimo do direito de rebelião em face do seu exercício ilegítimo; (iii) por último, não é claro se o estado de natureza de segundo grau assimétrico se caracteriza apenas por só uma das partes (normalmente o Estado) pretender o exercício da autoridade sobre a outra, ou se, para além disso, aquela assimetria resulta ainda de o indivíduo não se reconhecer como membro da

---

17 - Sobre o segundo destes aspetos, cf. Miguel Nogueira de Brito, “*Exeundum esse e statu naturali* – Considerações sobre o Estado de Natureza de «Segundo Grau»”, in Jorge Miranda *et al.* (org.), *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 57 e ss.

18 - A expressão é de Miguel Galvão Teles, “*State of Nature, Pure Republic and Legal Duty of Obedience*”, in *Escritos Jurídicos*, Vol. II, cit., p. 471.

19 - Cf. Miguel Galvão Teles, “*Legal Freedom, Constitution and Second-Order State of Nature*”, in *Escritos Jurídicos*, Vol. II, cit., p. 506.

20 - Cf. Jorge Miranda e José Lobo Moutinho, “*Artigo 21.º*”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2010, pp. 461-462.

comunidade política, embora esta não possa deixar de o encarar como tal.<sup>21</sup>

A primeira crítica suscitada pela tese do estado de natureza de segundo grau prende-se com a dificuldade de acomodar o aspeto positivo da liberdade, essencialmente dependente da lei, numa relação de estado de natureza. Se a liberdade do indivíduo resulta da própria lei, e não é simplesmente definida como ausência de interferência de um poder exterior ao indivíduo, isso significa que só é verdadeiramente livre o cidadão cuja condição jurídica é definida pelo Estado, e não aquele cuja liberdade se define pela pura ausência de interferência dos poderes públicos. A segunda crítica resulta da ausência, na construção do estado de natureza de segundo grau, de uma clara delimitação entre um efetivo Estado de Direito, em que o direito de resistência não tem lugar, e um poder político despótico, caso em que a resistência e a revolução surgem não apenas como um direito, mas até como um dever. Esta ausência de critério, no estado de natureza de segundo grau, para delimitar os casos legítimos de recurso à revolta é de algum modo confirmada por Miguel Galvão Teles quando menciona que os direitos surgem em tal contexto como «*direitos-duelo*».<sup>22</sup> Finalmente, a terceira crítica prende-se com a seguinte questão: se o indivíduo não reconhece qualquer vínculo para com a comunidade política em que se integra, por que razão o deverá esta encarar como seu membro efetivo? Por outras palavras, se o indivíduo encara a sua relação com o Estado como própria do estado de natureza, por que razão não há-de o Estado adotar a mesma perspetiva? A resposta evidente é a de que ao pretender exercer autoridade sobre os seus nacionais o Estado não pode tratá-los no âmbito de uma relação de estado de natureza. Ao mesmo tempo, isso não significa que o Estado não possa definir as condições indispensáveis para que um indivíduo possa ser tratado enquanto membro da comunidade política, encarando todos aqueles que não satisfaçam essas condições como inimigos. O problema ganha especial acuidade no contexto da designada guerra contra o terror.

Em qualquer caso, o aspeto importante a salientar é que num Estado de Direito não existe lugar para um direito de rebelião, mas antes para o exercício dos direitos fundamentais, entre os quais a liberdade de expressão e de manifestação. O direito de resistência não significa a persistência do estado de natureza após a instituição da comunidade política, mas o regresso ao estado de natureza em

---

21 - Cf. Miguel Nogueira de Brito, “*Exeundum esse e statu naturali* – Considerações sobre o Estado de Natureza de «Segundo Grau»”, *cit.*, pp. 78 e ss.

22 - Cf. Miguel Galvão Teles, “State of Nature, Pure Republic and Legal Duty of Obedience”, *cit.*, p. 170. Como veremos adiante, Hobbes, apesar do seu absolutismo político e da sua rejeição de um direito de resistência em sentido forte, implicando a mudança do regime político, tinha um critério para admitir a autodefesa dos súbditos: a defesa da própria vida.

virtude do insucesso dessa comunidade em fazer respeitar os princípios do Estado de Direito.<sup>23</sup> Existem, todavia, outros pontos a considerar.

Desde logo, seria interessante confrontar a ideia de estado de natureza de segundo grau simétrico com a própria existência do direito internacional. Para além disso, é necessário salientar um ponto importante, na verdade decisivo, que é aflorado num dos últimos escritos de Miguel Galvão Teles sobre o tema, incluído nos estudos em homenagem a Jorge Miranda. Em tal estudo, Miguel Galvão Teles cita, em nota de rodapé, a importante carta de Espinosa a Jarig Jelles, de 1674, em que o filósofo explicita a diferença do seu sistema em relação ao defendido por Hobbes.<sup>24</sup>

Tal diferença consiste em Espinosa manter sempre o direito natural mesmo depois da instituição da cidade, e não atribuir qualquer direito aos soberanos sobre os seus súbditos senão na medida do excesso da sua potência sobre a potência dos súbditos. E concluía: «*É a continuação do Estado de natureza*».<sup>25</sup>

Não há dúvida que à luz desta referência o problema do direito de resistência tem de ser repensado.

O pensamento político de Espinosa, como de resto a carta do próprio atrás

---

23 - Hobbes, de resto, não deixou de considerar isto mesmo quando afirmou o direito de o soberano aplicar a pena capital aos seus súbditos e, simultaneamente, o direito de estes se defenderem, mesmo que justamente condenados. Assim, a aplicação da pena capital coloca o soberano numa relação de estado de natureza com o particular cuja vida é ameaçada [cf., neste sentido, Gordon J. Schochet, “Hobbes and the Voluntary Basis of Society”, in Mary G. Dietz (org.), *Thomas Hobbes and Political Theory*, University Press of Kansas, Lawrence, 1990, p. 62]. Repare-se, todavia, que não está aqui em causa um direito de resistência, na sua dimensão coletiva, mas apenas um direito de autodefesa individual, em caso de ameaça de morte.

24 - Cf. “Legal Freedom, Constitution and Second-Order State of Nature”, in *Escritos Jurídicos*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2014, p. 502, nota 41.

25 - Cito segundo a tradução apresentada por Miguel Galvão Teles, sem indicação de proveniência, mas igualmente seguida por outros autores (cf., por exemplo, Antonio Negri, *Spinoza Subversif. Variations (In)actuelles*, tradução do original italiano, Éditions Kimé, Paris, 1994, p. 36). No original latino é a seguinte a passagem em causa: «*Quantum ad Politicam spectat, discrimen inter me, et Hobbesium, de quo interrogas, in hoc consistit, quod ego naturale Jus semper sartum tectum conservo, quodque Supremo Magistratui in qualibet Urbe non plus in subditos juris, quam juxta mensuram potestatis, qua subditum superat, competere statuo, quod in statu Naturali semper locum habet*» [disponível em [http://spinozaetnous.org/wiki/Ab\\_et\\_ad\\_Jelles\\_\(1667-1674\)](http://spinozaetnous.org/wiki/Ab_et_ad_Jelles_(1667-1674)), último acesso em 3 de maio de 2015]. Cf., a propósito, a tradução em inglês de R. H. M. Elwes : «*As regards political theories, the difference which you inquire about between Hobbes and myself, consists in this, that I always preserve natural right intact, and only allot to the chief magistrates in every state a right over their subjects commensurate with the excess of their power over the power of the subjects. This is what always takes place in the state of nature*» (cf. Benedict de Spinoza, *On the Improvement of the Understanding, The Ethics, Correspondence*, Dover Publications, 1955, p. 369).

mencionada deixa antever, é mais facilmente apreendido por oposição ao de Hobbes, o pensador por excelência da representação política e da negação do direito de resistência, sendo neste aspeto um antecessor de Kant sobre a matéria. As principais dimensões do pensamento de Espinosa, tomando como ponto de referência a sua oposição a Hobbes, são as seguintes: (i) a distinção entre multidão e povo; (ii) a distinção entre o jusnaturalismo contratualista de inspiração racionalista e o direito de natureza baseado nas inclinações de cada um e na sua potência; (iii) a distinção entre o carácter vinculativo das promessas e a possibilidade de as violar enquanto dimensão essencial do *jus sive potentia*.

A distinção entre povo e multidão foi estabelecida pelo próprio Hobbes, no *De Cive*. Segundo sustentou nesta obra, no conceito de povo converge, através da representação política, a pluralidade dos muitos enquanto tais, isto é enquanto multidão. O povo exprime, pois, a unidade de decisão política que é o Estado. Construir o Estado significa submeter a multidão.<sup>26</sup> Pelo contrário, segundo Espinosa o conceito de multidão indica uma pluralidade que persiste enquanto tal mesmo após a instituição do Estado.<sup>27</sup>

O pensamento político de Hobbes é uma das principais bases da teoria contratualista moderna. Os seres humanos são titulares de direitos naturais universais que os pactos com base nos quais são instituídas as sociedades políticas devem preservar. Para Espinosa, pelo contrário, o direito natural corresponde simplesmente às «regras de natureza de cada indivíduo, regras segundo as quais concebemos qualquer ser como naturalmente determinado a existir e a agir de uma certa maneira. (...) cada indivíduo tem pleno direito a tudo o que está em seu poder, ou seja, o direito de cada um estende-se até onde se estende a sua exata potência».<sup>28</sup> A consequência mais imediata disto é que «o direito estende-se até onde se estende a potência e não contrário: por natureza não é o direito que indica o que se pode fazer, mas a potência que determina o que se tem o direito de fazer».<sup>29</sup>

Ora, parece claro que a definição do direito de natureza como potência impossibilita

---

26 - Cf. Thomas Hobbes, *On the Citizen* [De Cive], organização e tradução de Richard Tuck e Michael Silverthorne, Cambridge University Press, Cambridge University Press, 1998 [1642], p. 76 (Cap. VI, Secção 1).

27 - Cf. Paolo Virno, *Gramática de la Multitud. Para un Análisis de las Formas de Vida Contemporáneas*, tradução do original italiano de Adriana Gómez, Juan Domingo Estop e Miguel Santucho, Traficantes de Sueños, Madrid, 2003, p. 21.

28 - Cf. Baruch de Espinosa, *Tratado Teológico-Político*, tradução, introdução e notas de Diogo Pires Aurélio, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1988, p. 308 (Cap. XVI).

29 - Cf. Filippo Del Luchese, *Tumulti e Indignatio: Conflito, Diritto e Moltitudine in Machiavelli e Spinoza*, Edizioni Ghibli, Milão, 2004, p. 294.



a reconstrução contratualista do pensamento de Espinosa.<sup>30</sup>

Finalmente, a tradição contratualista baseia a sua força no carácter absoluto das promessas e do seu respeito, isto é, das promessas que são pactos, assentes na existência de uma garantia de cumprimento; pelo contrário, a doutrina de Espinosa, na linha do pensamento de Maquiavel, adota uma visão consequencialista do cumprimento das promessas. Assim, segundo Hobbes, «*depois de celebrado um pacto, rompê-lo é injusto. E a definição da injustiça não é outra coisa senão o não cumprimento de um pacto*».<sup>31</sup> Espinosa sustenta que «*um pacto não pode ter qualquer força a não ser em função da sua utilidade e que, desaparecida esta, imediatamente o pacto fica abolido e sem eficácia*».<sup>32</sup> Hobbes não discordaria desta afirmação, no que diz respeito aos contratos celebrados em estado de natureza.<sup>33</sup> Mas Espinosa vai mais longe: «*A condição para que uma sociedade se possa constituir sem nenhuma contradição com o direito natural e para que um pacto possa ser fielmente observado é, pois, a seguinte: cada indivíduo deve transferir para a sociedade toda a sua própria potência, de forma a que só aquela detenha, sobre tudo e todos, o supremo direito de natureza, isto é, a soberania suprema à qual todos terão de obedecer, ou livremente ou por receio da pena capital. O direito de uma sociedade assim chama-se Democracia*».<sup>34</sup> Por outras palavras, se para Hobbes a instituição de qualquer regime político, através do pacto social, pressupõe o carácter vinculativo dos contratos, para Espinosa só um concreto regime político, a democracia, se mostra apto a fundar esse mesmo carácter vinculativo.

As consequências destas diferenças entre o pensamento político de Hobbes e o de Espinosa são claras. Em primeiro lugar, o pensamento de Hobbes aponta para um edifício constitucional assente na negação do direito de resistência,<sup>35</sup> enquanto

---

30 - Cf. Filippo del Luchese, *Tumulti e Indignatio: Conflito, Diritto e Moltitudine in Machiavelli e Spinoza*, cit., p. 299; sobre o assunto veja-se ainda a análise desenvolvida de André Santos Campos, *Jus sive Potentia: Direito Natural e Individuação em Spinoza*, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 340 e ss.

31 - Cf. Thomas Hobbes, *Leviatã*, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, Imprensa Nacional-casa da Moeda, Lisboa, 1995, p. 125 (Cap. XV).

32 - Cf. Baruch de Espinosa, *Tratado Teológico-Político*, cit., pp. 311-312 (Cap. XVI).

33 - Cf. Thomas Hobbes, *Leviatã*, cit., p. 120 (Cap. XIV).

34 - Cf. Baruch de Espinosa, *Tratado Teológico-Político*, cit., pp. 312-313 (Cap. XVI).

35 - Cf., neste sentido, Perez Zagorin, *Hobbes and the Law of Nature*, Princeton University Press, Princeton e Oxford, 2009, p. 64; Deborah Baumgold, “Hobbes’s Political Sensibility”, in Mary G. Dietz (org.), *Thomas Hobbes and Political Theory*, cit., pp. 79-80. Em sentido contrário, Susanne Sreedhar, *Hobbes on Resistance: Defying the Leviathan*, Cambridge University Press, 2010. Sobre esta última obra, cf. a recensão crítica de A. P. Martinich, in *Notre Dame Philosophical Reviews*,

Espinosa adota um modo de ver a política de que faz parte esse mesmo direito. Repare-se que não está em causa a simples resistência passiva ou defensiva, mas a resistência entendida como direito de alterar o regime político. Em segundo lugar, a construção de Hobbes implica um modo de ver a Constituição assente na transmutação do poder constituinte originário em poder constituinte derivado, ou poder de revisão; pelo contrário, na conceção jurídico-política de Espinosa o poder constituinte originário nunca se deixa aprisionar nas normas constantes de um concreto texto constitucional.<sup>36</sup> Por último, enquanto Hobbes pretendia justificar o poder absoluto do soberano, Espinosa defendia a instituição dum regime democrático.

A contraposição entre o pensamento de Hobbes e o de Espinosa leva-nos pois a estabelecer a diferença entre uma forma de pensar em que a instituição do Estado implica a superação do estado de natureza e uma forma de pensar em que o estado de natureza perdura para além da instituição do Estado. O problema, todavia, é que o Estado constitucional assenta na tradição contratualista de que Hobbes faz parte.<sup>37</sup> A tradição espinosista do estado de natureza poderá fazer sentido nos quadros de

---

2011.3.25, in <https://ndpr.nd.edu/news/24660-hobbes-on-resistance-defying-the-leviathan/>. Como refere este último, «*Susanne Sreedhar's thesis is that according to Hobbes subjects have the right to rebel; that is, they collectively have the right to resist their sovereign when in their judgment he is a threat to their survival. This is, or at least appears to be, much stronger than the thesis that a subject has a right to defend herself against immediate threats to her life whatever the source, including her sovereign or the sovereign's agents. I think that Hobbes would agree with the latter thesis, but I am highly doubtful that he would accept the former. In Leviathan, the explicit terms of the social contract are that people give up their right to make the kinds of decisions that would be necessary for them to rebel; they give up such a right when they give up the right to govern themselves. If the proposition that subjects have a right to rebel had been put to Hobbes, he would have denied it.*

A diferença entre estas duas realidades é bem expressa nas seguintes passagens do Leviatã: assim quanto à autodefesa afirma Hobbes que «*se o soberano ordenar a alguém (mesmo que justamente condenado) que se mate, se fira ou mutile a si mesmo, ou que não resista aos que o atacarem, ou que se abstenha de usar os alimentos, o ar, os medicamentos, ou qualquer outra sem a qual não poderá viver, esse alguém tem a liberdade de desobedecer*»; quando ao direito de resistência afirma que «*ninguém tem a liberdade de resistir à espada do Estado, em defesa de outrem, seja culpado ou inocente. Porque essa liberdade dos meios para nos proteger, sendo portanto destrutiva da própria essência do Estado*» (cf. Thomas Hobbes, *Leviatã*, cit., Cap. XXI, pp. 180-181); sem efetuar esta distinção, cf. Phillip Pettit, *Made with Words: Hobbes on Language, Mind, and Politics*, Princeton University Press, 2008, pp. 127-128.

36 - Cf., sobre este ponto, Antonio Negri, *Le Pouvoir Constituant: Essai sur les Alternatives de la Modernité*, tradução do original italiano de Étienne Balibar e François Matheron, Presses Universitaires de France, Paris, 1992, pp. 399 e ss.

37 - Cf. Görg Haverkate, *Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, Verlag C. H. Beck, Munique, 1992, p. 9;

uma política superadora do Estado,<sup>38</sup> mas a sua relação com o constitucionalismo permanece problemática. Neste sentido, querer salvaguardar o estado de natureza após a instituição do Estado poderá bem contribuir, na realidade, para a superação deste último como a construção mais significativa da política e do direito.

Em qualquer caso, as considerações precedentes demonstram, sem dúvida, a importância do conceito de estado de natureza de segundo grau numa reflexão atual (e cada vez mais atual) sobre os limites do constitucionalismo e da sua relação com o Estado.

Maio de 2015

---

38 - E é esse, porventura, um dos poucos denominadores comuns do pensamento dos autores que reclamam hoje a herança político-filosófica de Espinosa: cf. Paolo Virno, *Gramática de la Multitud. Para un Análisis de las Formas de Vida Contemporáneas*, cit., pp. 25-26; Michael Hardt e Antonio Negri, *Multitude: War and democracy in the Age of Empire*, Hamish Hamilton, Londres, 2004, pp. 328 e ss.



## Arctic Sunrise: Coastal State's Jurisdiction V. Hot Pursuit Practicalities

---

Paula de Castro Silveira

*“If the end does not justify the means – What can?”*

Edward Paul Abbey

**Resumo:** Os protestos contra instalações petrolíferas localizadas na Zona Económica Exclusiva (doravante ZEE) e na plataforma continental dos Estados têm-se multiplicado nos últimos anos, como forma de chamar a atenção para os potenciais danos que podem resultar para o ambiente natural na sequência dessas actividades. A Greenpeace levou a cabo um dos mais divulgados nos últimos tempos, a 18 de Setembro de 2013, contra a instalação petrolífera da Gazprom, localizada na ZEE da Rússia. Aqui, vamos analisar o problema unicamente do ponto de vista do direito internacional, a fim de compreender como o Estado Costeiro deve agir face a uma ameaça deste tipo à instalação petrolífera e à zona de segurança estabelecida ao seu redor.

**Palavras-chave:** Direito de Perseguição; Arctic Sunrise; ZEE, Jurisdição; Instalações Petrolíferas

**Abstract:** Protests against oil installations located in the Exclusive Economic Zone (hereinafter EEZ) and Continental Shelf of States have been multiplied in the recent years, as a way to draw attention to the potential damage that they can cause to the natural environment. Greenpeace, carried one of the most publicized in recent times, on 18 September 2013, against the oil installation of Gazprom, located in Russia's EEZ. Here, we will analyze the problem only from the point of view of the international law, in order to understand how coastal State's should act against a possible threat of this kind to an oil installation and the established safety zone thereof.

**Keywords:** Hot Pursuit; Arctic Sunrise; EEZ; Jurisdiction; Offshore Oil Installations

---

**Paula de Castro Silveira** (paulacastrosilveira@gmail.com)  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / (CEDMAR-VMR-USP) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo / Universidade Católica de Moçambique

## 1. INTRODUCTION<sup>1</sup>

“Save the Arctic” is the slogan of the campaign that Greenpeace International (hereinafter Greenpeace) and national/regional Greenpeace Organizations have been engaged in since 2010.<sup>2</sup> In the course of this campaign, on 18 September 2013, on board the ship “*The Arctic Sunrise*”, Greenpeace activists engaged a protest against the Russian oil installation, Prirazlomnaya, located on Russia’s continental shelf in the Pechora Sea, within the EEZ, in order to draw attention to the potential environmental damage resulting from the exploration and exploitation of the Arctic.<sup>3</sup>

The following day the Russian authorities boarded the intruder’s ship, arrested the crew and detained the ship, alleging that those actions “*exposed the Arctic region to the threat of an ecological disaster with unimaginable consequences*”.<sup>4</sup> This detention prompted the immediate reaction of its flag state, the Netherlands. According to them, the vessel when boarded was exercising the freedom of navigation guaranteed by the UNCLOS<sup>5</sup>, to which both states are parties.<sup>6</sup> This problem is, in fact, the main issue of the case.

Therefore, having in consideration that the coastal State’s perspective received a rather limited focus until now, the present article examines the jurisdictional aspects of the case.<sup>7</sup> In particular, the purpose will be to understand and clarify,

---

1 - This paper is a short version of the dissertation submitted as a partial fulfillment of the requirements for the award of the Degree of Master of Laws (L.L.M) in International Maritime Law at IMO International Maritime Law Institute supported by a scholarship from the Lloyd’s Register Foundation.

2 - The “Arctic Sunrise” Case (Kingdom of Netherlands v. Russian Federation), Case No. 22, Request for prescription of provisional measures under Article 290, paragraph 5, of UNCLOS, of 21 October 2013 (hereinafter REQUEST), ITLOS, last viewed April 7, 2014, available at The “Arctic Sunrise” Case (Kingdom of Netherlands v. Russian Federation), Case No. 22, ORDER of 22 November 2013, ITLOS, last viewed April 7, 2014, available at [http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.22/](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/), Annex 2, para. 5.

3 - About ZEE see J. M. de Souza, Mar Territorial, Zona Econômica Exclusiva ou Plataforma Continental, in *Revista Brasileira de Geofísica*, Vol. 17, n.º 1, São Paulo Mar, 1999, available in <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-261X1999000100007>, last viewed 26 January, 2015.

4 - REQUEST, p. 3 of Annex 2 of Annex 1.

5 - United Nations Convention on the Law of The Sea of 10 December 1982.

6 - ASSAF HAREL, Preventing Terrorist Attacks on Offshore Installations: Do States Have Sufficient Legal Tools?, *Harvard National Security Journal*, Vol. 4, 2012, pp. 131-184, p.135, available in <http://harvardnsj.org/wp-content/uploads/2013/01/Vol.4-Harel-FINAL.pdf>, last viewed May 5, 2014.

7 - ANNA DOLIDZE, The Arctic Sunrise and NGOs, in International Judicial Proceedings, *Insights*,

according to international law, the limits of the coastal State's Jurisdiction on board the oil installation in the EEZ and inside the safety zones thereof.

For that, it will be first provided an overview of the events leading up to the arrest of the Arctic Sunrise, followed by a brief description of the ITLOS decision. After that, the discussion will start with the analysis of the safety zone concept and jurisdictional issues related, with special emphasis to the 3 nautical mile safety zone imposed by Russia. Follow the understanding of the rationale for the protection of the offshore oil installation, and its safety zone, under two different perspectives: UNCLOS and SUA Protocol. Finally, to complete the article it will be analyzed the most important tool for Coastal State's reaction facing an attack to an offshore installation - the right of hot pursuit – and its application to the present case.

## **2. THE ARCTIC SUNRISE CASE: BRIEF OUTLINE OF THE CIRCUMSTANCES**

On 18 September 2013, during a protest, Greenpeace activists tried to access the Russian offshore oil installation Prirazlomnaya. According to the information, five rigid inflatable boats (RIBs) from the Arctic Sunrise (Greenpeace mother-ship) approached the oil installation, while the Arctic Sunrise remained in a three-mile distance from the installation and briefly came within 3 nautical miles of it. The RIBs transported activists to the installation, who proceeded to climb the side wall of the installation as a form of protest with a safety pod that would allow climbers to hide and protect themselves.<sup>8</sup>

The Russian coast guard vessel Ladoga responded by taking measures to prevent the occupation of the installation, including firing warning shots from firearms. *Two of the speedboats occupants (a Swiss national and a Finnish national) were removed from the installation and taken aboard the coastguard vessel*.<sup>9</sup> The

---

Vol. 18, Issue: 1, January 3, 2014, available in <http://www.asil.org/insights/volume/18/issue/1/arctic-sunrise-and-ngos-international-judicial-proceedings>, last viewed April 1.

8 - The "Arctic Sunrise" Case (Kingdom of Netherlands v. Russian Federation), Case No. 22, Request for prescription of provisional measures under Article 290, paragraph 5, of UNCLOS, of 21 October 2013 (hereinafter REQUEST), ITLOS, last viewed April 7, 2014, available at The "Arctic Sunrise" Case (Kingdom of Netherlands v. Russian Federation), Case No. 22, ORDER of 22 November 2013, ITLOS, last viewed April 7, 2014, available at [http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.22/](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/)

9 - REQUEST, p. 2 of Annex 2 of Annex 1.

remaining activists and RIBs returned to the Arctic Sunrise.<sup>10</sup>

Following this incident, in a *note verbale*, dated 18 September 2013, the Russian Federation informed the Netherlands that it had decided “to seize *The Arctic Sunrise*”.<sup>11</sup> “The captain did not respond to the order to bring the ship to a halt. As a consequence, at 07:15 (Moscow time) warning shots were fired from the coast guard vessel’s artillery. The ship did not respond to the warning shots, however, and proceed to leave the security zone, after which it remained in the area that bordered on the security zone”.<sup>12</sup>

On 19 September, “after having spent a day and a half on board the Coast Guard vessel, activists Sini Saarela and Marco Weber [the Swiss national and the Finnish national] are returned to the *MYAS* [The Arctic Sunrise]”.<sup>13</sup> Subsequently, after boarding the Arctic Sunrise, the authorities of the Russian Federation took over control and took it to Murmansk Oblast.

In this regard, the Netherlands argued that the Russian Federation’s actions “breached its obligations owed to the Kingdom of the Netherlands in regard to the freedom of navigation and its right to exercise jurisdiction over the Arctic Sunrise”.<sup>14</sup> After the failure of diplomatic contacts between Russia and the Netherlands, on 4 October 2013, the Netherlands commenced an arbitration procedure against Russia under the provisions of UNCLOS. The Netherlands requested a determination that the arrest and detention of the Arctic Sunrise without prior consent were illegal under international law. In reply, Russia informed that it did not accept the arbitration procedure, invoking a declaration, it had made in becoming a party to the UNCLOS.<sup>15</sup> Subsequently, on 21 October 2013 the Netherlands submitted a request for provisional measures to ITLOS.<sup>16</sup>

On 22 November 2013, ITLOS announced its ruling in the Arctic Sunrise Case (Kingdom of the Netherlands v. Russia Federation) ordering the release of the crew and the ship upon the posting of a bond by the Netherlands.<sup>17</sup> Concomitantly,

---

10 - REQUEST, p. 6 of Annex 2.

11 - REQUEST, p. 3 of Annex 2 of Annex 1.

12 - REQUEST, p. 2 of Annex 2.

13 - REQUEST, p. 8 of Annex 2.

14 - REQUEST, p. 4.

15 - ALEX G. OUDE ELFERINK, The Arctic Sunrise Incident: A Multi-faceted Law of the Sea Case with a Human Rights Dimension, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 29, No. 2, June 2014, pp. 244-289, p. 246.

16 - REQUEST, p. 4.

17 - The “Arctic Sunrise” Case (Kingdom of Netherlands v. Russian Federation), Case No. 22,



the Russian Parliament granted amnesty from criminal charges to all persons on board the ship and the crew, following which the ship was released. However, this decision did not solve all the problems of the case, because the ITLOS abstained from considering the implications of Article 111 of UNCLOS in its Order.

Moreover, the Netherlands in its oral pleadings had put this matter before the Tribunal, as it had raised the question whether Russia could successfully rely on Article 111 of UNCLOS in an arbitration. Therefore, by not ruling on this critical issue in determining the existence of *prima facie* jurisdiction, the ITLOS opened the door for the criticism that its Order was not well founded in the facts and the law.<sup>18</sup>

### 3. THE SAFETY ZONE

The notion of safety zones around offshore installations was born in the ILC's deliberations on the legal regime pertaining to the Continental Shelf in the early 1950s. In its report to the UN General Assembly in 1956, the ILC recommended that coastal States be allowed to construct and maintain installations on their continental shelf and to establish safety zones at a "*reasonable distance*" around these installations. In the ILC's view, the establishment of safety zones were necessary due to the "*extreme vulnerability*" of these installations and the need to protect them from shipping.<sup>19</sup>

Consequently, the Continental Shelf Convention codifies, for the first time, the right to establish safety zones around those installations. However, the 500-meter limit on the breadth of the safety zones, which is included in that Convention, had been based on analogous regulations concerning the protection of oil production facilities on land from the danger of fire. Apparently, the distinct attributes of the offshore oil and gas industry were not taken into account when this limit was adopted.<sup>20</sup> Therefore, whether, or not, the breadth of the safety zone is sufficient for the security of oil installations against the threat of destruction remains questionable.

As offshore exploration and exploitation increased exponentially in the 1960s and 1970s, several "*concerned states*" attempted to extend the breadth of the safety

---

ORDER of 22 November 2013, ITLOS, last viewed April 7, 2014, available at [http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.22/](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/)

18 - ALEX G. OUDE ELFERINK, *op. cit.* p. 284.

19 - ASSAF HAREL, *op. cit.*, p.144.

20 - *Ibid.* at 145.

zone to 2,000 or even 4,000 meters. Nevertheless, States, fearing that giving coastal States discretion in determining the breadth of safety zones would lead to excessive limitations on navigation and disturb the “*delicate balance*” between exploitation of natural resources and the freedom of navigation, resisted that position.<sup>21</sup>

Under UNCLOS, Coastal States are entitled to declare safety zones around artificial islands and installations in the 200 nautical mile EEZ and on the Continental Shelf.<sup>22</sup> Article 60 (4) of UNCLOS provides authority for coastal States to “*establish reasonable safety zones around such artificial islands, installations and structures*”. In addition, this article establishes the 500 meters as the normal breadth of the safety zones. However, the Article also states that this breadth can be wider when “*authorized by generally accepted international standards or as recommended by the competent international organizational standards or as recommended by the competent international organization*”.<sup>23</sup>

Recognized as “*the competent international organization*”, the International Maritime Organization (IMO) Assembly has made a number of resolutions pertaining to the safety of installations in order to take into account the climatic conditions of polar waters and to meet appropriate standards of maritime safety and pollution prevention. These have covered issues such as guidelines for safety zones and safety of navigation around offshore installations and guidelines for ships operating in polar waters.<sup>24</sup> In this regard, the limits of the protection of the safety zones have raised some issues.<sup>25</sup>

In 2007, Brazil<sup>26</sup> presented a proposal to IMO asking for the approval for an expansion of the maximum size of permissible safety zones around offshore energy installations.<sup>27</sup> A number of delegates expressed concern that there were no established IMO procedures or guidelines in place to determine the granting of

---

21 - D.O. O’CONNELL, *The International Law of The Sea*, Volume I, Clarendon Press, Oxford, 1989, p.503.

22 - JAMES KRASKA and RAUL PEDROZO, *International Maritime Security Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2013, p. 76.

23 - Article 60 (5) of UNCLOS.

24 - IMO Resolution A.1024 (26), Dec. 2, 2009, available in [http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data\\_id=29985&filename=A1024\(26\).pdf](http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=29985&filename=A1024(26).pdf), last viewed 26 January, 2015.

25 - STUART KAYE, *op. cit.*, p. 395.

26 - JAMES KRASKA and RAUL PEDROZO, *op. cit.*, p. 78.

27 - IMO Doc. NAV 53/3, Feb. 26, 2007, available in <http://www.sjofartsverket.se/pages/10882/53-3.pdf>, last viewed 26 January, 2015.

such approval with regard to safety zones in excess of 500 meters.<sup>28</sup>

To support this view, the U.S. delegation stated that: “...*the [Navigation] Sub-Committee should develop uniform procedures, and guidelines by which safety zone proposals should be considered. Otherwise, the Sub-Committee would be considering proposals for the safety zones greater than 500 meters on an ad hoc basis without guidelines, standards or objective measures by which to make a judgment. The development of uniform procedures would...ensure that safety of navigation was taken consistently into account*”.<sup>29</sup>

Ultimately, the Sub-Committee supported the draft SN circular titled *Guidelines for Safety Zones and Safety of Navigation Around Offshore Installations and Structures*.<sup>30</sup> The Sub-Committee also agreed with the U.S. position “*that there was no demonstrated need, at present, to establish safety zones more than 500 meters around artificial [...] installations and structures in the exclusive economic zone or to develop guidelines to do so, and that the continuation of the work beyond 2010 for a Correspondence Group on Safety Zones was, at present, no longer necessary*”.<sup>31</sup>

On December 2010, at the 88<sup>th</sup> session of the Maritime Safety Committee, the member States approved *Guidelines for Safety Zones and Safety of Navigation Around Offshore Installations and Structures*.<sup>32</sup>

Although IMO can legally authorize the establishment of safety zones wider than 500 meters, this authority remains unused despite requests for the IMO to authorize such wider safety zones. However, while IMO struggles to maintain the size of safety zones established in UNCLOS, State practice has been challenging the law with the adoption of a precautionary approach around offshore structures with a limitation zone wider than those stipulated in international law.<sup>33</sup>

In the present case, while article 16 (6) of the Federal Law on the Continental Shelf of the Russian Federation, adopted by the State Duma on 25 October 1995 states

---

28 - IMO Doc. NAV 53/22, Aug. 14, 2007, para. 3.14, available in <http://www.uscg.mil/imo/nav/docs/nav53-report.pdf>, last viewed 26 January, 2015.

29 - IMO Doc. NAV 53/22, Aug. 14, 2007, para. 3.16, available in <http://www.uscg.mil/imo/nav/docs/nav53-report.pdf>, last viewed 26 January, 2015.

30 - IMO Doc. NAV 56/20, Aug. 31, 2010, para. 4.13, available in <http://www.uscg.mil/imo/nav/docs/nav56-report.pdf>, last viewed 26 January, 2015.

31 - IMO Doc. NAV 56/20, Aug. 31, 2010, para. 4.15, available in <http://www.uscg.mil/imo/nav/docs/nav56-report.pdf>, last viewed 26 January, 2015.

32 - IMO Doc. MSC 88/26, Dec. 15, 2010, para. 11.8, available in [http://www.krs.co.kr/eng/dn/inf/Final%20report\\_MSC%2088.pdf](http://www.krs.co.kr/eng/dn/inf/Final%20report_MSC%2088.pdf) and SN.1/CIRC.295, Dec. 7, 2010, available in [http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data\\_id=30258&filename=295.pdf](http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=30258&filename=295.pdf), last viewed 26 January, 2015.

33 - JAMES KRASKA and RAUL PEDROZO, *op. cit.*, p. 82.

that “safety zones extending for not more than 500 meters from each point on the outer edge of artificial islands, installations and structures shall be established around such islands, installations and structures”, in practice, the situation assumes a different proportion. In reality, “[t]he Russian authorities declared a safety zone with a radius of 3 nautical miles around the Prirazlomnaya by Notice to Mariners No. 51 of 2011, which states that “[v]essels should not enter the safety zone of the marine ice-stable installation without permission of the operator of the installation”.<sup>34</sup> This brings into discussion its legality under international law. As demonstrated by Kaye, “a vessel approaching an installation, at a speed of 25 knots, would pass from the outer edge of the safety zone to the installation in just under 39 seconds”.<sup>35</sup> With this in mind, the 500-meter safety zone may not be sufficient to protect high-value offshore installations and structures from attacks, and, more importantly, to protect the marine ecosystem from the consequences of an attack in a hazardous and sensitive area.<sup>36</sup>

Considering the special circumstances of ice-covered areas, as is the case of the Arctic, further strengthens the need to increase protection from shipping activities due to increased hazards to navigation that prevail in such areas and the particular vulnerability of the marine environment that is inherent in the delicate ecological balance of such areas.<sup>37</sup> Therefore, as stated in Article 234 of UNCLOS, some special measures are necessary where “particularly severe climate conditions and the presence of ice covering such areas for most of the year create obstructions or exceptional hazards to navigation, and pollution of the marine environment could cause major harm to irreversible disturbance of the ecological balance”.<sup>38</sup>

In view of the above, the 500-meter safety zone might be insufficient to protect the installations and the environment, in particular, in the fragile ice-covered waters. If widening the breadth of the safety zone established at UNCLOS is difficult, then a protective area<sup>39</sup> in ice-covered waters additional to the safety

---

34 - REQUEST, p. 2 of Annex 2.

35 - STUART KAYE, *op. cit.*, p. 405.

36 - *Ibid.*

37 - THOMAS DUX, *Specially Protected Marine Areas in the Exclusive Economic Zone (EEZ): The Regime for the Protection of Specific Areas of the EEZ for Environmental Law*, Lot Verlag, The Netherlands, 2011, p. 213.

38 - See Maritime Affairs, Legal aspects of Arctic shipping, Summary Report, Publications Office of the European Union, European Union, 2010.

39 - MARKUS J. KACHEL, *Particularly Sensitive Areas, The IMO's Role in Protecting Vulnerable Marine Areas*, Hamburg Studies on Maritime Affairs 13, Springer, Berlin, 2008, pp. 37 ss.

zone should be considered. In such areas, ships without sovereign immunity could be advised to avoid such zones, upon entry, render themselves obliged to report detailed information concerning their intentions, cargo, and the destination, failing which would subject them to be boarded.<sup>40</sup> This suggested solution produces a more acceptable balance of interests and responds to the special circumstances criteria in order to take into account the climatic conditions of polar waters while enhancing maritime safety and pollution prevention around installations.<sup>41</sup>

However, although the Russia imposition can raise some important legal discussion under international law, for the present situation, we will have the opportunity to realize that the breadth of the safety zone did not affect, in any way, the result of the case. After all, although do not exist evidences of the Arctic Sunrise itself at any time entered the 500 meter safety zone, the five boats launched from it in fact did so. Therefore, it is important to understand the jurisdictional issues related to the offshore oil installation and, in particular, to the safety zone thereof.

#### **4. COASTAL STATE'S JURISDICTION OVER THE INSTALLATION AND SAFETY ZONE**

Once a State authorizes the construction and operation of an offshore installation, the question of jurisdiction on board arises, as this is different in the various delimitations of the maritime zones. The question of jurisdiction over oil installations is different within territorial waters, on the continental shelf, within the EEZ, and on the high seas.<sup>42</sup> Nonetheless, the EEZ will be the focus, as well as the jurisdiction in the installation and in relation to the safety zones established around it.

Article 60 (2) of UNCLOS stipulates that "*the coastal State shall have exclusive jurisdiction over such artificial islands, installations and structures, including jurisdiction with regard to customs, fiscal, health, safety and immigration laws and regulations*".

In relation to the EEZ, Article 56 (1) (b) (i) of UNCLOS gives coastal States jurisdiction with regard to the "*establishment and use of artificial islands, installations and structures*" within its EEZ. On the other hand, in relation to the

---

40 - STUART KAYE, *op. cit.*, p. 422 and ASSAF HAREL, *op. cit.*, p.150.

41 - Canada already tried a similar approach, with the defense of a "*cautionary zone*" in STUART KAYE, *op. cit.*, p. 422 and ASSAF HAREL, *op. cit.*, p.150.

42 - ALFRED H. A. SOONS, *Artificial islands and Installations in International Law*, Occasional Paper series Law of The Sea Institute, 22, University of Rhode Island, July 1974, pp. 21 ss.

continental shelf, by reference of Article 80, Article 60 applies *mutatis mutandis* to the installations and structures erected in the continental shelf in cases where an EEZ was not established, or in regard of the extended continental shelf.<sup>43</sup>

Therefore, the ILC's Commentary to the articles concerning the zhe Sea, Article 71 (now Article 60) states that “[t]hey are subject to any regulations and orders issued by the coastal State authorities, such as those concerning maintenance of order on the installations, safety measures, registration, etc”.<sup>44</sup>

In relation to the safety zones, the position is not so clear and many questions have been raised. The kind of protective measures in the safety zone, whether the power to take necessary measures within the safety zones is the same as the jurisdiction enjoyed by the installations, or should a distinction be drawn between them,<sup>45</sup> are some of the questions that have not been answered by UNCLOS.

Article 5 (2) of Continental Shelf Convention states that “*the coastal State is entitled to construct and maintain or operate on the continental shelf installations and other devices necessary for its exploration and the exploitation of its natural resources, and to establish safety zones around such installations and devices and to take in those zones measures necessary for their protection*”.

The Continental Shelf Convention, in Article 3, states that the status of the superjacent waters of the shelf qualifies as high seas. Papadakis confirms this by stating that this is an existence of a *prima facie* evidence in favor of a restrictive interpretation of the coastal State's powers to interfere with foreign shipping.<sup>46</sup> However, after UNCLOS this argument lost its effectiveness with the acceptance of a new maritime zone that overlaps with the superjacent waters of the continental shelf and that is no longer characterized as part of the high seas, but as a *sui generis* maritime zone.

Article 60 (4) of UNCLOS provides that “*the coastal State may, where necessary, establish reasonable safety zones around such artificial islands, installations and structures in which it may take appropriate measures to ensure the safety both of navigation and of the artificial island installations and structures*”. Thus, the measures taken must be “*appropriate*”, and only for the specific purpose of ensuring “*the safety both of navigation and of the artificial islands, installations and structures*”.

---

43 - ERIK JAAP MOLENAAR, *Coastal State Jurisdiction Vessel-Source Pollution*, International Environmental Law & Policy Series, Book 51, Kluwer Law International; 1st Edition, 1998, p. 426.

44 - NIKOS PAPADAKIS, *The International Legal Regime of Artificial Islands*, Sijthoff Publications on Ocean Development, Vol. 2, 1977, p. 179.

45 - Ibid.

46 - Ibid.

Article 60, as a whole, does not seem to place any substantive restrictions on coastal State measures prescribed in safety zones. A closure to international navigation would therefore not be excluded. Moreover, apart from the requirements reflected by the terms “appropriate” which equally apply to prescriptive jurisdiction, no other restrictions concern the modalities of enforcement. While maximum restrictions are thus largely absent, Article 208 imposes on coastal States some minimum requirements for the exercise of jurisdiction to prevent, reduce and control pollution.<sup>47</sup>

Furthermore, IMO has adopted Resolution A.671(16) on “*Safety Zones and Safety of Navigation Around Offshore Installations and Structures*” which, *inter alia*, provides coastal States with guidance in their exercise of jurisdiction under Article 60 and states that “*every coastal State which authorizes and regulates the operation and use of offshore installations and structures under its jurisdiction should...issue early Notices to Mariners by appropriate means to advise vessels of the location or intended location of offshore installations or structures, the breadth of any safety zones and the rules which apply therein, and any fairways available*”.

In short, there is good reason to assume that the extension of the regime of exclusive jurisdiction of the coastal States over the installations and structures, stipulated under Article 60 (2) of UNCLOS, can be extended to the safety zones around them. Therefore, it is important to understand the rationale for the protection of the offshore oil installation and, also, the safety zone around it, under UNCLOS and under the Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platform. Both regimes establish the protection rights of coastal states facing an unlawful attack to an installation, or to the safety zone around it.

## 5. PROTECTION OF THE INSTALLATION

### 5.1. Rationale for the Protection under UNCLOS: Economic Rights

The world was reminded of the great risks posed by oil spills when the *Deepwater Horizon*,<sup>48</sup> a drilling installation leased by BP, exploded and sank 35 nautical miles

---

47 - ERIK JAAP MOLENAAR, *op. cit.*, p. 428.

48 - REBECCA K. RICHARDS, Deepwater Mobile Oil Rig in the Exclusive Economic Zone and the Uncertainty of Coastal State Jurisdiction, in *Journal of International Business and Law*, Vol. 10, Issue 2, Article 10, available at <http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent>.

off the Louisiana coast in April 2010. The ruptured wellhead spewed at least 800 million liters before it could be capped three months later.<sup>49</sup> Immensurable, intergenerational damage was caused to the environment of the Gulf of Mexico, and to the fishing and tourism industries of at least four U.S. States. This event highlighted the potential impacts on human and environment interests when things go wrong on the continental shelf and EEZ.<sup>50</sup>

The risks posed by oil spills are even greater in the Arctic. Oil dispersants, used in oil spill situations, degrades very slowly at colder temperatures. More than two decades after the *Exxon Valdez* spilled more than 80 million liters of crude oil into Prince William Sound on Alaskas' southern coast, continues to persist in the ecosystem. Distance, sea-ice, seasonal darkness, rough weather, and a lack of coastal infrastructure and population centers render the prospects for a successful cleanup even more difficult in the Arctic. The highly specialized species that make up the Arctic marine ecosystems are particularly sensitive to disruption and already badly stressed by warming water temperatures and disappearing sea-ice. Last, but not least, many indigenous inhabitants of the Arctic are still dependent on fish and marine mammals for food.<sup>51</sup>

Consequently, the coastal State needs a specific basis in the rules of international law in order to exercise jurisdictional powers over the continental shelf and over the activities taking place in the EEZ.<sup>52</sup> Particularly relevant to our subject is the definition of the rights of coastal States within the space outside their territorial waters, through the setting up of the so-called exclusive economic zone.<sup>53</sup>

Article 56 (1) of UNCLOS contains a convenient summary of the coastal State's rights and jurisdiction within the EEZ. Therefore, it is possible to affirm that management and control of virtually all economically oriented activities in the

---

cgi?article=1176&context=jibl, last viewed on 11 May 2014, pp. 387-412, p. 390.

49 - MICHAEL BYERS, *International Law and the Arctic*, Part of Cambridge Studies in International and Comparative Law, 103, United Kingdom, 2013, p. 200.

50 - JOANNA MOSSOP, The Legal Framework for the Regulation of Safety and Environment Issues on the Outer Continental shelf, in *The Regulation of Continental Shelf Development, Rethinking International Standards*, editor Myron H. Nordquist, Serie: Center for Oceans Law and Policy, Vol. 17, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2013, pp. 179-194, p. 179.

51 - MICHAEL BYERS, *op. cit.*, p. 200.

52 - KNUT KAASEN, Safety Regulation on the Norwegian Continental Shelf, in *Risk Governance of Offshore Oil and Gas Operations*, edited by Preben Hempel Lindoe, Michael Baram, Ortwin Renn, Cambridge University Press, United States of America, 2014, pp. 103-131, p. 109.

53 - GEORGE ELIAN, *The Principle of Sovereignty over Natural Resources*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1979, p. 126.



zone are assigned to the coastal State.<sup>54</sup>

UNCLOS adopted the formulation agreed to in the 1958 Continental Shelf Convention of affording the coastal State “*sovereign rights*” for the purpose of exploring and exploiting both the non-living resources of the seabed and subsoil as well as sedentary species.<sup>55</sup> However, it also extended the sovereign rights, besides the seabed and subsoil, to the resources in the superjacent waters and other activities for the “*economic exploitation and exploration*”, and also the conservation and management of natural resources.<sup>56</sup>

The specific terminology of “*sovereign rights*” rather than “*sovereignty*” or “*jurisdiction and control*” were adopted to make it clear that the coastal State did not own the seabed. It is not assimilated to land territory, as is the case with inland waters, but is merely an area in which jurisdictional rights connected with the exploration and exploitation of its natural resources are exercised.<sup>57</sup> According to the International Law Commission, such rights include “*all rights necessary for and connected with the exploitation of the continental shelf... [including] jurisdiction in connection with the prevention and punishment of violations of the law*.”<sup>58</sup> In other words, the shelf is not regarded as part of the territory of the coastal State and these rights are restricted to exploration of the shelf and exploitation of its natural resources. Nonetheless, such rights were exclusive and other States might not exploit the continental shelf without the consent of the coastal State.<sup>59</sup> However, those rights established in Article 56 of UNCLOS are not absolute. In the exercise of its EEZ rights, the coastal State shall have “*due regard to the rights and duties of other States and shall act in a manner compatible with the provision of this Convention*” and may not establish installations and safety zones around it “*where interference may be caused to the use of recognized sea lanes essential to international navigation*”.<sup>60</sup>

---

54 - DAVID JOSEPH ATTARD, *The Exclusive Economic Zone in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 46.

55 - R.R. CHURCHILL and A.V LOWE, *The Law of The Sea*, Third Edition, Manchester University Press, UK, 1999, p.151.

56 - Ibid. at 47.

57 - Ibid.

58 - ILC Yearbook, 1956, Vol. II, p. 297.

59 - S. JOYAKUMAR, The Continental Shelf Regime Under The UN Convention On The Law Of The Sea: Reflections After Thirty Years, in *The Regulation of Continental Shelf Development, Rethinking International Standards*, editor Myron H. Nordquist, Serie: Center for Oceans Law and Policy, Vol. 17, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2013, pp. 3-14, p. 6.

60 - Article 56 (2) and Article 60 (7).

As already analyzed, under Article 56 (1) (b) of UNCLOS jurisdiction is given to the coastal State with regard to the establishment and use of installations and protection and preservation of the marine environment, as these matters are considered essential to the exploration and exploitation and managing of the natural resources. Consequently, the regime under UNCLOS is designed to ensure the coastal State's jurisdiction over such economic activities in the EEZ and continental shelf. Therefore, besides the limitations imposed by the regime, there is a presumption in favor of the protection of the economic rights of the coastal State.<sup>61</sup>

However, the types of offshore threats are not specifically addressed at UNCLOS. It merely provides the regime for piracy. Nonetheless, it is questionable whether an act of piracy can be committed against an offshore oil and gas installation in the legal sense. In short, the law of piracy can apply to offshore installations in very limited circumstances: only in circumstances where the offshore installations were regarded as ship for legal purposes at the time of the attack.<sup>62</sup> Considering the above, a threat to an installation could jeopardize the full exercise of the economic rights related to the exploration and exploitation of the natural resources. Hence, the coastal State can make use of the hot pursuit, already part of customary law, but codified in article 111 of UNCLOS.<sup>63</sup>

## **5.2. Rationale for the Protection under Sua Fixed Platform: Security Rights**

Although there have been few successful terrorist attacks on offshore installations, thus far, attacks and attempted attacks have become more frequent in the past several years.<sup>64</sup> Technological developments that facilitate the exploration of ocean resources in extended areas from the coast have warranted claims that State's economic and environmental interests require protection and have thereby extended understandings of security, as meaning the protection against unlawful,

---

61 - DAVID JOSEPH ATTARD, *op. cit.*, p. 48.

62 - MIKHAIL KASHUBSK, Protecting Offshore Oil and Gas Installations: Security Threats and Countervailing Measures, in *Journal of Energy Security*, on 11 December 2013, available in [http://www.ensec.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=476:protecting-offshore-oil-and-gas-installations-security-threats-and-countervailing-measures&catid=140:energysecuritycontent&Itemid=429](http://www.ensec.org/index.php?option=com_content&view=article&id=476:protecting-offshore-oil-and-gas-installations-security-threats-and-countervailing-measures&catid=140:energysecuritycontent&Itemid=429), last viewed on 9 May 2014.

63 - NICHOLAS M. POULANTZAS, *The Right of Hot Pursuit in International Law*, Series A: Modern International Law, Number 22, Publications of the Institute of Public International Law of Utrecht University, Second edition, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2002, pp. 167 ss.

64 - ASSAF HAREL, *op. cit.*, p.171.

and deliberate, acts.<sup>65</sup> Considering that UNCLOS does not propose a typical reaction to terrorism, and in particular to “ecological terrorism”, it is necessary to analyze the international response to fix that lacuna.

Greater enforcement powers for the protection of installations have been accorded under the Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platform located on the Continental Shelf 1988 (hereinafter 1988 SUA Fixed Platform Protocol) which, along with the Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of the Maritime Navigation 1988 (hereinafter 1988 SUA), deals with unlawful acts against offshore oil installations.<sup>66</sup>

The 1988 SUA Fixed Platform Protocol established that the provisions of 1988 SUA are extended and apply *mutatis mutandis* to “fixed platform”, as meaning “*an artificial island, installation or structure permanently attached to the sea-bed for the purpose of exploration or exploitation of resources or for other economic purposes*”.<sup>67</sup>

However, Article 1 limits the scope of application of this Protocol to facilities on the continental shelf, excluding the application of the 1988 SUA Fixed Platform Protocol to installations in the territorial sea of a coastal State.<sup>68</sup> Furthermore, the State may exercise jurisdiction also when the offender is a national of that State.<sup>69</sup> The offences are specifically defined in the Protocol.<sup>70</sup> The Protocol establishes that each State Party shall take measures as may be necessary to establish jurisdiction over the offences listed. Therefore, the State has jurisdiction in relation to those offences when they are committed: i) against or on board a fixed installation while it is located on the continental shelf of that State; ii) by a national of that State; iii) by a stateless person whose habitual residence is in that State; iv) if during its commission a national of that State is seized, threatened, injured or killed; or v) it is committed in an attempt to compel that State to do or abstain from doing any act.<sup>71</sup>

---

65 - NATALIE KLEIN, *Maritime Security and The Law of the Sea*, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, New York, 2011, pp. 7-8.

66 - Ibid. at 103.

67 - Article 1, 1988 SUA Fixed Platform Protocol, available in <http://cil.nus.edu.sg/rp/il/pdf/1988%20Fixed%20Platform%20Protocol-pdf.pdf>, last viewed 26 January, 2015.

68 - Article 1, 1988 SUA Fixed Platform Protocol, available in <http://cil.nus.edu.sg/rp/il/pdf/1988%20Fixed%20Platform%20Protocol-pdf.pdf>, last viewed 26 January, 2015.

69 - Article 3 (1) and (2), 1988 SUA Fixed Platform Protocol, available in <http://cil.nus.edu.sg/rp/il/pdf/1988%20Fixed%20Platform%20Protocol-pdf.pdf>, last viewed 26 January, 2015.

70 - Article 2, 1988 SUA Fixed Platform Protocol, available in <http://cil.nus.edu.sg/rp/il/pdf/1988%20Fixed%20Platform%20Protocol-pdf.pdf>, last viewed 26 January, 2015.

71 - Article 3 (1) of 1988 SUA Fixed Platform Protocol, available in <http://cil.nus.edu.sg/rp/il/pdf/1988%20Fixed%20Platform%20Protocol-pdf.pdf>, last viewed 26 January, 2015.

However, the Protocol in no part refers to what the “measures” are in order to establish jurisdiction, as mentioned earlier. Revisions were undertaken in 2005 to amend 1988 SUA and 1988 SUA Fixed Platform Protocol, expanding the range of offences and to balance the coastal State and flag State relationship in relation to those offences, as well as establishing formal procedural measures to be followed if such offences are committed. Nonetheless, one of the most prominent features of 2005 SUA – Article 8bis – the procedure for obtaining flag State consent to boarding a ship suspected of involvement in one of said offences was not incorporated into the 2005 Fixed Platforms Protocol.<sup>72</sup>

Therefore, some authors consider this as “*unfortunate*”, stating that the inclusion of that provision in the 2005 SUA Fixed Platform Protocol would have promoted, to a certain extent, efforts to protect offshore installations.

In practice, if those provisions were to apply *mutatis mutandis* to the 2005 Fixed Platform Protocol it would encounter some difficulties of coexistence with the provision of “*exclusive jurisdiction*” of coastal States in the installations, and the protection of the safety zones, established under UNCLOS. The coastal State is already authorized to justify the boarding and the arrest of the perpetrators threatening a fixed installation, as well as inside the safety zone around it.

In relation to the Arctic Sunrise case, some important features relating to the SUA Fixed Installation are important to highlight. Firstly, the Netherlands and the Russian Federation are both Parties to the 1988 SUA Fixed Platform Protocol, but only The Netherland is a Party of the 2005 SUA Fixed Installation Protocol.<sup>73</sup> Applying the Convention in this case, the 1998 version will prevail. Secondly, the facts described above could fall under the offences listed in Article 2 (d) “*places or causes to be placed on a fixed installation, by any means whatsoever, a device [the safety pod] ... which is ... likely to endanger its safety*”. This provision is broad enough to encompass the vicissitudes of the case and guarantees the jurisdiction of the coastal State. The Protocol, however, is not adequate by itself because the coastal State must appropriately incorporate those offences in its domestic law to better apply them in a specific situation.

Bearing in mind that the Fixed Platform Protocol does not solve all the issues related to installations and “*gaps remain within this regime*”, the existing rules of international law will continue to apply to situations not covered by its terms.<sup>74</sup> Therefore, to enforce the jurisdictional powers of coastal States in relation to the

---

72 - ASSAF HAREL, *op. cit.*, p.171.

73 - Status of those Conventions at <http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>, last viewed 7 May 2014.

74 - NATALIE KLEIN, *op. cit.*, p. 103.

offshore oil installation and safety zone thereof, it will have to be necessary to make use of the right of hot pursuit codified by UNCLOS.

## 6. AN ASSESSMENT OF RUSSIA ACTION IN THE LIGHT OF THE RIGHT OF HOT PURSUIT

An important instrument of coastal State's action in the face of an incursion into the installation, or into the safety zone around it, is the regime of hot pursuit,<sup>75</sup> already part of customary law, but codified in article 111 of UNCLOS.

In relation to an installation located in the EEZ,<sup>76</sup> Article 111 (2) gives the right of hot pursuit *mutatis mutandis* to violations of the laws of the territorial state in the EEZ, or the continental shelf, including safety zones around continental shelf installations.<sup>77</sup>

The right of hot pursuit represents a traditional limitation of the freedom of the high seas and should only be used in exceptional and urgent circumstances which necessitate very quick action on the part of the coastal State.<sup>78</sup>

Therefore, hot pursuit is not deemed to have begun unless the pursuing ship has satisfied itself by such practicable means as may be available that the ship pursued or one of its boats or other craft working as a team and using the ship pursued as a mother ship is within the limits of the territorial sea, or, as the case may be, within the contiguous zone or the EEZ or above the continental shelf.<sup>79</sup>

Furthermore, hot pursuit cannot be initiated simply after a warning from the offshore oil installation, it must commence with a visual or auditory signal to stop from a pursuing vessel or an aircraft.<sup>80</sup> It cannot come from the installation, as only ships and aircraft have such authorization under Article 111 (5), and even from that category, they must be clearly identified as being on government service.

---

75 - JOÃO TIAGO V. A. DA SILVEIRA, A Hot Pursuit Nos Mares, in *Revista Jurídica da A.A.F.D.L.*, n.º 24, pp. 85-136, April 2001, available in [http://joaotigosilveira.org/mediaRep/jts/files/Hot\\_Pursuit\\_nos\\_Mares\\_-\\_Revista\\_Jur\\_dica\\_n.\\_24\\_-\\_Abril\\_2001.pdf](http://joaotigosilveira.org/mediaRep/jts/files/Hot_Pursuit_nos_Mares_-_Revista_Jur_dica_n._24_-_Abril_2001.pdf), last viewed 26 January, 2015.

76 - NICHOLAS M. POULANTZAS, *op. cit.*, pp. 167 ss.

77 - JAMES CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8<sup>th</sup> Edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2012, p. 310.

78 - NICHOLAS M. POULANTZAS, *op. cit.*, p. 209.

79 - Article 111 (4).

80 - Article 111 (4).

The practicalities of the requirement of a visual or an auditory signal mean that the pursuer must be physically close to the installation, because the sign has to be given at a distance which enables it to be seen or heard by the foreign ship.<sup>81</sup> Also, the visual or auditory signal must be made while the offending vessel is physically in the safety zone. Given the zone's small size, and the expectation that a fleeing vessel will be in the safety zone, at best the opportunity to commence hot pursuit is limited.<sup>82</sup>

In accordance with the regime, it is possible to identify two characteristics that qualify the pursuit as "hot": first, the lawful performance of the right of hot pursuit requires the immediate commencement of the pursuit; second, its uninterrupted continuation upon the high seas.<sup>83</sup>

ITLOS notes that the conditions for the exercise of the right of hot pursuit under article 111 of the Convention are cumulative, each of them has to be satisfied for the pursuit to be legitimate under the Convention.<sup>84</sup> Therefore, having in consideration that was already established that Russia has exclusive jurisdictional powers over the installation and, consequently, inside the safety zone thereof, it is important assessing the legality of Russia actions in relation to the boarding and arrest of the Arctic Sunrise, and crew, in the light of hot pursuit requirements.

As noted above, the ITLOS abstained from considering the implications of Article 111 in its Order.

Nonetheless, Judge Golitsyn of ITLOS, in his dissenting opinion to the Order, argued that the factual accounts provided by Greenpeace and Russia provided sufficient grounds to conclude that the Russian Coast Guard vessel Ladoga was carrying out a hot pursuit. Consequently, Russia "*acted in full conformity with the Convention*".<sup>85</sup> Therefore, he pointed out that the logical conclusion to draw from Russia acting in accordance with Article 111 of UNCLOS would be that there was no basis to assert that it had infringed the freedom of navigation enjoyed by the Netherlands, as that freedom in this case did not exist.<sup>86</sup>

---

81 - STUART KAYE, *op. cit.*, p. 407.

82 - *Ibid.*

83 - Article 111 (1).

84 - *M/V Saiga (Saint Vincent and The Grenadines v Guinea)*, Case No. 2, Judgment, ITLOS, available in <http://www.itlos.org/index.php?id=59>, last viewed on 8 May 2014, paragraph 146.

85 - Dissenting Opinion of Judge Golitsyn, para. 36, available in [http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.22/Order/C22\\_Ord\\_22.11.2013\\_diss.op.Golitsyn\\_orig\\_Eng.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/Order/C22_Ord_22.11.2013_diss.op.Golitsyn_orig_Eng.pdf), last viewed May 5, 2014.

86 - Dissenting Opinion of Judge Golitsyn, para. 37, available in [http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.22/Order/C22\\_Ord\\_22.11.2013\\_diss.op.Golitsyn\\_orig\\_Eng.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/Order/C22_Ord_22.11.2013_diss.op.Golitsyn_orig_Eng.pdf),

However, in our opinion, after an assessment of the law and available facts of the case, this is not true. As noted above, the Arctic Sunrise “*briefly enters*” the safety zone.<sup>87</sup> Therefore, it could be argued that the ship is not subject to the regime of hot pursuit. However, Article 111 (4) adopts the doctrine of “the mother vessel”, a ramification of the doctrine of “constructive presence”, which allows the right of hot pursuit to a mother ship for the activities of its boats or other crafts as they work as a team. Hence, the Arctic Sunrise and the boats, that were launched from it, acted as a team and therefore the ship Arctic Sunrise is equally responsible for the violations committed.<sup>88</sup>

Hence, if an analysis of the case is carried out on the literal meaning of the words of the Convention, it will appear that the right of hot pursuit can be initiated against a ship that makes an unauthorized entry into a safety zone around an installation, even though that ship may only be briefly in such a zone, as is the case of the Arctic Sunrise. It may also continue to be pursued for hours on the basis of hot pursuit. It could be argued that the Russian authorities had authority to take enforcement measures against the Arctic Sunrise, as the mother ship, and, consequently, that the boarding, arrest of the crew and detention of the ship were valid under international law. However, in the light of the factual account of events and the above mentioned practicalities of the right of hot pursuit, some important legal questions arose. The violation of the safety zone and the attempt to seize the installation occurred around 04:20 (Moscow time) on 18 September<sup>89</sup> and, in consequence, the climbers were removed from the installation and taken aboard the coastguard ship. From this point in time, the pursuit could not be interrupted. Although the Russian authorities decided to seize the Arctic Sunrise, as expressed in the *note verbale* of the same date, the Arctic Sunrise remained within the mediations of the 3 nautical miles of the installation and no persecution was initiated. On 19 September, around 21:50, the ship was arrested, as well as the crew. Nothing in the description of the events shows a pursuit of the Arctic Sunrise after the arrest of the two perpetrators, as should have happened, missing the element of “hotness” of the pursuit and therefore falling out the scope of the provision of hot pursuit.

Consequently, in relation to the two climbers caught when attempting to seize the installation that were under the exclusive jurisdictional powers of the coastal State,

---

last viewed May 5, 2014.

87 - REQUEST, p. 4 of Annex 2.

88 - Dissenting Opinion of Judge Golitsyn, para. 35, p. 10, available in [http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.22/Order/C22\\_Ord\\_22.11.2013\\_diss.op.Golitsyn\\_orig\\_Eng.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/Order/C22_Ord_22.11.2013_diss.op.Golitsyn_orig_Eng.pdf), last viewed May 5, 2014.

89 - REQUEST, p. 4 of Annex 2.

the actions shall be legally qualified under the domestic law of the coastal State and treated in conformity with the criminal law of the coastal State. However, following the events described above, the Russian authorities returned the climbers, the Swiss national and the Finnish national, to the ship Arctic Sunrise when the ship was already under their control.<sup>90</sup> Therefore, because the boarding of the Arctic Sunrise by Russian authorities was illegal the perpetrators were, in fact, returned to the exclusive jurisdiction of the flag State.<sup>91</sup> Consequently, the coastal State no longer had authority to arrest them without the consent of the flag State.

In the absence of hot pursuit, as described in UNCLOS, what should a coastal State do when faced with an attack to the installation or safety zone? Article 58 (2) of UNCLOS reads thus: “*Articles 88 to 115 and other pertinent rules of international law apply to the exclusive economic zone in so far as they are not incompatible with this Part*”. Therefore, by applying these articles, the principle of exclusive jurisdiction of the flag State is recognized and in which case the coastal State is not justified to board the ship unless in the cases specifically described in Article 110 (1) of UNCLOS, which is not the case.<sup>92</sup> Hence, because the hot pursuit was interrupted and was not validly applicable in this case, the Russian Federation should have requested permission of the flag State to board, arrest and detain the ship. Having failed to comply with this requirement, Russia clearly breached international law.

## CONCLUSION

In light of the above, having considered that international law provides to coastal States “*sovereign rights*” for the purpose of exploiting, conserving and manage the natural resources, it is logical to conclude that Greenpeace’s acts against the installation located in the Russia’s EEZ constitutes a threat to EEZ rights. Firstly, it may jeopardize the full enjoyment of the economic rights prescribed by UNCLOS. Secondly, it may constitute a security threat, endangering the life of the crew, the integrity of the installation, and consequently, the marine environment and safety of navigation.

The coastal State has “*exclusive jurisdiction*” for the protection of the exploration

---

90 - REQUEST, p. 8 of Annex 2.

91 - Article 94 (1).

92 - Article 94 (2) (b).



and exploitation of natural resources in the EEZ and the continental shelf. This jurisdiction includes the prevention and punishment of violations committed in the installation and inside the safety zone established around it. As a result, any act committed against an installations or a safety zone within the EEZ of a State will be subject to the domestic law of the coastal State and will fall under the competence of the coastal State's Courts.

To enforce these jurisdictional powers under customary international law, and codified by UNCLOS, the coastal State can exercise the right of hot pursuit. However, in the present case, between the infringement of the safety zone and the attempting to seize the installation, and the boarding of the ship Arctic Sunrise by Russian authorities, almost 48 hours lapsed and nothing in the description of the events indicates a pursuit. Therefore, after the infringement of the safety zone, or the arrest of the two climbers, Russian authorities should have immediately initiated the procedures for the pursuit. By not doing so, they missed the element of "hotness" of the pursuit and, therefore, their acts fall out the scope of the provision and, do not constitute hot pursuit under international law.

In conclusion, even though Russia has the right to protect the installation and the marine environment surrounding it, in the present case, the end does not justify the means. Although they had under international law the possibility to lawfully respond to the attack, they did not follow the practicalities required by law for the pursuit, and consequently, it cannot be qualified as "Hot" under the international regime. Therefore, boarding the ship without the consent of the Netherlands, as the flag State, constituted a breach of international law, incurring potential international responsibility on the part of the Russian Federation. The situation would have been different if they had followed the appropriate procedures described in international law to protect the offshore installation and, consequently, their EEZ rights.

## **BIBLIOGRAPHY**<sup>93</sup>

ATTARD, DAVID JOSEPH, *The Exclusive Economic Zone in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987.

BYERS, MICHAEL, *International Law and the Arctic*, Part of Cambridge Studies in International and Comparative Law, 103, United Kingdom, 2013.

CHURCHILL, R.R. and LOWE, A.V, *The Law of The Sea*, Third Edition, Manchester University Press, UK, 1999.

---

93 - All web references correct as at 27 January, 2015.

CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8<sup>th</sup> Edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2012.

DUX, THOMAS, *Specially Protected Marine Areas in the Exclusive Economic Zone (EEZ): The Regime for the Protection of Specific Areas of the EEZ for Environmental Law*, Lot Verlag, The Netherlands, 2011.

ELIAN, GEORGE, *The Principle of Sovereignty over Natural Resources*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1979.

ELFERINK, ALEX G. OUDE, "The Arctic Sunrise Incident: A Multi-faceted Law of the Sea Case with a Human Rights Dimension", in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 29, No. 2, June 2014, pp. 244-289.

ESMAEILI, HOSSEIN, *The Legal Regime of Offshore Oil Rigs in International Law*, Dartmouth Publishing Company, England, 2001.

HAREL, ASSAF, "Preventing Terrorist Attacks on Offshore Installations: Do States Have Sufficient Legal Tools?", *Harvard National Security Journal*, Vol. 4, 2012, pp. 131-184, p.135, available in <http://harvardnsj.org/wp-content/uploads/2013/01/Vol.4-Harel-FINAL.pdf>.

HARRIS, DAVID, *Cases and Materials on International Law*, Seventh Edition, Thomson Reuters, Sweet & Maxwell, London, 2010.

HONEIN, SALAH E., *The International Law Relating to Offshore Installations and Artificial Islands*, Lloyd's of London Press Ltd, Great Britain, 1991.

JOYAKUMAR, S., The Continental Shelf Regime Under The UN Convention On The Law Of The Sea: Reflections After Thirty Years, in *The Regulation of Continental Shelf Development, Rethinking International Standards*, editor Myron H. Nordquist, Serie: Center for Oceans Law and Policy, Vol. 17, pp. 3-14, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2013.

KAASEN, KNUT, "Safety Regulation on the Norwegian Continental Shelf", in *Risk Governance of Offshore Oil and Gas Operations*, pp. 103-131, edited by Preben Hempel Lindoe, Michael Baram, Ortwin Renn, Cambridge University Press, United States of America, 2014.

KACHEL, MARKUS J., *Particularly Sensitive Areas, The IMO's Role in Protecting Vulnerable Marine Areas*, Hamburg Studies on Maritime Affairs 13, Springer, Berlin, 2008.

KASHUBSK, MIKHAIL, Protecting Offshore Oil and Gas Installations: Security Threats and Countervailing Measures, in *Journal of Energy Security*, on 11 December 2013, available in [http://www.ensec.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=476:protecting-offshore-oil-and-gas-installations-security-threats-and-countervailing-measures&catid=140:energysecuritycontent&Itemid=429](http://www.ensec.org/index.php?option=com_content&view=article&id=476:protecting-offshore-oil-and-gas-installations-security-threats-and-countervailing-measures&catid=140:energysecuritycontent&Itemid=429).

KLEIN, NATALIEL, *Maritime Security and The Law of the Sea*, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, New York, 2011.

MARTINS, ELIANE M. OCTAVIANO, *Curso de Direito Marítimo*, Vol.I, 4.<sup>a</sup> Edição, Manole, Brasil, 2013.

MOLENAAR, ERIK JAAP, *Coastal State Jurisdiction Vessel-Source Pollution*, International Environmental Law & Policy Series, Book 51, Kluwer Law International; 1st Edition, 1998.

MOSSOP, JOANNA, The Legal Framework for the Regulation of Safety and Environmental Issues on the Outer Continental shelf, in *The Regulation of Continental Shelf Development, Rethinking International Standards*, editor Myron H. Nordquist, Serie: Center for Oceans Law and Policy, Vol. 17, pp. 179-194, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2013.

NORDQUIST, MYRON H. (Ed.), *United Nations Convention on The Law of The Sea 1982: A Commentary*, Volume II, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 2003.

PAPADAKIS, NIKOS, *The International Legal Regime of Artificial Islands*, Sijthoff Publications on Ocean Development, Vol. 2, 1977.

PARK, PATRICIA, *International Law for Energy and Environment*, 2<sup>nd</sup> Edition, CRC Press, England, 2013.

POULANTZAS, NICHOLAS M., *The Right of Hot Pursuit in International Law, Series A: Modern International Law*, Number 22, Publications of the Institute of Public International Law of Utrecht University, Second edition, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2002.

RICHARDS, REBECCA K., Deepwater Mobile Oil Rig in the Exclusive Economic Zone and the Uncertainty of Coastal State Jurisdiction, in *Journal of International Business and Law*, Vol. 10, Issue 2, Article 10, pp. 387-412, available at <http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1176&context=jibl>.

SILVEIRA, JOÃO TIAGO V. A. DA, A Hot Pursuit Nos Mares, in *Revista Jurídica da A.A.F.D.L.*, n.º 24, pp. 85-136, April 2001, available in [http://joaotiagosilveira.org/mediaRep/jts/files/Hot\\_Pursuit\\_nos\\_Mares\\_-\\_Revista\\_Jur\\_dica\\_n.\\_24\\_-\\_Abril\\_2001.pdf](http://joaotiagosilveira.org/mediaRep/jts/files/Hot_Pursuit_nos_Mares_-_Revista_Jur_dica_n._24_-_Abril_2001.pdf).

SOONS, ALFRED H. A.; *Artificial islands and Installations in International Law*, Occasional Paper series Law of The Sea Institute, 22, University of Rhode Island, July 1974.

SOUZA, J. M. DE, Mar Territorial, Zona Econômica Exclusiva ou Plataforma Continental, in *Revista Brasileira de Geofísica*, Vol. 17, n.º 1, São Paulo Mar, 1999, available in <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-261X1999000100007>.



## Breve Nota sobre uma Inovação na Jurisprudência Constitucional Portuguesa: Entre o Fortalecimento da Tutela dos Direitos, Liberdades e Garantias com Recurso ao Princípio da Igualdade e o Reconhecimento da Garantia de um Mínimo Existencial

Pedro Fernández Sánchez

**Resumo:** Recentemente, o Tribunal Constitucional abriu uma nova frente na protecção reforçada dos direitos de liberdade, recorrendo ao princípio da igualdade para impedir a formação de entraves discriminatórios ao exercício desses direitos. Porém, a formulação encontrada pelo Tribunal criou a dúvida quanto aos *efeitos colaterais* produzidos sobre a *desvalorização relativa* dos mecanismos de tutela dos direitos sociais, porquanto admitiu a falta de precisão dos expedientes em que a sua jurisprudência se vinha fundando para extrair um conteúdo mínimo de protecção dos direitos a prestações sociais, por referência ao direito a um mínimo existencial que se entende decorrer da dignidade da pessoa humana.

Ademais, a solução que o Tribunal encontrou, apenas três meses depois, para principiar a responder a essa dúvida, longe de diminuir, apenas maximiza a incerteza sobre a evolução jurisprudencial futura, ao regressar à invocação do mesmíssimo direito a um mínimo existencial, cuja operatividade acabara de minimizar em razão da sua alegada falta de precisão.

**Palavras-chave:** Direitos de liberdade; Direitos sociais; Princípio da igualdade; Direito ao mínimo existencial; Tribunal Constitucional

**Abstract:** Through the recent Sentence 141/2015, the Portuguese Constitutional Court opened a new front protecting liberty rights, using the principle of equality to prevent the creation of discriminatory obstacles against the exercise of those rights. However, the formulation used by the Court produced side *effects* on the *relative devaluation* of the instruments of protection of social rights: in effect, the Court admitted the lack of precision of the instruments that its own case law had been developing to extract a minimum content from rights to social benefits, using as a reference the right to a decent existence, which has been understood as a consequence of human dignity.

---

Pedro Fernández Sánchez (pfs@servulo.com)  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Furthermore, the solution that the Court found, only three months later, to begin answering this doubt, far from decreasing that problem, actually increased the uncertainty about the future evolution of case law: the Court returned to a solution based on the very same fundamental right to a decent existence, which operability had minimized just before due to its lack of precision.

**Keywords:** Liberty rights; Social rights; Principle of equality; Right to a decent existence; Constitutional Court

## 1. CONTEXTUALIZAÇÃO DA QUESTÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E SOLUÇÃO PROPOSTA PELO TRIBUNAL

1. Por Acórdão proferido no passado dia 25 de Fevereiro (Acórdão n.º 141/2015 – Proc. 136/14<sup>1</sup>), o Tribunal Constitucional (TC) deu um novo passo na elaboração de um regime de *protecção reforçada* dos direitos fundamentais que, à luz da Constituição, sejam privilegiados com a qualificação como *direitos, liberdades e garantias*, usando para o efeito, de modo instrumental, o conteúdo normativo do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição.

2. A questão de constitucionalidade suscitada pelo Provedor de Justiça incidia sobre as normas constantes do artigo 6.º, n.º 1, alínea *a*), e n.º 4, da Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de Junho, na parte em que exigem a cidadãos *portugueses*, bem como aos membros do seu agregado familiar, o preenchimento de um período mínimo de um ano de residência legal em território nacional para poderem aceder ao *rendimento social de inserção* (RSI). O Provedor de Justiça não contestou a opção legislativa que exigiu a *residência em Portugal* aos cidadãos portugueses que pretendam aceder ao RSI – porque não faria sentido impedir o legislador de recusar uma tal prestação social a quem se encontra no estrangeiro –, mas sim a opção legislativa que fixou a condição de um *período mínimo* de residência no país antes do acesso ao RSI. Para tanto alegou a violação *i*) do princípio da *universalidade* (artigo 12.º, n.º 1, da Constituição), por referência ao *direito fundamental de acesso à segurança social* (artigo 63.º, n.º 1), *ii*) do princípio da *igualdade*, em razão da introdução de uma distinção reputada como “ilegítima e irrazoável” entre cidadãos nacionais que *já*

---

1 - Todos os Acórdãos citados podem ser consultados em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>.

*residem* em Portugal (artigo 13.º), e, bem assim, *iii*) do *direito fundamental a um mínimo de existência condigna*, o qual, na sequência da jurisprudência elaborada pelo TC nos últimos anos, se reconhece decorrer do valor- -chave da dignidade da pessoa humana, com apoio nos artigos 1.º, 2.º e 63.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição.

Apenas subsidiariamente, o Provedor de Justiça suscitou também a questão da ilegalidade das mesmas normas, por desconformidade com o artigo 40.º da Lei de Bases da Segurança Social (Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro, alterada pela Lei n.º 83-A/2013, de 30 de Dezembro), que permite a fixação de requisitos de períodos mínimos de residência legal somente quanto a cidadãos não nacionais.

3. O Primeiro-Ministro, chamado a pronunciar-se, sustentou a conformidade das normas sob censura em face da Constituição e da lei, argumentando que aquela exigência legal é “justificada” atenta a “natureza da prestação” e “constitui condição razoável e proporcionada, tendo em conta os objectivos da mesma, e a necessidade de assegurar uma certa ligação prévia ao país para evitar situações de permanência inconstante e de eventuais benefícios iníquos”. Alegou, para esse efeito, “que, por força do direito da União Europeia, os cidadãos da União com direito de residência são tratados igualmente em cada Estado-Membro, independentemente do seu país de origem”, o que implica que, se o legislador português não estabelecesse este requisito prévio, poderia ver-se indefeso perante os requerimentos de qualquer cidadão europeu que “entre no território e que passe, por esse único motivo, a ter direito a qualquer apoio destinado aos membros da comunidade”.

4. O Acórdão em apreço – relatado pelo Conselheiro LINO RIBEIRO e dotado de uma elevada precisão dogmática tanto no tocante à sua incursão pelo sistema de direitos fundamentais quanto no tratamento rigoroso de conceitos-chave como “comunidade nacional”, “residência legal”, “circulação” ou “permanência” num território, incluindo ainda um interessante excuroso sobre o Direito Europeu primário, derivado e jurisprudencial sobre a matéria – escolheu, antes do mais, fixar esta seguinte premissa: o “direito fundamental e individual”, que a União reconhece a cada cidadão europeu, de *circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros* (artigo 20.º, n.º 2, alínea *a*), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia [TFUE]), sendo exercido “*sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adoptadas em sua aplicação*” (n.º 1 do artigo 21.º do TFUE), pode – no domínio da segurança social – ser derogado, permitindo diferenciações em benefício dos cidadãos nacionais, quando tal seja necessário para evitar uma “*sobrecarga desrazoável para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento durante o período de*

*residência*” (cfr. artigos 7.º, n.º 1, e 24.º, n.º 2, da Diretiva n.º 2004/38/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril).

Este excurso pelo Direito Europeu – embora seguramente não isento de dúvidas<sup>2</sup> – assumiu para o TC um objectivo meramente *instrumental*: o de demonstrar que, neste domínio das prestações sociais, o legislador português não precisaria de assegurar aos cidadãos europeus o mesmo regime que garantisse aos cidadãos nacionais. Noutros termos: o legislador não terá tido razão quando alegou que a *diferenciação entre cidadãos portugueses* seria necessária para evitar que – precisando também de proceder à sua extensão aos cidadãos europeus – a concessão de benefícios sociais fosse alargada até uma dimensão inoportável para as disponibilidades orçamentais.

5. Traçado este percurso, o TC pôde entrar no *cerne* da sua pronúncia – aquele que representa uma inovação de peso na nossa jurisprudência constitucional –: pelas razões antes expostas, o único facto em que o legislador *verdadeiramente* se estaria a basear para fixar um *regime desigual* aplicável a um universo de pessoas na mesma condição (serem cidadãos portugueses) consistiria na circunstância de alguns desses indivíduos “*terem escolhido sair do país e, posteriormente, terem igualmente escolhido a ele regressar*”.

Ora, essa escolha não corresponde senão ao *exercício de duas liberdades fundamentais* – “a liberdade fundamental de sair do país (artigo 44.º, n.º 2, primeira parte) e a liberdade fundamental de a ele regressar (artigo 44.º, n.º 2, segunda parte)” –, a que a Constituição atribui um regime de *protecção privilegiada*, por “identificar” essas liberdades como “*direitos, liberdades e garantias*”. Em suma: *o legislador penalizou uma fracção de um universo de pessoas colocadas na mesma situação pelo simples facto de terem exercido um direito de liberdade*.<sup>3</sup>

---

2 - Cfr. declarações de voto dos conselheiros JOÃO CAUPERS, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, PEDRO MACHETE e MARIA LÚCIA AMARAL. Na presente Nota referem-se unicamente as consequências que a jurisprudência agora subscrita produz sobre o sistema português de direitos fundamentais e sobre a inter-relação entre os diferentes mecanismos de tutela reservados para direitos de liberdade ou direitos sociais, pelo que se não aborda o (relevante) impacto produzido sobre as relações entre o Direito Constitucional Português e o Direito da União Europeia, o que só poderia ser tratado num estudo autónomo.

3 - Pois, “dizendo de outro modo”, “entre pessoas à partida igualadas numa precisa condição jurídica – a que decorre da comum nacionalidade portuguesa –, [...] o legislador introduzi[u] diferenças de regime jurídico que [têm] como único fundamento (para o tratamento *in pejus* de algumas delas) circunstâncias de facto que correspondem ao exercício de liberdades individuais, constitucionalmente protegidas”.



6. Embora pudesse ter concluído rapidamente a sua pronúncia neste ponto, por verificar a ocorrência de uma tal *desigualdade infundada*, o TC preferiu então verter considerações adicionais – que são tudo menos irrelevantes em face da sua jurisprudência anterior – acerca da **utilização do n.º 2 do artigo 13.º da Constituição como mecanismo de protecção específica dos direitos, liberdades e garantias**. Recordando que as “*categorias suspeitas*” alistadas no n.º 2 do artigo 13.º se destinam a proibir o legislador de introduzir diferenciações com base em factores que historicamente têm servido para discriminar certas categorias de pessoas – ou, pelo menos, a obrigá-lo a cumprir um dever agravado de fundamentação do regime desigualitário –, sustentou que a Constituição Portuguesa, ao conferir um regime de protecção privilegiada aos direitos de liberdade, demonstra que o exercício desses direitos tão-pouco pode servir de base para introduzir um regime de desfavorecimento dos seus titulares. Portanto, “*por maioria de razão*”, “a Constituição «presume» que tais factos não podem, em si mesmos, fornecer ao legislador fundamentos idóneos para o estabelecimento de diferenciações *in pejus*, uma vez que eles correspondem, tão somente, ao exercício de direitos de liberdade”.<sup>4</sup>

Considerando demonstrado este fundamento de inconstitucionalidade, o TC dispensou a apreciação de qualquer outro fundamento invocado pelo Provedor de Justiça.

## **2. O IMPACTO DA SOLUÇÃO PROPOSTA NO HISTÓRICO JURISPRUDENCIAL PORTUGUÊS E NA CONSTRUÇÃO DOS MECANISMOS DE EFECTIVAÇÃO DO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

7. Não deve passar despercebido o significado que este aresto representa para o sistema constitucional português. É bem sabido que a questão suscitada no

---

4 - De acordo com este percurso argumentativo, “a Constituição exclui que o legislador possa introduzir diferenças de tratamento entre pessoas que se fundamentem exclusivamente nas categorias suspeitas enunciadas no elenco aberto do n.º 2 do artigo 13.º da CRP”; ora, se “é certo que, no caso agora colocado ao Tribunal, não está em causa a instituição, pelo legislador, de regimes diferentes que sejam aplicáveis a grupos de pessoas em função de qualquer uma das razões que, em elenco aberto, o n.º 2 do artigo 13.º da CRP enuncia”, verifica-se, contudo, que, “residindo o fundamento da diferença, instituída pela norma impugnada entre cidadãos nacionais, no simples facto de alguns desses cidadãos terem exercido liberdades que a Constituição valora como fundamentais, a densidade de escrutínio a aplicar pela jurisdição constitucional à avaliação da escolha legislativa não pode ser menor”.

processo tem provocado profundas divergências históricas quanto à *força normativa dos direitos sociais* e quanto à liberdade de que o legislador dispõe para estender ou recortar prestações sociais do Estado, pelo menos quando estas sejam associadas a um *mínimo existencial* que possivelmente decorreria do valor-primaz da *dignidade da pessoa humana*. No caso em apreço, o TC poderia perfeitamente ter situado a questão de constitucionalidade nesse contexto – ou, no mínimo, ainda que lateralmente, trazer esses parâmetros à discussão –, desde logo porque o direito a um mínimo de existência condigna, associado ao direito à segurança social, foi um dos parâmetros de apreciação que o Provedor de Justiça requereu ser objecto de atenção pelo Tribunal, para tanto invocando os artigos 1.º, 2.º e 63.º da Constituição.

É que – recorde-se telegraficamente – se o TC, na evolução histórica da sua jurisprudência, começou por reduzir a ideia de proibição do retrocesso social à pura *proibição de recriação de omissões inconstitucionais*,<sup>5</sup> passou, porém, com o ponto alto do histórico Acórdão n.º 509/2002,<sup>6</sup> a invocar exigências basilares

---

5 - Esta proibição, sabe-se, foi formulada desde o Acórdão n.º 39/84 (Proc. 6/83 – VITAL MOREIRA), no âmbito da reposição da omissão inconstitucional quanto à efectivação do direito à saúde, não sendo desconhecidos os casos em que o Tribunal ulteriormente se socorreu desse parâmetro de controlo para julgar inconstitucional ou não inconstitucional uma medida legislativa de supressão de benefícios sociais. Foi esse o caso, por exemplo, do Acórdão n.º 590/2004 (Proc. 944/03 – ARTUR MAURÍCIO), em que a revogação de regras conformadoras de um crédito jovem bonificado para aquisição de casa própria *não foi* considerada inconstitucional por violação da alínea *c*) do artigo 70.º da Constituição, mas isto justamente por que o Tribunal considerou que se mantinham em vigor normas promotoras do mesmo direito fundamental no âmbito do arrendamento, com o incentivo ao arrendamento por jovens previsto no Decreto-Lei n.º 162/92, de 5 de Agosto.

6 - Proc. 768/02 – NUNES DE ALMEIDA. Diz-se que o aresto de 2002 representou um ponto alto nesta evolução jurisprudencial, e não verdadeiramente o seu início, porque o apelo a um mínimo existencial como direito autónomo e directamente justiciável, a partir da ideia de dignidade da pessoa humana, já havia sido prenunciado, antes desse Acórdão n.º 509/2002, por decisões de inconstitucionalidade ou de não inconstitucionalidade baseadas na impenhorabilidade das pensões, exigida por um “mínimo necessário e adequado a uma existência condigna” (em confronto com a restrição ao direito de propriedade do credor, provocada por tal impenhorabilidade, bem como com o próprio princípio da igualdade, pela protecção desigual que o credor de tais prestações sociais poderia merecer), como as encontradas nos Acórdãos n.ºs 349/91 (Proc. 297/89 – ALVES CORREIA); 411/93 (Proc. 434/91 – NUNES DE ALMEIDA); 318/99 (Proc. 855/98 – NUNES DE ALMEIDA); 62/2002 (Proc. 251/01 – PAULO MOTA PINTO, onde se lê mesmo que um valor patrimonial que serve de “remuneração básica estritamente indispensável para satisfazer as necessidades impostas pela sobrevivência digna” e que é “concebido como o mínimo dos mínimos não pode ser, de todo em todo, reduzido, qualquer que seja o motivo”) e 177/2002 (Proc. 546/01 – MARIA DOS PRAZERES BELEZA). Ainda antes, a propósito do problema da actualização das pensões, falando já de um “mínimo de sobrevivência”, cfr. Acórdão n.º 232/91 (Proc. 279/89 – MESSIAS BENTO).

Esse exercício não prejudicou que um sector da doutrina observasse a profunda incoerência

de protecção da dignidade da pessoa humana contra situações de degradação intolerável da sua tutela económica e social, com isso sustentando a possibilidade de fundamentar a identificação de *pretensões subjectivas justificáveis*, passíveis de se alicerçarem na *aplicabilidade directa* de normas constitucionais em vez da lei ou contra a lei – o mesmo é dizer: em condições próximas daquelas que o n.º 1 do artigo 18.º da Constituição prevê para os direitos de liberdade –, para promoção de (alguns) direitos sociais.<sup>7</sup> A dúvida então deixada em aberto pelo Tribunal resumiu-se a saber se as pretensões subjectivas justificáveis poderiam decorrer directamente das exigências inerentes a *cada direito social* – caso em que se observaria uma aproximação ainda mais intensa entre direitos de liberdade e direitos sociais – ou se precisariam de se alicerçar no valor-padrão da *dignidade pessoal*, sem o qual nenhum direito social poderia ver (pelo menos de modo *autónomo*) um conteúdo normativo directamente protegido pelo poder judicial.<sup>8</sup>

---

entre os distintos critérios que o Tribunal usou para determinar o rendimento reputado como “básico” (intangível) para efeitos de impenhorabilidade das pensões ou para efeitos de atribuição de um rendimento mínimo garantido, deixando o intérprete sem apreender qual seria a fronteira alegadamente exigida pelo direito a um mínimo existencial – cfr. JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Proteger é Preciso, Viver Também: A Jurisprudência Constitucional Portuguesa e o Direito da Segurança Social”, in AAVV, *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 348-352. Essa incoerência fica bem visível, já depois de 2002, na contradição entre os critérios presentes no Acórdão n.º 96/2004 (Proc. 423/03 – MARIA HELENA BRITO) ou no Acórdão n.º 306/05 (Proc. 238/04 – VÍTOR GOMES), nos quais se sufraga, respectivamente, que o montante correspondente ao salário mínimo nacional ou o montante correspondente ao rendimento mínimo garantido é que formam o patamar indisponível sem o qual uma existência condigna fica ameaçada.

7 - Em sentidos próximos, cfr. JOÃO CAUPERS, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, 1985, p. 63; GOMES CANOTILHO, “Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais”, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 54-59; SÉRVULO CORREIA, “Interrelação entre os Regimes Constitucionais dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais e o Sistema Constitucional de Autonomia do Legislador e de Separação e Interdependência de Poderes: Teses”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 970; RUI MEDEIROS, “Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais: Entre a Unidade e a Diversidade”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 666; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 374-375; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 233-234; BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, 2 vols., 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006-2011, II, pp. 522-523.

8 - Esta dúvida foi formulada pelos comentadores logo a propósito do mesmo Acórdão n.º 509/2002, quando, no entender do Tribunal, a possível discussão sobre a efectivação do *direito à segurança*

Aliás, esta ambiguidade decisória do TC quanto à identificação do verdadeiro fundamento constitucional para o controlo de medidas restritivas de prestações sociais que eventualmente se mostrem necessárias para a garantia de um mínimo existencial já havia sido observada, mesmo antes do marco de 2002, no Acórdão n.º 318/99 – com um critério repetido no Acórdão n.º 177/2001, que apreciou a mesma questão no âmbito da fiscalização abstracta –, quando o conselheiro NUNES DE ALMEIDA, amalgamando *i)* o “princípio da dignidade humana”, *ii)* o “princípio do Estado de Direito” e *iii)* os direitos sociais em concreto que poderiam ser relevantes para a decisão do caso, baseou o juízo de inconstitucionalidade na “*violação do princípio da dignidade humana contido no princípio do Estado de direito que resulta das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 59.º, n.º 2, alínea a), e 63.º, n.os 1 e 3, da Constituição*”.

Posteriormente, num relevante salto qualitativo, através dos Acórdãos n.os 88/2004 e 67/2007,<sup>9</sup> o Tribunal não se coibira sequer de se socorrer explicitamente de um *controlo de proporcionalidade* (limite aos limites) para fiscalização de medidas legislativas destinadas a restringir ou diminuir prestações sociais que

---

*social* foi transmutada no reconhecimento de um “*direito ao mínimo de existência condigna*”, o que, evidentemente, deixou descontentes muitos dos partidários de qualquer dos lados do debate nacional acerca do significado do catálogo constitucional de direitos sociais: nem essa conclusão poderia satisfazer quem receia que a justiciabilidade dos direitos sociais habilite a entrada do juiz no domínio das opções político-legislativas relativas à definição de prioridades no uso de recursos públicos, nem, de outro lado, poderia satisfazer quem notou que o recurso a um direito fundado na ideia de dignidade da pessoa humana equivale a confessar que cada direito social, só por si, não dispõe de um conteúdo normativo autónomo que possa fundar pretensões subjectivas justiciáveis. Além do voto da conselheira MARIA DOS PRAZERES BELEZA, tirado no mesmo processo, cfr., com críticas distintas, VIEIRA DE ANDRADE, “O «Direito ao Mínimo de Existência Condigna» como Direito Fundamental a Prestações Estaduais Positivas – Uma Decisão Singular do Tribunal Constitucional (Anotação ao Acórdão n.º 509/2002)”, in *Jurisprudência Constitucional*, I (2004), pp. 4 e segs.; BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, cit., II, p. 102; JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 319-322; idem, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 383 e 389-390; GOMES CANOTILHO, “Sedimentação dos Direitos Fundamentais e Local Incerto da Socialidade”, in JAVIER TAJADURA TEJADA (org.), *La Constitución Portuguesa de 1976: Un Estudio Académico Treinta Años Después*, CEPC, Madrid, 2006, p. 82.

9 - Procs. 411/03 (GIL GALVÃO) e 650/06 (MARIA FERNANDA PALMA), respectivamente. Mesmo posteriormente, esta estratégia de controlo foi mantida nos Acórdãos n.os 512/2008 (Proc. 382/08 – CARLOS CADILHA) e 221/2009 (Proc. 775/08 – CARLOS CADILHA), visto que, embora decidindo agora no sentido da não inconstitucionalidade, se manteve o apelo ao mesmo juízo de proporcionalidade, isto sem prejuízo de se reservar sempre esse controlo para os casos de possível ofensa a um “conteúdo mínimo”: no dizer do aresto de 2008, estaria “verificada a violação do princípio da proporcionalidade relativamente ao direito à saúde” apenas quando “encarado na sua dimensão positiva como um direito de conteúdo mínimo”.

o Estado vinha realizando para efectivação dos direitos sociais previstos nos artigos 63.º e 64.º da Constituição (segurança social e saúde), com isso causando júbilo no sector doutrinário que recordou que a proporcionalidade representa classicamente o instrumento mais efectivo de tutela do conteúdo normativo dos próprios direitos de liberdade e que, em consequência, o juiz teria confessado implicitamente o abandono de uma distinção talhante num sistema dualista de direitos fundamentais.<sup>10</sup>

Mais recentemente, embora voltasse a abdicar de controlar directa e autonomamente as restrições legislativas aos direitos sociais através do uso ambicioso de um critério de proporcionalidade, recuando para a postura menos activa que vinha adoptando anteriormente,<sup>11</sup> o TC não desistira, pelo menos, de manter a tentativa de densificação do fundamento normativo para o direito a um mínimo existencial – através dos Acórdãos n.ºs 3/2010 e 187/2013<sup>12</sup> –, numa argumentação em que havia enfatizado a *relação entre esse conteúdo mínimo e um direito social específico* – no caso, novamente o direito à segurança social –, definindo-o simultaneamente como o *único âmbito de protecção de um direito social jurisdicionalmente controlável*. Discutindo esse direito fundamental “hoje tido como uma emanção garantística nuclear do supraprincípio da dignidade da pessoa humana”, nos dois arestos se disse que “o direito à segurança social, previsto no artigo 63.º, n.º 1, da Constituição, «como um todo», é um direito de natureza essencialmente económica e social, sendo portanto passível de uma maior margem de livre conformação, por parte do legislador, do que a generalidade dos direitos, liberdades e garantias, uma vez que a sua aplicabilidade directa (não

---

10 - Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, cit., pp. 390-393. Em síntese deste entendimento, a propósito do aresto de 2004, “a partir do momento em que reconhece aqui igualmente a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade – e sabendo-se como este princípio [...], em aplicação combinada com a metodologia da ponderação de bens, é a chave de decifração do complexo tema dos limites aos direitos fundamentais – então está feito o essencial do trajecto de unificação no tratamento das restrições a direitos sociais e a direitos de liberdade” (*ibidem*, p. 385). Vale a pena recordar, porém, a doutrina já contida no Acórdão n.º 92/85 (Proc. 143/84 – MÁRIO DE BRITO), que, partindo da distinção entre direitos negativos e direitos positivos integrados em cada direito social como um todo, já havia aproximado o conteúdo dos direitos de tipo negativo daquele que se reconhece assistir aos direitos de liberdade. Uma aproximação semelhante foi sustentada na declaração de voto de MARIA DA ASSUNÇÃO ESTEVES no Acórdão n.º 148/94 (Proc. 530/93). Porém, desvalorizando o impacto desta corrente jurisprudencial e do seu recurso ao critério da proporcionalidade, cfr. BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, II/2, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 578-579.

11 - Para uma crítica enfática, v. ainda JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, cit., pp. 393-397; por último, JORGE SILVA SAMPAIO, *O Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pp. 648-649.

12 - Proc. 176/09 (JOÃO CURA MARIANO) e Procs. 2, 5, 8 e 11/2013 (CARLOS CADILHA), respectivamente.

estando excluída) é necessariamente mais limitada como se infere do artigo 18.º, n.º 1, da Constituição”, sendo que “esse conteúdo mínimo ou nuclear directamente aplicável tem um âmbito relativamente mais restrito do que nos direitos, liberdades e garantias e que, portanto, o legislador sempre manterá, em matéria de direitos económicos e sociais, uma mais ampla margem de livre conformação”, a qual se mantém “em tudo o que vá para além de um conteúdo mínimo, ou nuclear”; e, ainda, que “a mera sucessão de leis no tempo em matéria de segurança social não é, em geral, passível de afectar o próprio direito à segurança social «como um todo», salvo os casos em que esteja em causa o mínimo de existência condigna”.

8. Em suma, embora se admitindo que o TC estaria a oscilar entre decisões em que mantinha o mero apelo a “standards mínimos” compostos por “refracções sociais da dignidade da pessoa humana” e outras decisões em que formulava um apelo mais ambicioso a critérios de igualdade e proporcionalidade no controlo da restrição legislativa a prestações sociais já implementadas por actos legislativos anteriores,<sup>13</sup> seria possível, pelo menos, encontrar um *patamar mínimo* de protecção jurisprudencial de direitos constitucionalmente fundados a prestações sociais, os quais, se não directamente alicerçados num conteúdo emergente do catálogo previsto no Título III da Parte I da Constituição, pelo menos encontrariam a sua sede em refrações da ideia-chave de existência condigna de cada pessoa humana.<sup>14</sup>

---

13 - Cfr., para recensão, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, cit., pp. 387 e segs..

14 - Para consolidação deste patamar mínimo, v., entre tantos, e com distintos matizes, PAULO MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 244-245; ISABEL MOREIRA, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 133-134, 139 e segs.; JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios...*, cit., pp. 67-68, 318-319 e 322-323; idem, *Direitos Sociais...*, cit., pp. 389-390; GOMES CANOTILHO, “Sedimentação...”, cit., p. 82; idem, “«Bypass» Social e o Núcleo Essencial de Prestações Sociais”, in *Estudos...*, cit., p. 247; CRISTINA QUEIROZ, *O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais: Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 92-100; BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, 2 vols., 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006-2011, II, pp. 522-523; RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, *As Omissões Normativas Inconstitucionais no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 131; MANUEL AFONSO VAZ et al., *Direito Constitucional – O Sistema Constitucional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 292-293 e 345-346; MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria da Constituição – O que é a Constituição, Hoje?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 164-165; por último, CRISTINA QUEIROZ, *O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, *passim*; e JORGE SILVA SAMPAIO, *O Controlo...*, cit., pp. 645-647.

9. A este patamar mínimo sempre acresceria, nos termos recentemente fixados pela «jurisprudência da austeridade», o apelo às dimensões formal e material do princípio da *igualdade* e à *boa fé*, na sua vertente da *tutela da confiança legítima*: as medidas de austeridade foram censuradas por afectarem (desigualmente) direitos protegidos por expectativas (declaradas legítimas) a receber uma prestação pecuniária (embora não necessariamente um montante específico), como se sustentou, com maior ou menor ênfase, no Acórdão n.º 353/2012,<sup>15</sup> que declarou a inconstitucionalidade do corte de subsídios (estando em causa o direito à pensão, e não apenas à retribuição dos funcionários públicos no activo) por violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos; no já mencionado Acórdão n.º 187/2013, que sufragou solução idêntica por violação do princípio da igualdade (“igualdade proporcional”) na repartição dos encargos públicos (bem como na redução remuneratória do trabalho extra na função pública);<sup>16</sup> no Acórdão n.º 862/2013,<sup>17</sup> que reprovou normas destinadas à convergência de pensões, socorrendo-se do princípio da tutela da confiança, em razão de se terem violado “expectativas relevantes, atento o facto de assentarem em pensões já em pagamento, e atento outrossim o universo de pessoas abrangidas”; e, ainda, no Acórdão n.º 413/2014,<sup>18</sup> recuperando a combinação entre igualdade e proporcionalidade (novamente: “igualdade proporcional”) para vedar novos cortes que *desproporcionadamente* atingiriam universos *restritos* de pessoas.<sup>19</sup>

---

15 - Proc. 40/12 – JOÃO CURA MARIANO.

16 - Nesse aresto, foi de notar que a supressão de 90% do subsídio de férias aos pensionistas foi considerada inconstitucional, não por “não constituir uma ofensa desproporcionada à tutela da confiança”, mas sim por nova violação do princípio da igualdade.

17 - Proc. 1260/13 – LINO RIBEIRO.

18 - Proc. 14/2014 – CARLOS CADILHA.

19 - Para apreciação em sentidos divergentes desta linha jurisprudencial, entre tantos, cfr. a obra colectiva organizada por GONÇALO A. RIBEIRO / LUÍS PEREIRA COUTINHO, *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, Almedina, Coimbra, 2014; JORGE REIS NOVAIS, *Em Defesa do Tribunal Constitucional – Resposta aos Críticos*, Almedina, Coimbra, 2014; v. também idem, “O Direito Fundamental à Pensão de Reforma em Situação de Emergência Financeira”, in *E-Pública*, 1 (2014); RICARDO BRANCO, “Ou Sofrem Todos, ou Há Moralidade. Breves Notas sobre a Fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de Julho”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Almedina, Coimbra, 2012, II, pp. 329 e segs.; LUÍS PEREIRA COUTINHO, “Os Direitos Sociais e a Crise”, in *Direito & Política*, 1 (2012), p. 81; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Comentário ao Acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional”, *ibidem*, p. 117; LUÍS MENEZES LEITÃO, “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 72, n.º 1 (2012), pp. 359 e segs.; idem, “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013 (Lei do Orçamento de Estado para 2013)”, *ibidem*, 72, n.º 4 (2012), pp. 1483 e segs.; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO / LUÍS PEREIRA COUTINHO, “A «Igualdade Proporcional», Novo Modelo

10. Sucede que, no caso agora em apreço, através do Acórdão n.º 141/2015, o TC preferiu *deslocar* a questão de constitucionalidade para o contexto dos *direitos de liberdade*, sublinhando o seu regime privilegiado, à luz da Constituição, no contexto dos demais direitos fundamentais, deixando a ideia de que, por seu lado, os parâmetros próprios de tutela dos direitos sociais apenas serão exercitados em casos de último recurso, quando nenhum outro mecanismo de controlo constitucional se encontre disponível.

Com efeito, a um tempo, o Tribunal entendeu ressaltar que o regime constitucional dos direitos de liberdade será tão privilegiado que, em face do princípio da igualdade, tais direitos *devem receber uma tutela ainda mais vigorosa (porque ela é justificada “por maioria de razão”) do que aquela que já é dada a normas tão estruturantes quanto a proibição da discriminação por motivos fundados no sexo, na raça ou na religião* (n.º 2 do artigo 13.º).

Porém, a outro tempo, seria razoável admitir que esta protecção privilegiada dos direitos de liberdade não precisaria de prejudicar o reconhecimento – pelo menos subsidiário – de uma desconformidade da medida legislativa perante um *direito a prestações sociais* inerente a um *mínimo de existência condigna*. Isso teria permitido ao TC confirmar ao intérprete que continua a considerar seguro o reconhecimento desse direito fundamental no nosso ordenamento.

Todavia, desta vez, o Tribunal escusou-se dessa tarefa, considerando-a “*dispensável, dado a menor precisão que é reconhecida ao princípio*” da “*dignidade da pessoa humana*”. Ora – repita-se –, este princípio menos “preciso” já representava, no essencial, o *parâmetro mínimo* a que o TC vinha recorrendo para reconhecer, ainda que de modo indirecto, *força normativa aos direitos sociais como parâmetros susceptíveis de serem invocados para fundar pretensões contra o legislador*, sem o qual a sua justiciabilidade não vinha sequer recebendo efectividade prática. Era esse patamar mínimo que, mais do que proteger “o bem-estar e a qualidade de vida” dos titulares dos direitos sociais, vinha mesmo sendo invocado para “garantir a tutela do valor supremo da dignidade da pessoa humana” enquanto “vector axiológico estrutural da própria Constituição”, através da solidificação das suas refracções de tipo social perante ingerências legislativas.<sup>20</sup>

Porém, em contraste com a jurisprudência anterior, o Tribunal mostrou-se aqui

---

do Controlo do Princípio da Igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013”, in *Direito & Política*, 4 (2013), pp. 182 e segs.; LUÍS PEREIRA COUTINHO, “A «Convergência de Pensões» como Questão Política”, in *E-Pública*, 1 (2014); BLANCO DE MORAIS, “As Mutações Constitucionais Implícitas e os seus Limites: Autópsia de um Acórdão Controverso”, sep. de *Jurismat*, 3 (2013), pp. 55 e segs.; por último, com amplíssimo desenvolvimento, BLANCO DE MORAIS, *Curso...*, cit., II/2, pp. 709 e segs..

20 - Cfr. Acórdãos cits. n.º 349/91 e n.º 318/99.



particularmente sensível às perplexidades colocadas pelos comentadores que, nas investigações especializadas, fizeram notar a ambiguidade e a indefinição que têm afectado o recurso a este valor supremo,<sup>21</sup> sem prejuízo de terem também sublinhado que a função juspersonalista e antropocêntrica que habitualmente se lhe atribui não encontra eco na intenção original declarada que presidiu à redacção do artigo inicial da nossa Constituição.<sup>22</sup>

Compreende-se, pois, que se diga, como notou a conselheira MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS – a única conselheira que assumiu uma divergência neste ponto –, que “este Acórdão representa uma inovação face à jurisprudência do Tribunal Constitucional”, sobretudo pelo “facto de o [TC] tratar de uma matéria relacionada com um direito social – o direito de acesso à prestação social que é a RSI – desfocando-a do contexto em que é colocada” e deslocando-a para o contexto dos direitos de liberdade.

Deve sublinhar-se, aliás, que, com excepção desta divergência, esta inovação mereceu o consenso do Tribunal, reunindo o voto favorável de 12 dos 13 conselheiros, visto que as demais declarações de voto se resumiram à questão da apreciação do Direito Europeu que é alheia a este ponto. A inflexão qualitativa observada no aresto surgiu, pois, nesse momento, acompanhada da suspeita – reforçada pelo facto de a posição maioritária não ter sido demovida pelo alerta inserido no voto dissidente – de que esta solução poderia vir a obter um acolhimento consolidado na jurisprudência futura do Tribunal.

### **3. O NOVO ACÓRDÃO N.º 296/2015 E AS INCERTEZAS FUTURAS QUANTO À TUTELA DAS FACETAS SOCIAIS DA DIGNIDADE PESSOAL**

11. Apenas três meses depois desta inovação, porém, o TC aumentou ainda mais a incerteza em relação à evolução da sua jurisprudência futura sobre esta matéria. No Acórdão n.º 296/2015 (Proc. 1057/14), de 25 de Maio de 2015, relatado pela Conselheira CATARINA SARMENTO E CASTRO, a maioria dos juízes, quando novamente convocada para apreciar a possível inconstitucionalidade de normas do novo regime do rendimento social de inserção, ressuscitou a invocação do *direito fundamental a uma “existência condigna”*, enquanto “imposição direta do respeito pela dignidade humana” – ou, numa palavra: um “*direito autónomo*,

---

21 - Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, 2 vols., Almedina, Coimbra, 2006, II, pp. 319 e segs..

22 - Com abundantes elementos, *ibidem*, I, pp. 598-601; II, p. 196.

*construído a partir da conjugação do princípio do respeito da dignidade humana com o direito à segurança social*".

Com efeito, as dúvidas de constitucionalidade, agora suscitadas pela Procuradora-Geral da República, incidiram desta vez sobre a fixação de um requisito adicional de acesso ao rendimento social de inserção imposto a cidadãos estrangeiros: no artigo 6.º, n.º 1, alínea *b*), e n.º 4, da Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de Junho, exigiu-se que o beneficiário do rendimento possua residência legal em Portugal nos últimos 3 anos, quando seja nacional de um Estado que não seja membro da União Europeia, não faça parte do Espaço Económico Europeu nem haja celebrado um acordo de livre circulação de pessoas com a União Europeia.

Ora, partindo do princípio de equiparação entre portugueses e estrangeiros a que se refere o n.º 1 do artigo 15.º da Constituição, o Tribunal admitiu, à partida, que poderiam ser invocadas fundadas razões para a introdução de restrições a tal equiparação, penalizando a situação jurídica de cidadãos estrangeiros com fundamento no interesse (constitucionalmente tutelado) da sustentabilidade da segurança social (artigo 63.º). Todavia – *e este é o ponto decisivo* –, justamente por considerar que o *direito a um mínimo existencial*, embora parcialmente decorrente do direito à segurança social (direito meramente tutelado pelo regime constitucional dos direitos sociais, e não dos direitos de liberdade), encontra também o seu fundamento directo na tutela do valor-primaz da dignidade de cada pessoa humana (na "*dignidade do homem, como sujeito moral e sujeito de direitos, como «cidadão do mundo»*", independentemente de qual seja a sua nacionalidade), o TC daí inferiu que, nessa vertente, **ele beneficiaria do mesmo regime privilegiado que o artigo 18.º da Constituição reservou para os direitos de liberdade**.

Por isso, julgou-se habilitado a promover a aplicação dos três testes correspondentes aos três subprincípios em que se desdobra a proporcionalidade em sentido amplo ou proibição do excesso, ao abrigo do disposto no n.º 2 desse artigo 18.º, proferindo uma decisão de inconstitucionalidade em razão de considerar *desproporcionado* o período de três anos de residência legal exigido aos cidadãos estrangeiros, "colidindo, de modo intolerável, com o direito a uma prestação que assegure os meios básicos de sobrevivência" e impondo "um sacrifício desproporcionado ou demasiado oneroso, em face da vantagem associada aos fins de interesse público que se visa atingir com a sua fixação".

12. Como se antecipou, esta nova pronúncia maximiza, em vez de diminuir, a incerteza sentida pela comunidade jurídica quanto aos critérios dogmáticos utilizados pelo Tribunal Constitucional português na concretização do sistema de direitos fundamentais, tornando imprevisível a futura jurisprudência concernente

à inter-relação entre direitos de liberdade e direitos sociais.

Por um lado, insista-se, através do Acórdão n.º 141/2015, o TC, depois de vir crescentemente enfatizando o peso normativo que o ordenamento poderia reconhecer aos direitos sociais e à sua justiciabilidade autónoma, pelo menos quando associados ao valor decorrente da dignidade da pessoa humana, emitiu um aresto em que recuperou a intenção original explicitamente formulada nos trabalhos constituintes de 1976 e de 1982, em cujos termos *i)* as facetas sociais da dignidade pessoal mereceriam uma tutela específica da Constituição que implicaria a sua integração no sistema de direitos fundamentais, dando origem a um *regime jusfundamental comum*, *ii)* mas sem prejudicar a *protecção privilegiada dos direitos de liberdade*, em razão da sua superior proximidade em face da dignidade de cada indivíduo como *pessoa livre*, justificando a imposição de *deveres diferenciados de protecção* de cada categoria de direitos fundamentais pelo legislador e pelos demais poderes constituídos.

O TC, por outras palavras, ressuscitou em Fevereiro de 2015 a ênfase inicialmente conferida às “decisões--chave tomadas pela Assembleia Constituinte” e mantidas pelo legislador de revisão, que, considerando a “vinculação / identificação desse subsistema com a ordem democrática” e receando o perigo de “subversão da dignidade-liberdade” pela “dignidade-igualdade-solidariedade”, preferiu que “o norte da Constituição [ficasse] dirigido para [o] subsistema dos direitos, liberdades e garantias”,<sup>23</sup> assim se justificando a “normatividade reforçada” ou “agravada” de que estes foram revestidos,<sup>24</sup> numa separação qualitativa em face dos demais direitos fundamentais que o artigo 17.º da Lei Fundamental mitiga mas não destrói.<sup>25</sup> Todavia, esta nova preferência jurisprudencial deixou então em aberto a

---

23 - Expressões de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, cit., II, pp. 104-106.

24 - Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 438. Também neste sentido, com especial relevância acerca da qualificação do “primado dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais” como “questão existencial do Estado de direito democrático”, cfr. BLANCO DE MORAIS, *Curso...*, cit., II/2, pp. 565-569.

25 - Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., IV, pp. 165 e 171; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 183-184; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, cit., II, pp. 104-105; idem, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, Principia, Estoril, 2007, p. 45; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed. em 2 vols., 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007-2010, I, pp. 371 e 377-378; JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, “Artigo 17.º”, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS (org.), *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 303-304; RUI MEDEIROS, “Direitos...” cit., pp. 658 e segs.; DINAMENE DE FREITAS, *O Acto Administrativo Inconstitucional – Delimitação do Conceito e Subsídio para um Contencioso Constitucional dos Actos Administrativos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 105 e segs.; MANUEL AFONSO VAZ et al., *Direito Constitucional...*, cit., pp. 247-248 e 286; MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria da Constituição...*, cit., pp. 160-162; BLANCO DE MORAIS, *Curso...*, cit., II/2, pp. 565 e segs..

dúvida sobre qual o *efeito colateral* que o reconhecimento de uma tutela agravada dos direitos de liberdade poderia produzir no tocante à *desvalorização relativa* dos mecanismos de tutela das facetas sociais da dignidade da pessoa humana. Ela obrigou, em especial, a colocar a questão de saber se, no futuro, o facto de o TC reconhecer – de um modo mais aberto do que alguma vez o havia feito – a “menor precisão” da ideia de dignidade pessoal o faria retrair nos esforços que vinha desenvolvendo, sobretudo nos últimos 13 anos, para nela alicerçar a extracção de pretensões subjetivas justiciáveis relativas à obtenção de prestações sociais essenciais a uma existência condigna.

**13.** Ora, a forma que o Tribunal encontrou para principiar a responder a essa dúvida é, evidentemente, pouco esclarecedora. Em dois arestos separados por três meses, tendo por objecto a apreciação da inconstitucionalidade de normas do mesmo artigo de um diploma legal, o TC foi capaz de assumir duas posições opostas quanto à operatividade do direito a um mínimo de existência condigna, variando o seu entendimento e os seus fundamentos decisórios entre *i)* a primeira pronúncia, que incidia (sobretudo) sobre a posição de cidadãos beneficiários nacionais (alínea *a)* do n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 13/2003, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 133/2012), para a qual convocou o regime dos direitos, liberdades e garantias, criticando a imprecisão do direito a um mínimo existencial invocado pelo autor do pedido (Provedor de Justiça), e *ii)* a segunda pronúncia, que incidia sobre a posição de cidadãos estrangeiros (alínea *b)* do mesmo n.º 1 desse artigo 6.º), para a qual invocou o mesmíssimo direito a um mínimo existencial e, curiosamente, em cuja tutela aplicou também o regime dos direitos de liberdade. No limite, e paradoxalmente, no Acórdão n.º 296/2015 assumiu como fundamento basilar da sua decisão um direito cuja operatividade havia minimizado três meses antes em razão da sua eventual falta de precisão.<sup>26</sup>

**14.** A ambiguidade do sentido evolutivo da jurisprudência constitucional é agravada pelo facto de o último aresto de Maio de 2015, embora mais ambicioso do ponto de vista da tutela dos direitos sociais, se encontrar, em qualquer caso, longe de acolher a construção doutrinária que, entre nós, pretendeu superar a intenção

---

26 - Não surpreende que a solução encontrada no último aresto se tenha revelado extremamente controvertida – em contraste com a maioria de 12 conselheiros que votou favoravelmente a solução de Fevereiro –, contando com a oposição de cinco conselheiros (JOÃO CAUPERS, PEDRO MACHETE, LINO RIBEIRO, MARIA LÚCIA AMARAL e MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS), sendo especialmente incisivas as declarações dos conselheiros PEDRO MACHETE e MARIA LÚCIA AMARAL quanto à difícil compatibilização entre os dois arestos, tendo em conta a tentativa de aplicação do n.º 2 do artigo 18.º ao direito em apreço.

constituente e substituí-la pela criação de um regime verdadeiramente unitário de direitos fundamentais:<sup>27</sup> o Tribunal jamais alega poder aplicar *autonomamente* a um direito social (como o direito à segurança social) – e precisamente enquanto direito social – o regime próprio dos direitos de liberdade previsto no artigo 18.º. Ao invés, o TC sublinha que os testes de proporcionalidade emergentes do n.º 2 desse artigo 18.º somente podem ser sustentados nos casos em que é directamente afetada a “dignidade humana”, ao abrigo do “artigo 1.º da Constituição” – aliás, “decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2.º”.

Neste sentido, no entender do Tribunal, o “artigo 63.º, n.ºs 1 e 3”, que consagra o direito à segurança social como um todo, apenas é convocado como “aflo[r]amento” da “garantia de existência condigna”, enquanto “imposição direta do respeito pela dignidade humana”. É somente com “este enquadramento e esta matriz” que se justifica que um tal direito a uma prestação social receba um “estatuto próprio, um significado autónomo”, aumentando a “vinculação constitucional” e impondo a “redução d[a] margem de liberdade do legislador”.

Não é difícil antever que esta ambiguidade jurisprudencial continua a constituir causa para manter o desconforto, sentido já desde o Acórdão n.º 509/2002, entre os diferentes sectores dos comentadores que debatem o significado do catálogo de direitos sociais na Constituição Portuguesa: o Tribunal *i)* continua a não

---

27 - Cfr., para o esforço mais desenvolvido nesse sentido, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, cit., *passim*; antes, v. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *O Direito ao Ensino na Constituição de 1976: Contributo para uma Dogmática Unitária dos Direitos Fundamentais*, Lisboa, 1998, *passim*, *maxime* pp. 16 e segs.; ainda do primeiro Autor, “O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais – O Direito à Segurança Social”, in *Jurisprudência Constitucional*, 6 (2005), pp. 7-8; com uma solução mais moderada, retirando consequências específicas de compartimentação dos regimes, não obstante a sua comunicabilidade, em obediência à decisão constituinte, ISABEL MOREIRA, *A Solução...*, cit., *passim*; em sentido não totalmente coincidente, por aceitar a dualidade de regimes mas somente com o propósito de propor a aplicação transversal do regime dos direitos de liberdade e do regime dos direitos sociais, respectivamente, a todos os direitos na sua dimensão negativa e na sua dimensão positiva, cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 100 e segs.; idem, “*A Cultura a que Tenho Direito*” – *Direitos Fundamentais e Cultura*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 114-115, 133 e segs.; idem, “«Todos Diferentes, Todos Iguais». Breves Considerações acerca da Natureza Jurídica dos Direitos Fundamentais”, in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, III, pp. 553 e segs.; por último, JORGE SILVA SAMPAIO, *O Controlo...*, cit., *passim*; para uma posição intermédia, que nota a oscilação “entre a unidade e a diversidade” – resultante da verificação de “uma unidade de sentido” e uma “diversidade” “no plano estrutural” –, mas não deixando de repudiar a desconsideração da “diferença estrutural” entre as categorias de direitos, cfr. RUI MEDEIROS, “Direitos...”, cit., pp. 658 e segs.; já antes, idem, “O Estado de Direitos Fundamentais Portugueses: Alcance, Limites e Desafios”, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, 2, 2002, pp. 41-42.

satisfazer quem, em razão do receio da intervenção judicial na definição político-legislativa de prioridades orçamentais, censura a hipótese de extracção de posições subjectivas justiciáveis a partir do catálogo de direitos sociais; mas *ii*) tão-pouco dá resposta a quem critica a circunstância de a tutela dos direitos sociais continuar dependente da possibilidade de identificação de uma conexão directa com a ideia de dignidade da pessoa humana, pressupondo, pois, que não é possível que cada direito social, *só por si*, inclua um conteúdo normativo autónomo susceptível de fundar pretensões subjectivas justiciáveis.<sup>28</sup>

---

28 - Mantêm-se, pois, os exactos fundamentos que motivaram a supracitada crítica liderada por JORGE REIS NOVAIS: cfr. *Direitos Sociais...*, cit., pp. 393-397.

## O Nexo de Causalidade na responsabilidade Civil Ambiental: O critério do risco como base de imputação de danos

Ronaldo Souza Borges

**Resumo:** A responsabilidade civil, em que pese não seja o único meio privado de tutela do meio ambiente, é uma poderosa ferramenta frente ao expressivo déficit de execução verificado quanto às normas jurídico--ambientais. Mas, para dotá-la de operatividade, é preciso uma revisão dogmática de seus pressupostos orientada pelas características peculiares do dano ambiental, notadamente quanto ao nexo de causalidade, perante o qual o desajuste das estruturas clássicas de imputação é bastante evidente. De uma causalidade puramente naturalística ou, ainda que normativa, assente em uma base natural-causal, passa-se à construção de um modo próprio de apuração da relação de causalidade na seara ambiental, com base no critério do risco concreto, em consonância com os princípios norteadores do Direito Ambiental, notadamente o da prevenção.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil; Nexo de causalidade; Imputação de danos; Critério do risco concreto

**Abstract:** Civil liability is a powerful tool against the severe execution deficit verified regarding the legal and environmental standards, even though it is not the only private way of environmental protection. However, to grant its operability, it is necessary a dogmatic review of its assumptions, guided by the peculiar features of the environmental damage, especially with regard to the causal link, for which the imbalance of the classic structures of imputation is quite evident. From a purely naturalistic causality or, despite normative, on a natural-causal basis, a clear way to determine the causal relationship in the environmental field is built, based on the definite risk together with the principles of the environmental law, particularly the prevention.

**Keywords:** Civil liability; Causal link; Damages imputation; Definite risk criterion.

## INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

Ante a existência de um expressivo déficit de execução, a questão do incumprimento das normas jurídico--ambientais apresenta-se como um problema significativo no âmbito do Estado de Direito contemporâneo.

Embora não seja o único meio privado de tutela do meio ambiente, a responsabilidade civil, cada vez mais, exerce um relevante papel na garantia da efetividade das normas ambientais, constituindo inclusive um mecanismo de proteção ambiental mais eficiente do que a tradicional abordagem de uma mera regulação estatal em uma perspectiva de comando e controle.

Para além da crescente importância, a responsabilidade ambiental apresenta-nos constantes e novos desafios, os quais impõem uma necessidade de revisão dogmática de seus pressupostos. Nesse prisma, impõe-se que se dê especial atenção à questão do nexos causal, perante a qual o desajuste das estruturas clássicas de imputação é bastante evidente.

Se, no domínio da responsabilidade ambiental, é possível que se prescindia da ilicitude e da culpa, o mesmo não ocorre com a relação de causalidade. É ela o principal filtro da responsabilidade civil enquanto instrumento de tutela do meio ambiente.

Uma negativa de ajuste dos mecanismos clássicos de aferição do nexos causal abalaria, de forma notável, a operatividade do instituto da responsabilidade civil ambiental. É que, em sede de dano ambiental, marcado pelas situações de confluência de várias condutas, muitas vezes esparsas no tempo e no espaço, denominadas de multicausais, o nexos causal não se caracteriza pela clareza científico-natural. A própria prova do nexos causal na seara ambiental exige uma abordagem diferenciada. Tudo tomando-se em conta, de um lado, a proteção ao meio ambiente, e, de outro, a função garantística da responsabilidade civil, evitando-se que os danos sejam imputados a quem nada tenha com ele, garantindo-se certeza e segurança jurídica quanto à repartição dos riscos em sociedade.

---

1 - O presente trabalho corresponde, em linhas gerais, ao Relatório de Mestrado Acadêmico, na área de concentração Ciências Jurídicas, apresentado no ano letivo 2011/2012, referente à Disciplina Direito Civil I/II, sob a regência dos Professores Doutores Antônio Menezes Cordeiro e Pedro Romano Martinez.



## 1. RESPONSABILIDADE CIVIL E MEIO AMBIENTE

### 1.1. A importância da responsabilidade civil na tutela do meio ambiente

A responsabilidade civil é essencial hoje à tutela do meio ambiente. Para além da finalidade ressarcitória, essencial à reparação do dano ambiental, preferencialmente através da restauração natural, ela também desempenha uma função preventiva e mesmo uma função punitiva na tutela do meio ambiente, reforçando inclusive a efetividade das normas ambientais.<sup>2</sup>

Mas não a responsabilidade civil em seus contornos clássicos, mas sim reorientada em função das especificidades do Direito Ambiental. Como outros institutos do Direito Civil, quanto posta à disposição da tutela ambiental, a responsabilidade civil refoge aos seus contornos tradicionais, abarcando situações de risco e de danos lícitos, sempre em observância ao princípio do máximo ressarcimento. Com a inclusão do risco e dos danos lícitos no âmbito da responsabilidade civil, tem-se o reconhecimento de que, na capacidade de empreendimento do homem, materializam-se não somente benefícios econômicos, mas também consequências sociais degradantes, estabelecendo o Direito quais os limites suportados pela sociedade.<sup>3-4</sup>

---

2 - Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 20.

3 - Cf. SALOMON, Fernando Baum, *Nexo de causalidade no direito privado e ambiental*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 15-16.

4 - Da década de 80 do século XX para cá, verifica-se uma orientação quase generalizada no sentido de reintrodução do debate em torno da responsabilidade civil no discurso dogmático do Direito Ambiental. A constatação da existência de um significativo déficit de execução do Direito do Ambiente torna a questão do incumprimento das normas ambientais um problema significativo do Estado de Direito hodierno. Não é só um déficit de execução, mas também um déficit de eficiência e mesmo um déficit de legitimidade que afeta a via heterônoma de tutela do meio ambiente pelo Direito. Urge uma compreensão crítica da profunda crise do modelo institucional em que se baseia, na essência, o atual Direito Ambiental. Nesse sentido, há um esforço na construção de uma dogmática da responsabilidade civil com um viés próprio à especificidade da tutela do meio ambiente. De um lado, verifica-se um movimento de internalização, via responsabilidade civil, dos custos sociais decorrentes dos danos causados ao ambiente. De outro, tem-se uma revisitação das virtualidades preventivas da responsabilidade civil, sendo certo, conforme anteriormente ventilado, que os potenciais poluidores, ao terem conhecimento que são economicamente responsáveis pela reparação dos danos causados, têm um forte incentivo para evitá-los. Tudo colabora para a adoção de práticas tecnológicas que reflitam um novo conhecimento ecológico, incorporando-as, através de um processo dinâmico e auto reflexivo, no âmbito da tutela jurídica do meio ambiente. Outro aspecto merece atenção: a associação da ineficácia e diminuta potencialidade comunicativa do sistema jusambiental a uma estrutura rígida, em que o controle da execução dos comandos legais e a ativação de mecanismos repristinatórios/ressarcitórios compete tendencialmente

É necessário que cada um responda pelas decisões que toma e pelos empreendimentos a que se lança.<sup>5</sup> Traçando a fronteira entre o que é permitido e o que é proibido, a responsabilidade exprime sempre e essencialmente uma estrutura sobre a qual se assenta a segurança das pessoas, na medida em que se sabe que os bens danificados tem uma projeção que sobrevive à sua própria destruição.

Notadamente no âmbito da responsabilidade pelo risco, incrementa-se a proteção ao meio ambiente via responsabilidade civil. O que a lei pretende, quando estabelece um esquema indenizatório baseado no risco, é que não haja ocorrências danosas, inserindo, assim, dentro do sistema a lógica da prevenção, fundamental para o entendimento do nexo de causalidade na perspectiva do meio ambiente.

## **1.2. A responsabilidade civil ambiental na europa continental: Visão Panorâmica**

A responsabilidade ambiental encontra-se regulada, no âmbito da União Europeia, pela Diretiva n. 2004/35/CE do Parlamento Europeu, de 21 de abril de 2004,<sup>6</sup> cujos antecedentes radicam no Livro Verde sobre a reparação de danos causados no ambiente de 1994 e no Livro Branco sobre responsabilidade ambiental de 2000.<sup>7</sup>

---

somente ao Estado. Impõe-se uma privatização das funções de defesa dos valores ambientais. Um reforço da cidadania ambiental, com a possibilidade de os particulares – individualmente ou através de associações representativas – exigirem, via responsabilidade civil, a reparação de danos aos bens naturais, notadamente pelo instituto da restauração natural. Insinua-se que o Direito do Ambiente encontra-se atualmente em um labirinto em que o espectro da inefetividade assume a figura de Minotauro. De todo possível, contudo, que uma repaginada responsabilidade civil exerça a função de fio de Ariadne. Sobre a responsabilidade como fio de Ariadne do Direito Ambiental, SENDIM, José de Sousa Cunhal, *Responsabilidade civil por danos ecológicos*, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 14-19.

5 - Sobre a importância do instituto da responsabilidade civil, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, II-3, Coimbra, 2010, pp. 423-428.

6 - Sobre a Diretiva n. 2004/35/CE, LEMOS, Patrícia Faga Iglecias, *Direito ambiental: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 102-116; OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., pp. 46-47. Veja-se, ainda, MONTANARO, Riccardo, La Direttiva sulla responsabilità ambientale nel quadro della disciplina europea in materia di ambiente. In: GIAMPIETRO, Franco (coord.), *La responsabilità per danno all'ambiente: l'attuazione della Direttiva 2004/35/CE*, Milão: Giuffrè, 2006, pp. 39-71; POZZO, Barbara, Introduzione alla nuova direttiva in materia di responsabilità ambientale. In: POZZO, Barbara (coord.), *La responsabilità ambientale: la nuova Direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, Milão: Giuffrè, 2005, pp. 1-19.

7 - Cf. SÁ, Sofia, *Responsabilidade ambiental: operadores públicos e privados*, Porto: Vida Económica, 2011, p. 36.

A Diretiva, conforme previsto em seu artigo 1.º, baseia-se no princípio do poluidor-pagador,<sup>8</sup> orientada à prevenção e à reparação dos danos ambientais [*rectius*: ecológicos],<sup>9</sup> entendidos, de acordo com o que previsto em seu artigo 2.º, como os danos causados às espécies e habitats naturais protegidos, à água e ao solo. Prevê a Diretiva n. 2004/35/CE uma responsabilidade ambiental com traços específicos, pondo em segundo plano a análise da culpa. Em matéria de nexo de causalidade, a Diretiva nada dispõe, deixando a cargo dos legisladores nacionais eventual regulamentação legal da matéria.<sup>10</sup>

Na Alemanha, a responsabilidade ambiental é tratada pela *Umwelthaftungsgesetz*,

---

8 - Pelo princípio do poluidor-pagador, recai sobre quem polui a obrigação de correção ou recuperação do ambiente, suportando os encargos daí decorrentes e os custos da cessação da ação poluente. Nesse sentido, ARCHER, António Barreto, *Direito do ambiente e responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 16. O princípio do poluidor-pagador atende a uma finalidade eminentemente preventiva, alterando a gestão ambiental interna das atividades potencialmente poluidoras a fim de que se evite a ocorrência de danos ao meio ambiente. Via princípio do poluidor-pagador, impõe-se às fontes poluidoras uma obrigação de cuidado, incorporando no processo produtivo os custos com prevenção, controle e reparação de um eventual dano ambiental, suportando financeiramente todas as despesas públicas relacionadas genericamente com a proteção do ambiente tanto *a priori* como *a posteriori*. Nesse sentido, STEIGLEDER, Annelise Monteiro, *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*, 2.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 168-170.

9 - A doutrina portuguesa distingue dano ecológico e dano ambiental *stricto sensu*, ambos inseridos no âmbito dos danos ambientais *lato sensu*. Dano ecológico seria o dano causado diretamente ao ambiente, ou seja, a lesão ao ambiente enquanto bem jurídico. Já o dano ambiental seria o dano causado a pessoas ou bens através do ambiente, com repercussão em uma esfera jurídica particularizada. Nesse sentido, a lição de SENDIM, José de Sousa Cunhal, *Responsabilidade civil por danos ecológicos*, ob. cit., pp. 69-70. De todo modo, no que interessa ao objeto do presente trabalho, coloque-se, desde logo, que os problemas que os danos ecológicos e os danos ambientais *stricto sensu* colocam em relação ao nexo de causalidade, enquanto pressuposto da responsabilidade civil, são substancialmente equivalentes.

10 - Anteriormente, a Convenção de Lugano, de 1993, denominada ‘Convenção do Conselho da Europa sobre responsabilidade civil resultante de atividades perigosas para o ambiente’, já trazia a obrigação de que os países signatários adotassem regimes de responsabilidade civil objetiva para a reparação dos danos ambientais. Ela não precisava o grau de prova exigido a fim de que se considerasse assente a conexão entre o fato e o dano, limitando-se, em seu artigo 10.º, à previsão de que, na análise do nexo causal, fosse considerado o aumento do risco de provocação de semelhante dano inerente à atividade perigosa. Inseria a prova da relação de causalidade na aptidão da instalação para a provocação do dano em causa. Caso o dano não fosse típico da operação, seria exigida uma prova mais contundente do nexo e vice-versa. Sobre a Convenção de Lugano, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., pp. 47-48. Veja-se, ainda, SILVA, Vasco Pereira da, SENDIM, José Cunhal, MIRANDA, João, *O meu caderno verde: trabalhos práticos de direito do ambiente*, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2005, pp. 601-633.

chamada *UmweltHG*.<sup>11</sup> A *UmweltHG* estabelece uma responsabilidade objetiva, independente de ilicitude e de culpa, pelos danos causados a pessoas ou bens através do ambiente.<sup>12</sup> Ela traz, em seu Anexo 1, uma lista das instalações a que se aplica. O modo de aferição do nexa causal recebe especial atenção da *UmweltHG*. Em seu § 6 (1), ela estabelece: demonstrado, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, que uma determinada instalação é apta à causação do dano, daí se infere o nexa casual. Afere-se, para verificação da aptidão da instalação para causação do dano, elementos internos à operação, como o modo de funcionamento, a situação da empresa e a natureza e a concentração dos materiais utilizados e liberados, bem como elementos exteriores a ela, como as condições meteorológicas, tempo e local da ocorrência do dano, natureza do dano e outras circunstâncias que apontem para ou contra a causação do dano pela instalação. Ao fim e ao cabo, o § 6 (1) da *UmweltHG* consagra uma alteração da carga da prova, atenuando os rigores exigidos para a demonstração do nexa de causalidade. Incumbe à vítima a prova, além do dano em si mesmo, de que (i) teve ele origem em um determinado efeito ambiental e através de certos poluentes, (ii) o efeito ambiental emana de uma concreta instalação coberta pela *UmweltHG* e (iii) aquele concreto efeito ambiental proveniente da concreta instalação é apto, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, à causação do dano. Desincumbindo-se ela desse encargo, terá guardada da tutela de seu direito via responsabilidade civil.

Todavia, isso não ocorrerá, caso demonstrado, conforme o § 6 (2) da *UmweltHG*, que a instalação encontra-se corretamente operada, ou seja, em conformidade com as normas legais e as imposições administrativas.<sup>13</sup> Ou, ainda, nos termos do § 7 da *UmweltHG*, se, havendo várias instalações aptas à causação do dano, outra seja a circunstância, de acordo com a realidade do caso concreto, adequada a causá-lo.

---

11 - Sobre a responsabilidade civil ambiental no Direito positivo alemão, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., pp. 35-45. Veja-se, ainda, RÖTTGEN, David, Il danno ambientale nel diritto federale tedesco. In: GIAMPIETRO, Franco (coord.), *La responsabilità per danno all'ambiente: l'attuazione della Direttiva 2004/35/CE*, Milão: Giuffrè, 2006, pp. 462-499.

12 - Os danos puramente ecológicos não se encontram no âmbito de incidência da *UmweltHG*.

13 - O § 6 (2) da *UmweltHG* tem, ao nosso aviso, inegável importância, representando um incentivo ao cumprimento dos deveres ambientais associados ao funcionamento da empresa. Em consonância com ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, não concordamos com a afirmação de que o § 6 (2) da *UmweltHG* traria à baila discussão sobre a ilicitude, erigida em verdadeiro critério dos danos ambientais, subvertendo a lógica do sistema. Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., pp. 42-44. Ele não transmuda em subjetiva a responsabilidade quanto aos danos ambientais. Aproxima-se mais sim de uma causa de exclusão do nexa causal.

Da mesma forma, caso somente uma instalação seja apta à causação do dano.<sup>14</sup> Na Itália, a responsabilidade civil é hoje regulada pelo Decreto Legislativo n. 152/2006, de 3 de abril, também conhecido como *Testo Unico*. A legislação ambiental italiana, que até então era esparsa, foi unificada, transpondo-se, para o ordenamento interno, preceitos comunitários, inclusive da Diretiva 2004/35/CE. O D. Lgs. n. 152/2006 trata do dano ambiental em seus artigos 299 a 318.<sup>15</sup> Em seu artigo 300, o D. Lgs. n. 152/2006 define o dano ambiental como a deterioração significativa e mensurável, direta ou indireta, de um recurso natural ou da utilidade que dele decorre, sendo a deterioração aferida pela comparação com a condição originária até então verificada. Dentre outras disposições, o D. Lgs. n. 152/2006 regula, de forma até minudente, a atuação do princípio da precaução. Também estabelece o procedimento que será adotado, seja pelos particulares, seja pelas autoridades responsáveis, para prevenção e recuperação do ambiente e ressarcimento de eventual dano. O D. Lgs. n. 152/2006 não traz nenhum preceito específico acerca do nexo causal. Limita-se à previsão de que não terá incidência em se tratando de dano ou ameaça de dano decorrente de poluição de natureza difusa a menos que seja possível a demonstração de uma causalidade entre a lesão ou a ameaça de lesão e a conduta dos operadores individuais.<sup>16</sup> O regime jurídico da responsabilidade ambiental, em Portugal, é atualmente encontrado no Decreto-Lei n. 147/2008, de 29 de julho.<sup>17</sup> O Decreto-Lei n. 147/2008, doravante designado, em consonância com a proposta de António

---

14 - É necessário que se dê ao § 7 da *UmweltHG* a adequada interpretação, sob pena de que se caia em um círculo de infundadas exclusões recíprocas de responsabilidade. Na verdade, o preceito se refere a circunstâncias neutras ou irrelevantes em termos de responsabilidade civil, como, p. ex., a poluição difusa ou os efeitos naturais, bem como às instalações fora do âmbito da *UmweltHG*. Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., pp. 44-45.

15 - Sobre o regime de prevenção, recuperação e ressarcimento do dano ambiental no Decreto Legislativo n. 152/2006, MAZZOLENI, Maddalena, Il risarcimento del danno ambientale nella prassi italiana: le iniziative di riforma sino al D. Lgs. n. 152/2006. In: GIAMPIETRO, Franco (coord.), *La responsabilità per danno all'ambiente: l'attuazione della Direttiva 2004/35/CE*, Milão: Giuffrè, 2006, pp. 133-170.

16 - Nesse sentido, o artigo 303/1, h, do D. Lgs. n. 152/2006.

17 - Sobre o Decreto-Lei português n. 147/2008, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 703-712; GOMES, Carla Amado, A responsabilidade civil por dano ecológico: reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho. In: *Textos dispersos de direito do ambiente*, III, Lisboa: AAFDL, 2010, pp. 13-53. Veja-se, ainda, DIAS, José Eduardo Figueiredo, Responsabilidade ambiental, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 88, pp. 43-51, julho/agosto 2011.

Menezes Cordeiro, Lei da Responsabilidade Civil Ambiental ou LRCA,<sup>18</sup> transpôs para o ordenamento jurídico português a Diretiva 2004/35/CE, inserindo-se em um contexto de construção de um Estado de Direito apto à tutela do meio ambiente, com atenção especial para (i) a dispersão dos danos, desestimulando que o lesado, dentro de uma análise custo/benefício demande o agente, (ii) a complexidade causal, a qual prejudica a efetivação da responsabilidade, (iii) a latência das causas, levando ao surgimento do dano muito tempo do fato a ele ligado pelo nexo causal, (iv) a dificuldade técnica da prova de que uma causa é apta à produção de um dano e (v) a capacidade financeira da capacidade do agente para os custos da reparação.<sup>19</sup>

A LRCA estabelece um duplo regime de responsabilidade ambiental. Um regime de responsabilidade civil, previsto em seus artigos 7º a 10º, e um regime de responsabilidade administrativa, previsto em seus artigos 11º a 24º.

O regime de responsabilidade administrativa destina-se à reparação dos danos causados ao ambiente perante toda a coletividade. Nesse contexto, incumbe à Administração Pública que zele e garanta a tutela dos bens ambientais, notadamente quando o dano atinja toda a coletividade, superando a dificuldade inerente a casos em que haja a afetação de um universo alargado de lesados.

Municia-se a Administração com um leque de medidas de prevenção (artigo 14º) e de medidas de reparação (artigo 15º).

A prevenção coloca-se não somente na perspectiva de uma pronta atuação quando da verificação de uma ameaça iminente de dano ambiental (artigo 14º/1), mas também prevenindo uma nova ocorrência quando já verificado o dano (artigo 14º/2).

Independentemente de notificação, requerimento ou ato administrativo prévio, cabe ao responsável pela operação, desde logo, a adoção imediata das medidas de prevenção que se mostrarem necessárias e adequadas para o caso, informando a autoridade competente de todos os aspectos relacionados com a existência da ameaça iminente de danos ambientais verificada, bem como das medidas de prevenção adotadas e de seu efeito (artigo 14º/4). Isso sem prejuízo da prerrogativa conferida à Administração de que, a todo momento, exija do responsável pela operação informações quanto à ameaça iminente de dano ou sua suspeita ou a adoção das medidas adequadas para sua prevenção, dando-lhe instruções a serem obrigatoriamente implementadas, ou ainda execute, subsidiariamente e às expensas dele, o que necessário para a prevenção do dano (artigo 14º/5).

Ocorrido o dano, submete-se o responsável pela operação que lhe tenha dado causa à adoção de prontas medidas de reparação. Dele se exige que informe a autoridade

---

18 - Cf. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, ob. cit., p. 703.

19 - Cf. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, ob. cit., p. 704.

competente, no prazo máximo de vinte e quatro horas, de todos os fatos relevantes da ocorrência, adote, imediatamente e sem necessidade de notificação ou ato administrativo prévio, todas as medidas viáveis para imediato controle, contenção, eliminação ou gestão do dano e também as medidas necessárias de reparação (artigo 15º/1). Verificado o dano, à Administração outorga--se a possibilidade de que requisite do responsável mais informações sobre o ocorrido, recolha, mediante inspeção, inquérito ou outro meio adequado, todos os elementos necessários para uma análise completa do caso, adote, dê instruções ou exija a adoção de todas as medidas viáveis para imediato controle, contenção, eliminação ou gestão do dano e também das medidas de reparação, executando-as, subsidiariamente e às expensas do responsável, caso a gravidade e as consequências do dano assim o exijam (artigo 15º/3).

Faculta-se aos interessados que reportem à autoridade competente a ocorrência ou a ameaça iminente de um dano ambiental, apresentando os dados de que disponha e pedindo a pronta intervenção estatal para sua prevenção ou reparação (artigo 18º/1). Como interessado considera-se toda a pessoa (inclusive a coletiva) que seja afetada pelo dano ou que em tese venha a sê-lo, que tenha um interesse suficiente no processo de decisão relativo ao dano ambiental em causa ou que invoque a violação de um direito ou de um interesse legítimo protegido em lei (artigo 18º/2). Deferido o pedido de intervenção e depois de ouvido o responsável pela operação, a autoridade competente decide as medidas a serem adotadas (artigo 18º/5).

O pedido de intervenção de que trata o artigo 18º da LRCA valoriza a participação dos particulares na tutela do meio ambiente, estimulando a pronta atuação estatal para a prevenção e a reparação dos danos ambientais. A possibilidade de que os particulares interessados demandem a intervenção estatal, viabilizando a tutela do meio ambiente via responsabilidade administrativa, retira o Estado de seu, muitas vezes característico, imobilismo institucional. Como já ressaltamos,<sup>20</sup> garantindo-se ao cidadão um meio de participação na tutela do meio ambiente também em sede de responsabilidade administrativa, reforça-se a efetividade das normas ambientais. Os países onde os particulares têm à sua disposição instrumentos adequados para reagirem às condutas lesivas ao meio ambiente apresentam, inegavelmente, menos déficit de execução do Direito Ambiental. São sempre as iniciativas dos particulares, substituindo-se e antecipando-se ao Estado, que têm mais eficácia na resolução dos problemas sociais e econômicos, inclusive dos ambientais.<sup>21-22</sup>

---

20 - Vide Nota de Rodapé 5.

21 - Cf. ARCHER, António Barreto, *Direito do ambiente e responsabilidade civil*, ob. cit., p. 20.

22 - Muitas vezes, o incumprimento de uma norma ambiental encontra justificação na falta de pronta

Outro aspecto do regime de responsabilidade administrativa delineado pela LRCA portuguesa que merece destaque é a previsão de garantias financeiras obrigatórias pelos operadores que exerçam específicas atividades enumeradas na lei, que se apresentam potencialmente como aptas à causação de danos ao meio ambiente, permitindo-lhes a assunção da responsabilidade ambiental inerente à atividade desenvolvida.

Para além do regime de responsabilidade administrativa, a LRCA, como visto, prevê também um regime de responsabilidade civil. Os dois regimes atuam supletivamente.<sup>23</sup> Conforme se infere do artigo 10º da LRCA, não se admite que os lesados se sirvam da via da responsabilização civil caso os danos já tenham sido reparados via responsabilidade administrativa. Mas isso sem prejuízo da adoção plena e efetiva pelo responsável das medidas necessárias para prevenção e reparação dos danos. Eventual reclamação do lesado não desonera o lesante da adoção das medidas de prevenção ou de reparação que resultem da aplicação da LRCA e nem impede a atuação das autoridade administrativas nesse sentido.

O regime de responsabilidade civil previsto na LRCA apresenta um duplo viés.<sup>24</sup> De um lado, o artigo 7º fixa os termos de uma responsabilidade civil objetiva pelos

---

resposta estatal. Perante o incumprimento, a reação da máquina administrativa do Estado nem sempre ocorre em tempo oportuno. De um lado, tem-se que o conhecimento ecológico é complexo e impõe-se com rapidez. Leva tempo para que uma reação normativa pronta, informada, diversificada e eficaz se estruture. De outro lado, tem-se a lentidão inerente à ação estatal, nem sempre conduzindo à aplicação de sanções exemplares aos infratores das normas ambientais. À erosão da autoridade da lei acresce a erosão da autoridade das instituições administrativas estatais. Fechando os olhos a um eventual incumprimento da lei, as instituições administrativas introduzem desigualdade na aplicação das normas ambientais e, de forma sub-reptícia, assumem uma função para a qual não têm vocação e nem legitimidade: a avaliação, perante o caso concreto, da justiça da lei cujo cumprimento fiscalizam, levando mesmo a uma perda de credibilidade do Estado perante a comunidade. O processo de descrédibilização é acelerado pela adoção de normas de elevado conteúdo técnico sem o respaldo de uma pauta valorativa. Sem um conteúdo valorativo adequado, a lei volve-se em pura forma. Perde autoridade. É mera força. De tudo isso, resulta uma certa impotência do Estado na tutela do meio ambiente. O déficit de execução do Direito Ambiental passa pela crença de que, na lei formal, repousa a autoridade para, através da estrutura institucional do Estado, introduzirem-se as medidas consideradas necessárias ao controle da questão ecológica. Nesse sentido, GARCIA, Maria da Glória F. P. D., *O lugar do direito na proteção do ambiente*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 406-408. Para um incremento da efetividade da tutela jurídica do meio ambiente, é preciso que também aos particulares sejam disponibilizados meios para responsabilização daqueles que causam um dano à natureza.

23 - Cf. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, ob. cit., p. 708.

24 - Assim, como de resto, o regime da responsabilidade administrativa, o qual também apresenta, um lado, um viés objetivo (artigo 12º) e, de outro, um viés subjetivo (artigo 13º).



danos ambientais. Prevê que aquele que, em virtude do exercício de uma atividade econômica prevista em um rol taxativo, ofenda direitos ou interesses alheios via lesão de um componente ambiental é obrigado à reparação dos danos causados, independentemente da existência de culpa ou dolo.<sup>25</sup> Já o artigo 8º cuida de uma responsabilidade subjetiva, sendo aplicável fora do rol restrito das atividades econômicas perigosas previstas na lei. Dispõe que aquele que, com dolo ou mera culpa, ofenda direitos ou interesses alheios via lesão de um componente ambiental fica obrigado à reparação dos danos causados.

No que toca ao nexa causal, prevê o artigo 5º da LRCA, inserido no capítulo referente às disposições gerais da LRCA, pelo que aplicável tanto ao regime da responsabilidade civil como ao da responsabilidade administrativa, que a apreciação da prova do nexa de causalidade se assenta num critério de verossimilhança e de probabilidade da aptidão do fato dano para produção da lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e considerando, em especial, o grau de risco e de perigo e a normalidade da ação lesiva, a possibilidade de prova científica do percurso causal e o cumprimento, ou não, de deveres de proteção.<sup>26</sup>

À semelhança do § 6 (1) da *UmweltHG*, o artigo 5º da LRCA orienta-se e representa uma facilitação da prova do nexa de causalidade na responsabilidade civil ambiental, cuja fixação em juízo apresenta inúmeras dificuldades. A prova dos demais pressupostos da responsabilidade, ao contrário da de relação de causalidade, é, em via de regra, objetivamente possível, falhando somente em caso de incapacidade subjetiva da parte dela encarregada. A prova da causalidade, a seu turno, é, muitas vezes, inacessível para a parte a que cometido o ônus probatório, do mesmo modo que o é para todos aqueles que não participam diretamente da operação da instalação causadora do dano.

A LRCA representa um notável avanço no panorama jurídico português, regulando a causalidade de modo condizente com a especificidade da tutela do meio ambiente. É, sem dúvida, uma causalidade de base naturalística alargada, mas que, de todo modo, é absolutamente compatível com um subsistema de responsabilidade civil orientado pela garantia e pela efetividade das normas ambientais.<sup>27</sup>

---

25 - Para António Menezes Cordeiro, o regime do artigo 7º da LRCA dispensaria a culpa, mas não a ilicitude. Seria exigida, no caso, uma ilicitude imperfeita. Cf. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 711-712.

26 - Assim como a *UmweltHG* alemã, a legislação portuguesa também exige, para configuração do nexa causal, a análise da aptidão concreta da instalação para causação do dano, não se contentando com a mera potencialidade abstrata.

27 - Cf. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, ob. cit., p. 711.

### 1.3. A responsabilidade civil ambiental no Brasil

No Brasil, o tratamento da responsabilidade ambiental tem seu fundamento no artigo 225, §3º, da Constituição Federal, o qual prevê que as condutas e as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente de ficarem obrigados à reparação dos danos causados.<sup>28</sup>

A nível infraconstitucional, estabelece o artigo 14, §1º, da Lei n. 6.938/1981, de 31 de agosto, que, independentemente de sanções administrativas e criminais, o agente do dano ao meio ambiente ou a terceiros é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizá-lo ou a repará-lo.<sup>29</sup> Conjugam-se o artigo 14, §1º, da Lei n. 6.938/1981, com o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil atual, o qual determina que, independentemente de culpa, haverá obrigação de reparação do dano sempre que assim determinado em lei ou quando a atividade

---

28 - Ressalta Carla Amado Gomes que o artigo 225 da Constituição brasileira encontra inspiração direta no artigo 66º da Constituição portuguesa, apresentando, contudo, algumas melhorias em relação à sua fonte de origem, como, p. ex., (i) a adoção de uma concepção restrita de ambiente, permitindo que a política ambiental seja centrada na preservação e na promoção da qualidade dos bens ambientais, (ii) o enquadramento do dano ambiental como um dano público, ou seja, infligido a um bem da comunidade, despersonalizando a respectiva indenização e (iii) a previsão da sancionabilidade também penal e administrativa das condutas que coloquem o meio ambiente em perigo. Não obstante, uma questão transportada para o Brasil de Portugal não foi devidamente aperfeiçoada. É o recurso à sedutora fórmula do ‘direito ao ambiente’, de resto muita divulgada em documentos de Direito Internacional, como, p. ex, a Declaração de Estocolmo de 1972, a Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos de 1981, o Protocolo Adicional à Convenção Americana dos Direitos do Homem de 1988 e a Declaração do Rio de 1992. Para Carla Amado Gomes, teria sido mais adequado que o constituinte brasileiro tivesse dado à proteção do meio ambiente tanto uma dimensão objetiva como uma subjetiva. É que a proteção constitucional do ambiente se desdobra em duas facetas. Uma objetiva – enquanto tarefa do Estado e demais entidades públicas e/ou privadas em um esforço de cooperação que vai desde a promoção e a assimilação dos valores de educação ambiental à adoção de condutas que efetivamente traduzam uma atitude de preservação ativa dos bens ambientais. E outra subjetiva – enquanto obrigação imposta a cada pessoa, física ou jurídica, de proteção da qualidade dos bens ambientais, numa lógica solidária, intra e intergeracional, definindo-se, a propósito de cada situação, os deveres concretos que a cada pessoa incumbem no âmbito da responsabilidade repartida da proteção do ambiente. Nesse sentido, GOMES, Carla Amado, *O direito ao ambiente no Brasil: um olhar português*. In: *Textos dispersos de direito do ambiente*, I, Lisboa, 2008, reimpr., pp. 271-291.

29 - Vê-se que o artigo 14, §1º, da Lei n. 6.938/1981, abrange tanto danos ecológicos como danos ambientais em sentido estrito, apresentando uma dupla valência na proteção do bem jurídico meio ambiente, seja em sentido macro, seja em sentido micro, para tutela de interesses pessoais e particulares. Nesse sentido, LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patryck de Araújo, *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*, 4.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 102.

normalmente desenvolvida pelo agente implique, ante a sua natureza, risco para os direitos de outrem.

No que se refere ao nexos de causalidade, não há, na legislação brasileira, um preceito específico acerca da apuração causal na responsabilidade ambiental. A questão é remetida à interpretação doutrinária e jurisprudencial.

Ante a teoria do risco integral,<sup>30</sup> há mesmo quem defenda uma atenuação do relevo do nexos causal para o surgimento da obrigação de indenização do dano ambiental.<sup>31-32</sup>

A solução não parece correta, sob pena de que se transforme a ideia de reparação em arbítrio, gerando insegurança jurídica na responsabilidade civil ambiental. Com efeito, não se prescinde do nexos de causalidade na responsabilidade ambiental. Prevalecendo entendimento contrário, a distância entre a proteção do meio ambiente, a solidariedade social e a impossibilidade técnica de estabelecimento do liame causal em determinadas hipóteses estaria sendo ignorada em prol de uma

---

30 - A teoria do risco integral impõe que todo risco conexo ao empreendimento seja considerado, integralmente, no curso de todo o processo de desenvolvimento de uma atividade. Assim, todo aquele que cause danos ao meio ambiente está obrigado a repará-lo, não importando se a atividade era perigosa ou não. Tem-se aí uma imputação objetiva, não se questionando a causa do dano, mas somente a lesão em si considerada, ou seja, ocorrendo um dano ambiental, a responsabilidade do agente será objetiva e irrestrita. A teoria do risco integral seria extraída do sentido teleológico do artigo 225, 3º, da Constituição Federal, c/c o artigo 14, §1º, da Lei n. 6.938/1981. Sobre a teoria do risco integral, SILVA, Danny Monteiro da, *Dano ambiental e sua reparação*, Curitiba: Juruá, 2011, pp. 253-267.

31 - Nesse sentido, FERRAZ, Sérgio, Responsabilidade civil por dano ambiental, *Revista de Direito Público*, n. 49, pp. 34-41, junho 1979. Para ele, bastaria que a atividade do agente seja potencialmente apta à causação do dano para que se produza uma presunção da responsabilidade. Outros sustentam que nem mesmo uma hipótese excepcional, como de caso fortuito, seria suficiente para exclusão da responsabilidade ambiental no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de responsabilidade civil*, 6.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 153. As tradicionais causas excludentes da responsabilidade civil não teriam incidência quanto ao dano ambiental. Veja--se, ainda, SILVA, José Afonso da, *Direito ambiental constitucional*, 9.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 322-323.

32 - O Superior Tribunal de Justiça brasileiro cuidou da aplicação da teoria do risco integral na tutela do meio ambiente no Recurso Especial n. 1.114.398/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, j. 08/02/12, DJe 16/02/12. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 18.março.2012. O REsp, admitido como representativo de controvérsia, buscava a equalização do julgamento das ações de indenização referentes aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais causados pelo vazamento de nafta do navio NT-Norma, de propriedade da Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás, ocorrido em outubro de 2001, no Porto de Paranaguá. Em razão do ocorrido, foi a atividade de pesca suspensa na região pelo prazo de um mês. No que aqui interessa, foi assentado que se cuida de hipótese de responsabilidade objetiva da empresa que efetuava o transporte de carga considerada como perigosa, na modalidade risco integral, na qual não se admite causa excludente de responsabilidade.

suposta concretização constitucional do direito fundamental a um meio ambiente sadio e equilibrado, imputando-se o resultado danoso simplesmente àqueles que possuem mais visibilidade social ou poderio econômico. Cabe à responsabilidade civil ambiental não a (re)distribuição de riquezas, mas sim a atribuição dos danos a quem de direito, condenando somente aqueles que deram causa a prejuízos, aplicando o sistema jurídico em conformidade com a lei e as circunstâncias subjacentes, sob pena de ofensa ao Estado de Direito.<sup>33</sup>

Mesmo diante de um bem altamente relevante como o meio ambiente, a responsabilidade é a exceção, ou seja, para a configuração da responsabilidade não se prescinde dos devidos pressupostos mínimos conforme plasmado na legislação de regência.

## **2. O NEXO CAUSAL ENQUANTO PRESSUPOSTO DA RESPOSTA-BILIDADE CIVIL**

### **2.1. A incorporação da noção de causalidade pelo Direito e suas peculiaridades**

Juridicamente, o nexo causal consiste na relação de consequencialidade entre a conduta de um agente, comissiva ou omissiva, e um resultado danoso. É o vínculo, a ligação ou a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.<sup>34</sup> É o liame que une a conduta do agente ao dano.<sup>35</sup>

Ele se coloca entre dois fenômenos diferentes, figurando um como efeito do outro. Se um fenômeno existe em razão de outro, é tido como consequência dele, indicando que uma relação de causalidade se insere entre os dois.

Mais precisamente, a relação de causalidade é o nexo etiológico material, ou seja, objetivo ou externo, que liga um fenômeno a outro. No que diz respeito aos danos, é a chave de sua imputação material ao agente.<sup>36</sup>

---

33 - Cf. SALOMON, Fernando Baum, *Nexo de causalidade no direito privado e ambiental*, ob. cit., p. 111. No mesmo sentido, ressaltando a relevância da análise do nexo causal na responsabilidade ambiental e admitindo, via de consequência, que ela seja afastada pela configuração de excludentes, como, p. ex., o caso fortuito, STOCO, Rui, *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, 8.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 987-990.

34 - Cf. CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de responsabilidade civil*, ob. cit., p. 71.

35 - Cf. VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil: responsabilidade civil*, 5.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 53.

36 - Cf. DE CUPIS, Adriano, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, II, 3.<sup>a</sup> ed., Milão: A. Giuffrè, 1979, p. 215.

A ideia de que a cada ação corresponde uma reação, ou seja, de que, entre um dano efetivo e um agente, há uma ação correspondente ao prejuízo, foi trazida das Ciências Naturais e da Filosofia, para o Direito, tendo sido incorporada ao universo da responsabilidade civil na qualidade de elemento essencial para a imposição da obrigação de indenização.

Sabendo-se que a noção de causa deriva das Ciências Naturais e da Filosofia, não é lícito ao intérprete do Direito que redefina seus termos de modo a deturpá-la. Contudo, a causalidade jurídica não se resume à causalidade naturalística ou à causalidade filosófica. O nexos causal não é uma criação do Direito, mas foi absorvido pelo sistema jurídico, na qualidade de elemento relacional da conduta humana a fenômenos socioculturais, exprimindo uma lógica para a análise jurídica de situações fáticas.<sup>37</sup>

Assim, nem tudo que, na dimensão fática ou da razão, é considerado causa de um evento, é causa juridicamente. O nexos de causalidade natural ou lógico diferencia-se do jurídico, pelo que a vinculação da causalidade à responsabilização exige uma limitação do conceito jurídico de causa, sob pena de que se amplie, ao extremo, a responsabilidade civil.<sup>38</sup>

A causalidade é imprescindível para a imposição da obrigação de indenização. Com efeito, a demonstração inequívoca da relação entre a conduta do agente e o evento danoso é diretriz fundamental para o aparelhamento da responsabilidade civil, ordenando o sistema e permitindo que se infra, com um mínimo de segurança, a quem será imputada a obrigação de indenização do dano.

De todos os pressupostos da responsabilidade civil, é o que mais de perto se ancora em uma perspectiva moral da ação humana, indicando quem responde pelo dano, seja através de uma imputação subjetiva, atribuindo-se a responsabilidade a quem causa diretamente o dano injusto, seja através de uma imputação objetiva, atribuindo-se a responsabilidade a alguém ligado ao dano pela segurança, pela garantia ou pelo risco.

A análise da relação de causalidade assume cada vez mais relevância no âmbito da responsabilidade civil, notadamente ante a valorização da responsabilidade objetiva.<sup>39</sup> Em um contexto dominado pela ideia de culpa, os perigos da ampliação

---

37 - Cf. KÖHLER, Graziela de Oliveira, *Responsabilidade civil ambiental e estruturas causais: o problema do nexos causal para o dever de reparar*, Curitiba: Juruá, 2011, p. 18.

38 - Cf. SCHREIBER, Anderson, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 55.

39 - Sobre a importância da análise do nexos causal em um contexto de valorização da responsabilidade objetiva, SCHREIBER, Anderson, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, ob. cit., pp. 55-56.

excessiva da responsabilização pareciam controlados pela necessidade de uma rigorosa demonstração do requisito subjetivo do ilícito, ou seja, a prova da culpa já freava, de forma significativa, os riscos de uma hipertrofia da responsabilidade civil. Com o advento (e o incremento) da responsabilidade objetiva, exige-se redobrada atenção na decisão sobre o nexos causal, cuja interrupção consiste, muitas vezes, no único caminho concedido ao réu para o afastamento da condenação.

Em resumo: a noção jurídica de nexos de causalidade supera a noção naturalística e a noção filosófica, trazendo, em si, um elemento normativo-valorativo. Para que seja efetivada a obrigação reparatória ou compensatória, exige-se a comprovação da relação causal, conforme plasmada pelo Direito, à luz de um plexo axiológico-deontológico próprio, entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima. A inexistência da relação causal, seja pela imputação subjetiva, seja pela imputação objetiva, conforme o caso, acarreta, em sua plenitude, a frustração do intento reparatório.<sup>40</sup> Caso não se configure o nexos, não se aperfeiçoa a responsabilidade civil, tendo, assim, a aferição da relação causal função essencial para que a decisão judicial, em sede de responsabilidade civil, seja justa, evitando-se arbitrariedades.

## 2.2. Teorias explicativas do nexos causal

Em se tratando de nexos causal, uma coisa é certa. Defini-lo é mais fácil do que aferi-lo. A aparente simplicidade da definição do nexos causal contrasta com as inúmeras dificuldades práticas que surgem na sua aferição. Daí que se diz que a relação de causalidade é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil, sendo ainda aquele cuja determinação é a mais difícil.<sup>41</sup>

Várias teorias jurídicas foram desenvolvidas em torno do nexos causal, como a teoria da equivalência das condições, a teoria da causa próxima, a teoria da causa eficiente, a teoria da causalidade adequada e a teoria do fim da norma.

Pela teoria da equivalência das condições,<sup>42</sup> todas as condições são equivalentes

---

40 - Cf. KÖHLER, Graziela de Oliveira, *Responsabilidade civil ambiental e estruturas causais: o problema do nexos causal para o dever de reparar*, ob. cit., p. 28.

41 - Nesse sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Responsabilidade civil*, 9.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 76.

42 - Sobre a teoria da equivalência das condições, também chamada teoria da *conditio sine qua non*, ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil: a sobreposição das concepções normativas*. In: MIRANDA, Jorge (coord.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 190-191; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, ob. cit., pp.

para a produção do resultado danoso, não sendo cabível que se faça distinção entre elas. Não se distingue causa – entendida como aquilo de que depende a existência de determinado evento – e condição – entendida como aquilo que permite à causa a produção de seus efeitos positivos e negativos. Cada condição origina outra condição e o conjunto determina o dano, havendo relação de causalidade sempre que não seja possível que se elimine a causa sem prejuízo da consequência.

Atribuindo a todas as causas do dano a mesma relevância de forma indistinta, a teoria da equivalência das condições amplia, de forma exacerbada, os limites da responsabilidade. Isso faz com que ela perca força, criando uma espécie de responsabilidade sem fronteiras. Para além disso, ela falha na solução de muitos casos, notadamente naqueles que envolvam causalidade cumulativa ou alternativa ou causalidade hipotética.<sup>43</sup> Também não é apta à solução de situações em que, ao invés de uma ação, defronta-se com uma omissão, a qual, ao menos do ponto de vista naturalístico, não se enquadra como causa do dano.

Da constatação da insuficiência da *conditio sine qua non*, na condição de critério puramente naturalístico, para aferição do nexa causal, surge a necessidade de uma delimitação do conceito de causa, contendo a multiplicação causal.

Nesse contexto, é que se apresenta a teoria da causa próxima,<sup>44</sup> pela qual causa é a condição derradeira para o resultado danoso. Relevante seria o vínculo entre o dano

---

531-532; KÖHLER, Graziela de Oliveira, *Responsabilidade civil ambiental e estruturas causais: o problema do nexa causal para o dever de reparar*, ob. cit., pp. 33-36; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias, *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário: análise do nexa causal*, ob. cit., pp. 130-133; MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das obrigações: apontamentos*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa: AAFDL, 2011, pp. 128-129; OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., pp. 53-55; SALOMON, Fernando Baum, *Nexa de causalidade no direito privado e ambiental*, ob. cit., pp. 47-50; SCHREIBER, Anderson, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, ob. cit., pp. 56-57.

43 - Nesse sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., p. 54. Diz ela: se A e B disparam ao mesmo tempo contra C, sendo ambos os disparos mortais, nem a ação de A ou a ação de B foram *conditio sine qua non* da morte de C, eis que, suprimindo mentalmente uma ou outra ação, o dano, ainda assim, teria existido, o que levaria à conclusão, ofensiva à razão, de que nenhum dos agentes é responsável. O mesmo ocorreria em outras situações, como, p. ex., no caso em que A e B lançam simultaneamente dejetos ou substâncias corrosivas em um rio, provocando a morte de grande quantidade de peixes.

44 - Sobre a teoria da causa próxima ou da última condição, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, ob. cit., p. 532; KÖHLER, Graziela de Oliveira, *Responsabilidade civil ambiental e estruturas causais: o problema do nexa causal para o dever de reparar*, ob. cit., pp. 36-37; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias, *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário: análise do nexa causal*, ob. cit., p. 133; SALOMON, Fernando Baum, *Nexa de causalidade no direito privado e ambiental*, ob. cit., pp. 50-52.

e a causa a ele mais próxima cronologicamente, à última condição necessária para sua verificação. Em outras palavras, a imputação do resultado é dada conforme um critério lógico-temporal, atribuindo-se o dano à condição, necessária para o evento, que mais próxima a ele esteja cronologicamente.

A teoria da causa próxima não é imune a críticas. Com efeito, é possível que surja como última condição uma conduta que, em termos valorativos, pouco ou nada tenha com o dano.<sup>45</sup> Nem sempre a última condição é a verdadeira causadora do evento, mas sim uma outra que a antecede no tempo, a qual possui a mais alta carga nociva frente ao desiderato protetivo contemplado pela norma jurídica. O critério puramente lógico-formal não é absolutamente confiável.<sup>46</sup>

Não obstante isso, é inegável a influência da teoria da causa próxima em vários ordenamentos jurídicos hodiernos. Na limitação da indenização aos danos que sejam consequência ‘direta e imediata’ da inexecução de uma obrigação, vê-se a influência da teoria da última condição, p. ex., na Itália,<sup>47</sup> no Brasil<sup>48</sup> e na Argentina.<sup>49</sup> Da teoria da causa próxima ou da última condição se aproxima a teoria da causa

---

45 - António Menezes Cordeiro apresenta um exemplo interessante. Se uma pessoa é ilicitamente agredida e gravemente ferida e, conduzida ao hospital, morre no decurso de delicada intervenção cirúrgica, em razão de pequena falha do cirurgião, totalmente involuntária, causa do dano, pela teoria da última condição, seria a conduta do médico, e não a grave e ilícita agressão primeva. Cf. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, ob. cit., p. 532. Não há resposta para a perplexidade gerada pela aplicação pura e simples da teoria da causa próxima em uma situação assim.

46 - Notadamente, na seara ambiental, a teoria é falha, sendo certo que, nem sempre, foi a última condição a causa efetiva do dano. Ao contrário, é possível que sua contribuição tenha sido mínima.

47 - Nesse sentido, DECUPIS, Adriano, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, ob. cit., p. 217.

48 - Segundo o artigo 403 do Código Civil brasileiro, ainda que a inexecução resulte de dolo, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes que dela tenham efeito direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. Considerando isso, existem autores que entendem que se adota, no Brasil, seja em sede de responsabilidade contratual ou de responsabilidade extracontratual, uma teoria da causalidade direta e imediata, na vertente de uma causalidade necessária, relevando a análise da necessariedade, e não da simples proximidade, entre a causa e o efeito. Nesse sentido, GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo curso de responsabilidade civil: responsabilidade civil*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 104-105. Mesmo em sua vertente de uma causalidade necessária, a teoria da causalidade direta e imediata não é imune a críticas. Com efeito, ela continua dando azo a incertezas, eis que, se é relativamente fácil que se alcance um consenso com relação ao antecedente que se liga, de forma direta e imediata, ao dano, muito mais difícil é que se obtenha acordo quanto àquilo que, antecede o evento de forma necessária ou não. Cf., a propósito, SCHREIBER, Anderson, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, ob. cit., pp. 61-62.

49 - Vide os artigos 520 e 901 do Código Civil argentino.



eficiente, também conhecida como teoria da condição mais eficaz ou mais ativa.<sup>50</sup> Pela teoria da causa eficiente, tem-se que as condições que concorrem para o resultado não são equivalentes, existindo sempre uma que, em virtude de um aspecto intrínseco qualitativo ou quantitativo, é a verdadeira causa do evento, não de acordo com um juízo em abstrato, mas sim orientado pelas circunstâncias do caso concreto. Assentado que as condições do dano não se encontram em grau de igualdade, é imprescindível a aferição da importância de cada conduta para a realização do evento, estabelecendo-se a causalidade conforme um critério de eficiência da conduta face ao resultado.

A teoria da causa eficiente esbarra, contudo, na impossibilidade prática de determinação de critérios mais ou menos objetivos para aferição de qual seria a causa potencial do dano. Seja através do recurso a um critério quantitativo, seja através do recurso a um critério qualitativo (baseado na experiência do que ordinariamente acontece), não há consenso acerca de critérios minimamente objetivos para seleção, dentre as diversas causas de um dano, daquela apta a produzi-lo no caso concreto. Especificamente no que se refere à responsabilidade ambiental, há, ainda, o problema de que, nos casos de responsabilidade objetiva multicausal, não importa o grau de eficiência da conduta para caracterização da responsabilidade, não se distinguindo causas e concausas.

Ainda no bojo das restrições feitas à teoria da equivalência das condições, tem-se a teoria da causa adequada.<sup>51</sup> A causalidade adequada parte da ideia de *conditio sine*

---

50 - Sobre a teoria da causa eficiente, KÖHLER, Graziela de Oliveira, *Responsabilidade civil ambiental e estruturas causais: o problema do nexa causal para o dever de reparar*, ob. cit., p. 37; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias, *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário: análise do nexa causal*, ob. cit., pp. 133-134; MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das obrigações: apontamentos*, ob. cit., p. 129; SALOMON, Fernando Baum, *Nexo de causalidade no direito privado e ambiental*, ob. cit., pp. 54-55; SCHREIBER, Anderson, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, ob. cit., pp. 59-60.

51 - Sobre a teoria da causa adequada, ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil: a sobreposição das concepções normativas*. In: MIRANDA, Jorge (coord.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, ob. cit., pp. 191-194; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 533-537; KÖHLER, Graziela de Oliveira, *Responsabilidade civil ambiental e estruturas causais: o problema do nexa causal para o dever de reparar*, ob. cit., pp. 37-40; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias, *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário: análise do nexa causal*, ob. cit., pp. 134-136; MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das obrigações: apontamentos*, ob. cit., pp. 129-130; OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., pp. 56-59; SALOMON, Fernando Baum, *Nexo de causalidade no direito privado e ambiental*, ob. cit., pp. 55-58; SCHREIBER, Anderson, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, ob. cit., pp. 58-59.

*qua non*, sob a premissa de que o nexa causal de determinado dano tem um viés naturalístico. Contudo, ela vai além. Como existirão, fatalmente, vários eventos que, do ponto de vista naturalístico, serão antecedentes necessários do dano, é necessário que se determine qual deles, em termos de normalidade social, seria adequado a produzi-lo. Havendo mais de uma possível causa natural do dano, perquire-se qual delas, independentemente das demais, é potencialmente apta, ou seja, mais adequada, à produção dos efeitos danosos.

Assim como a teoria da causa eficiente em sua vertente qualitativa, a teoria da causalidade adequada parte da observação daquilo que comumente acontece, do *id quod plerumque accidit*, afirmando que uma condição é considerada causa de um dano quando, de acordo com o curso normal da vida, poderia produzi-lo, ou seja, seria a causa adequada do dano. Todas as demais condições naturais do evento seriam meras circunstâncias desprovidas de efeito causal.

Imputa-se o dano àquele que, de acordo com o estado da ciência e da técnica em um determinado momento histórico, pratica a conduta mais apta a causá-lo. Na busca de uma especificação do critério de normalidade, a fim de que se afira se uma causa é ou não adequada à produção de determinado efeito, é necessário que se indague se a relação de causa e efeito existe sempre ou se somente naquele caso. Apenas caso a relação de causa e efeito seja uma constante é que se considera que a causa foi adequada à produção do efeito.

No fundo, trata-se da escolha, dentre as possíveis ações causais, daquela que, do ponto de vista jurídico, é a mais relevante. Nesse sentido, é que se diz que a teoria da causa adequada não é propriamente uma teoria causal, mas sim uma teoria da imputação. Com efeito, ela não diz propriamente quando uma circunstância é causa de um resultado, mas sim dá uma resposta acerca de quais circunstâncias causais são juridicamente relevantes e, assim, imputáveis ao agente, normatizando o conceito de causa. Ela se coloca como uma operação mental sucessiva à análise naturalística da relação de causalidade. Primeiro, verifica-se a existência de um nexa causal naturalístico. Depois, examina-se se ele é juridicamente relevante.

Através da ideia abstrata de adequação viabiliza-se a exclusão de processos causais imprevisíveis, anormais ou extravagantes, evitando-se, ainda, o *regressus ad infinitum* próprio da *conditio sine qua non*. Faz-se um juízo de prognose póstuma, tomando-se em conta não só o estado da ciência e da técnica, mas também os conhecimentos especiais do agente. Aí a teoria da causa adequada se distingue nitidamente da teoria da causa eficiente em sua vertente qualitativa.

A vulnerabilidade da causalidade adequada decorre da incerteza inerente à avaliação do que seja normal e provável, conceitos utilizados para justificativa da responsabilização do agente. A dificuldade de definição do que seja normal e provável dá azo à possibilidade de que se alcance, ao fim e ao cabo, um resultado

exagerado e impreciso, estabelecendo-se o nexó de causalidade entre todas as possíveis causas de um evento danoso e o resultado produzido, eis que todas adequadas, de forma abstrata, a gerá-lo.<sup>52</sup>

António Menezes Cordeiro vai além em sua crítica. Diz ele: se são as circunstâncias que definem a adequação da causa, conclui-se então que são as circunstâncias que definem a própria causa. A adequação, assim, seria uma expressão cômoda para a tradução da idoneidade do processo causal, cuja procura, no entanto, se dá em outras latitudes. A fórmula da adequação padece de vagueza e imprecisão, pouco explicitando acerca da aferição do nexó causal. Em abstrato, são viáveis as mais diversas causas, tudo dependendo dos dados que se acrescentem. A adequação não seria parâmetro de nada, mas sim um mero conjunto amorfo, preenchido, de forma aleatória, com base no que se pretenda o senso comum e em juízos éticos, até que o Direito dê ao fenômeno causal uma explicação razoável.<sup>53</sup>

Como alternativa à causalidade adequada, surge a teoria do fim da norma, também chamada teoria do escopo da norma jurídica violada.<sup>54</sup> Enquanto a teoria da adequação restringe-se à exclusão da imputação nos cursos causais anômalos ou inusuais, a teoria do fim da norma põe em foco o bem jurídico tutelado pela norma jurídica violada. Pela teoria do fim da norma, verifica-se a causalidade juridicamente relevante quando o dano causado pelo fato, em sendo *conditio sine qua non*, atinja bem tutelado pela norma jurídica violada. Dito de outro modo, demonstrada que esteja a *conditio*, a determinação do nexó causal será feita não pela análise de uma relação de adequação, mas sim pela interpretação do fim específico da norma que serve de base à imputação dos danos.

Para a teoria do fim da norma, a distinção entre os danos indenizáveis ou não toma como base não a causalidade adequada do fato, mas sim os reais interesses tutelados pelo fim da norma legal violada. Parte-se do pressuposto que não há um único

---

52 - Cf. TEPEDINO, Gustavo, Notas sobre o nexó de causalidade, *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 6, pp. 3-19, abril/junho 2001. *Mutatis mutandis*, ele dirige crítica semelhante à teoria da *conditio sine qua non*.

53 - Cf. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 533-535.

54 - Sobre a teoria do fim da norma, ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil: a sobreposição das concepções normativas. In: MIRANDA, Jorge (coord.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, ob. cit., pp. 194-200; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 537-541; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias, *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário: análise do nexó causal*, ob. cit., pp. 136-137; MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das obrigações: apontamentos*, ob. cit., p. 130; OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., pp. 59-63.

critério válido para aferição do nexa causal, exigindo-se sempre que o intérprete considere a função da norma violada, verificando se o evento danoso se encontra sob seu âmbito de proteção.

Assume relevo a análise da ilicitude do fato ou da desvalorização da ação, sem o que fica prejudicada a imputação do dano ao agente. E isso, o recurso à ilicitude como pressuposto causal, restringe a operatividade da doutrina do escopo da norma jurídica violada na seara ambiental, eis que nela ocupa posição de destaque a responsabilidade objetiva pelo risco.<sup>55</sup>

E não é só. À semelhança do que ocorre com a teoria da adequação, a teoria do fim da norma, assentando-se, ainda que de forma oblíqua, na *conditio sine qua non*, não joga com as especificidades da responsabilidade ambiental. Partindo de uma causalidade naturalística, ela cumpre bem a finalidade de restrição da responsabilidade através da seleção das causas relevantes para o dano do ponto de vista jurídico. Ocorre que, no domínio da tutela do meio ambiente, não se pretende a mera restrição da causalidade naturalística, base da teoria do fim da norma, mas sim critérios de imputação do dano ao agente quando impossível se assume a demonstração da *conditio sine qua non*.

Além dessas, existem outras teorias explicativas do nexa causal, com outros critérios para a aferição da relação de causalidade.<sup>56</sup> Limitamo-nos, no presente

---

55 - Registre-se que a restrição da teoria do fim da norma ao campo da ilicitude e da culpabilidade não é, em absoluto, indiscutível. Nesse sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Da responsabilidade civil dos administradores*, Lisboa: Lex, 1997, p. 539. Para ele, a teoria do fim da norma cobre bem a imputação objetiva, sendo mesmo a única forma de apuração da causalidade quando se prescinde da ilicitude e da culpabilidade para configuração da responsabilidade civil.

56 - Nesse sentido, p. ex., a teoria da ação humana, pela qual não se trata o fenômeno causal do ponto de vista físico, eis que o mundo sobre o qual se projeta a ação é o estruturado pelo homem, e não simplesmente o mundo causal da natureza. Dito de outro modo, na aferição do nexa causal, é irrelevante que se perquiria quando um fato é causa de outro ou quando uma ação é causa de um resultado. O que importa é a análise de quando sujeito é considerado responsável pelo resultado. Tem-se, ainda, a teoria da continuidade ou do prolongamento da manifestação danosa, que, de certa forma, complementa a teoria da causalidade adequada. Pela teoria da continuidade, o nexa causal é visto como um elemento que vincula o dano diretamente ao fato e indiretamente com a imputabilidade subjetiva ou a atribuição objetiva do dano. O nexa funciona, assim, como um elemento que aglutina, que faz com que o dano e a culpa ou o dano e o risco, dependendo do caso, integrem a atuação que gera a obrigação de indenização. Com isso, partindo-se do dano final, remonta-se à cadeia causal, explicando-se cada fato defeituoso pela deficiência do fato que lhe precede até que se encontre uma eventual quebra na cadeia causal. Utiliza-se um raciocínio semelhante ao da teoria da causalidade adequada. Havendo um evento anormal dissociante do curso normal do processo ocorrerá a quebra do nexa causal que vinculava o ato ao dano. Sobre a teoria da ação humana e a da continuidade, LEMOS, Patrícia Faga Iglecias, *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário: análise do nexa causal*, ob. cit., pp. 137-138.

trabalho, à apresentação daquelas que gozam de mais reconhecimento doutrinário e jurisprudencial e que de mais perto interessam à responsabilidade ambiental.

Em que pese a inegável importância do debate acadêmico em torno da miríade de teorias causais, não se alcança, em nenhuma parte, consenso significativo acerca da matéria. Com efeito, nenhuma teoria oferece soluções definitivas para os problemas envolvendo onexo causal. Como visto, todas têm as suas vulnerabilidades.

Não se nega a importância da construção de teorias causais com pretensão de aplicação generalizada. Contudo, sempre existem exceções, consubstanciadas em casos menos habituais, pelo que é necessário que a causalidade seja construída, caso a caso, perante as diretrizes da Ciência do Direito.<sup>57</sup>

### **2.3. A necessidade da existência de balizamentos precisos para aferição do nexo causal**

É certo que são cada vez mais raras as fórmulas universais válidas no estado atual da Ciência do Direito. Mas isso não afeta a pretensão de que sejam estabelecidos padrões seguros para a aplicação do Direito, inclusive para a aferição do nexo causal enquanto pressuposto da responsabilidade civil.

A legislação sobre a matéria é, como visto, lacônica, não trazendo, em regra, um posicionamento mais seguro em relação ao nexode causalidade. Fica a cargo da jurisprudência a construção dos critérios para a apuração da causalidade. Todavia, não se verifica um padrão de julgamento. Com efeito, os diversos precedentes sobre o nexocausal formam, muitas vezes, um verdadeiro mosaico, no qual a indefinição é a tônica.

Na jurisprudência portuguesa, percebe-se uma tendência à análise da causalidade em termos normativos, mas com uma certa imprecisão de conceitos.<sup>58</sup> Desde antes do início da vigência do Código Civil de 1966, o Supremo Tribunal de Justiça já admitia, ainda que quase intuitivamente, a sindicância normativa da relação causal. Nesse sentido, os acórdãos STJ 10-Abril-1962, BMJ 116 (1962), 419-422; STJ 18-Maio-1962, BMJ 117 (1962), 478-481; STJ 23-Janeiro-1965, BMJ 148 (1965), 184-187; STJ 30-Maio-1967, BMJ 167 (1967), 474-477; e STJ 23-Abril-1969, BMJ 186 (1969), 139-148. Posteriormente, submetido a uma

---

57 - Nesse sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 548-549.

58 - Sobre a evolução da jurisprudência portuguesa na análise do nexocausal, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 542-548.

clara pressão doutrinária, o Supremo Tribunal de Justiça passa, então, à adoção explícita da teoria da causalidade adequada, partindo do pressuposto que ela teria consagração legal no artigo 563º do Código Civil português. Nesse sentido, os acórdãos STJ 10-Novembro-1967, BMJ 171 (1967), 298-303; STJ 05-Maio-1970, BMJ 197 (1970), 274-282; STJ 15-Junho-1982, BMJ 318 (1982), 430-435; STJ 20-Outubro-1983, BMJ 330 (1983), 506-50; e STJ 25-Julho-1985, BMJ 349 (1985), 516-520. Já em julgados mais recentes, em que pese ainda se referindo à adoção de uma causalidade adequada, o Supremo Tribunal de Justiça tem reforçado a necessidade de interpretação, caso a caso, das normas de imputação envolvidas, as quais dariam a medida da proteção na imputação pelo ato ilícito e a medida do risco na imputação objetiva. Sublinhando-se a tendência marcadamente normativa do problema causal, reforça-se a passagem da causalidade de uma questão de fato a uma questão de direito, casuisticamente sindicável. Nesse sentido, os acórdãos STJ 11-Outubro-1994, CJ/Supremo II (1994) 3, 89-93; STJ 17-Abril-2007, Proc. 07A701; e STJ 25-Setembro-2007, Proc. 07A2206.

Na jurisprudência brasileira, o cenário é ainda mais difuso.<sup>59</sup> Não obstante tenha desempenhado um papel fundamental no desenvolvimento da responsabilidade civil, a jurisprudência brasileira sobre nexos causais é um tanto quanto confusa.<sup>60</sup>

A teoria da causalidade direta e imediata, sob a vertente da subteoria da necessariedade, já foi expressamente consagrada pelo Supremo Tribunal Federal como a adotada no Brasil, tendo como principal precedente o Recurso Extraordinário n. 130.764/PR<sup>61</sup>, j. 12/05/1992.

Mesmo com a posição do Supremo Tribunal Federal, proliferaram, em todo o país, como continuam proliferando, decisões calcadas, de forma expressa, em outras teorias causais, como a da equivalência das condições<sup>62</sup> e a da causalidade adequada<sup>63</sup>.

---

59 - Sobre a evolução da jurisprudência brasileira na análise do nexo causal, SCHREIBER, Anderson, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, ob. cit., pp. 63-65.

60 - Cf. CRUZ, Gisela Sampaio da, *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 21.

61 - Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em 18.março.2012. Discutia-se, na ocasião, a responsabilidade do Estado do Paraná em virtude de assalto praticado pelo fugitivo de uma penitenciária estadual, tendo prevalecido a tese de que inexistente o nexo causal direto e imediato entre a fuga do preso e o assalto, praticado pelo foragido juntamente com outros comparsas, meses após a evasão.

62 - Cf. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Embargos Infringentes n. 0051321-74.2001.807.0000, j. 15/08/2001. Disponível em: <<http://juris.tjdft.jus.br>>. Acesso em 18.março.2012.

63 - Cf. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Apelação Cível n. 0058792-

Verifica-se, ademais, na jurisprudência brasileira, uma tendência à utilização de expressões amplas como ‘causalidade adequada’ e ‘causalidade eficiente’ de forma atécnica, designando, na verdade, outras teorias. Eventualmente as próprias decisões deixam clara a confusão operada, referindo, p. ex., que ‘causa adequada’ e ‘causa direta e imediata’ são expressões sinônimas.<sup>64</sup>

A miscelânea tem levado inclusive os tribunais superiores a trabalharem, em um mesmo julgado, com mais de uma teoria da causalidade. Nesse sentido, o Recurso Extraordinário n. 88.407/RJ, j. 07/08/1980, do Supremo Tribunal Federal.<sup>65</sup>

Tanto em Portugal como no Brasil, verifica-se um cenário eclético, passando, inclusive, a impressão de uma certa atecnia. Na verdade, parece que há uma deliberada abordagem do problema causal que lhe assegure uma solução flexível,

---

41.2001.807.0001, j. 30/08/2004. Disponível em: <<http://juris.tjdf.tj.br>>. Acesso em 18.março.2012.

64 - Cf. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 0005667-41.1995.8.19.0000, j. 07/03/1995. Disponível em: <<http://tjrj.jus.br>>. Acesso em 18.março.2012.

65 - Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em 18.março.2012. Discutia-se, no caso, a responsabilidade civil de empresa de transporte pela morte de passageiro em assalto ao ônibus em que ele estava. Após o voto do Rel. Ministro Carlos Thompson Flores, que dava provimento ao recurso extraordinário, salientando que, com base no artigo 17, *caput*, 2ª parte, do Decreto n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, aplicável ao transporte urbano de passageiros, a culpa da empresa transportadora seria presumida, somente sendo elidida caso inevitável ou imprevisível o dano ou configurada a culpa exclusiva da vítima, o que não seria a situação dos autos, expôs o Ministro Décio Miranda: a doutrina das obrigações repousaria basicamente na regra moral, ou seja, necessário um mínimo de concorrência para o dano para que alguém fosse obrigado a indenizá-lo. Em todo o contexto do Decreto n. 2.681/1912, continua o Ministro Décio Miranda, haveria sempre a exigência, para responsabilização da transportadora, de um liame ainda que tênue, entre o dano e a possibilidade de interferência para evitá-lo, o que não seria o caso de um dano decorrente de assalto ao coletivo, evento tido como imprevisível. Acompanhando o voto do Ministro Décio Miranda, ao final prevalecente, assentou o Ministro Soares Muñoz em voto vista: o caso dos autos seria regido pela teoria da causalidade adequada, considerando-se como causa a condição necessária que teria surgido (pelo menos em tese) ao agente como apta à causação do dano contemporaneamente à produção do evento. O dano, diz ele, teve como causa imediata um assalto e, como causa imediata, o passageiro, posteriormente identificado como sendo um policial, opôs aos assaltantes. O transporte, em si, não foi causa do dano. Em seguida, ele faz menção ao artigo 1.060 do Código Civil de 1916, então vigente, que, semelhantemente ao artigo 403 do Código Civil atual, de 2002, assim previa: as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes que tenham efeito direto e imediato em um fato. Citando a lição de Agostinho Alvim, para quem inspirado o artigo 1.060 do Código Civil de 1916 na teoria do dano direto e imediato, ele conclui: seja pela teoria da causalidade adequada, seja pela teoria do dano direto e imediato, o dano verificado no caso posto em julgamento não seria imputável à transportadora. Isso porque a morte do passageiro, resultante do tiro que ele manteve com os assaltantes do ônibus, não teria, em nenhuma hipótese, constituído um dano direto e imediato resultante do contrato de transporte. A um só tempo e conjuntamente, o Ministro Soares Muñoz se serviu da teoria da causalidade adequada e da teoria do dano direto e imediato, as quais, como vimos, não se confundem.

notadamente a fim de que se garanta, na prática, a reparação às vítimas dos danos, justificando um juízo antecedente de responsabilização. A solução, contudo, com a devida vênia, põe em risco a segurança jurídica.

### 3. O NEXO CAUSAL NA RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

#### 3.1. Da causalidade naturalística para a causalidade normativa: O nexo causal na responsabilidade ambiental como um problema de imputação de danos

O problema da causalidade é hoje, fundamentalmente, um problema de imputação dos danos.<sup>66</sup> De uma causalidade natural ou naturalística passa-se, cada vez mais, para uma causalidade jurídica ou normativa, que, rigorosamente, é um problema de imputação.

Fala-se em uma imputação causal objetiva, não no sentido de imputação independentemente de ilicitude e culpa, mas sim no sentido de atribuição jurídica ou normativa do dano ou do resultado lesivo a um agente.

A imputação é a expressão jurídica da causalidade, sendo possível que se afirme que a causalidade, em um sentido jurídico, surge como uma questão de imputação. A causalidade é apreciada naturalisticamente, enquanto a imputação é aferida desde um critério normativo.

Isso é muito evidente na responsabilidade ambiental. A causalidade eminentemente naturalística não soluciona os problemas da responsabilidade pelos danos ao meio ambiente.

A responsabilidade ambiental tem características peculiares,<sup>67</sup> incompatível com a adoção de um critério-base de aferição do nexo causal de base naturalística.

---

66 - Sobre o enquadramento do problema causal como um problema de imputação de danos, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., p. 24.

67 - Veja-se que, no domínio ambiental, as situações de concurso de causas são a regra. Pense-se nos casos, cada vez mais frequentes, em que não é possível que se aponte, com precisão, a quem, havendo mais de um agente, atribui-se a causa em concreto do dano e em que proporção (causalidade alternativa), nos casos em que o dano ambiental surge somente em consequência da conjugação do comportamento de dois ou mais agentes que atuaram de forma independente (causalidade cumulativa) ou nos casos em que o comportamento do agente se assume somente como parte de um processo causal conducente ao dano, produzindo inclusive efeitos lesivos sinérgicos quando conjugado com outros fatores (causalidade aditiva, sinérgica ou potenciada). A questão será desenvolvida com mais cuidado em seguida.



Somente pelo balizamento jurídico, dota-se o sistema da responsabilidade ambiental de um mínimo de operacionalidade.

Dentre as características próprias da causalidade ambiental, uma merece destaque ante sua especial relevância. É ela a multicausalidade ou o concurso de causas, fenômeno típico na seara ambiental, que torna ainda mais difícil uma aferição segura do nexa causal em sede de dano ao meio ambiente.

Há uma plêiade de fenômenos multicausais. Reportando-se à terminologia adotada pela doutrina alemã, Ana Perestrelo de Oliveira distingue o concurso de causas em (i) causalidade cumulativa, (ii) causalidade aditiva, sinérgica ou potenciada e (iii) a causalidade alternativa.<sup>68</sup>

A causalidade cumulativa dá-se quando o dano resulta da conjugação das condutas que vários agentes, de forma separada, levam a cabo, sendo certo que, sem o contributo de um, o dano não se produziria.<sup>69</sup>

Diferente é o caso da causalidade aditiva, também chamada causalidade sinérgica ou potenciada, na qual o dano, ao contrário do que ocorre na causalidade cumulativa, já se produziria mesmo sem o contributo do agente, cooperando ele, contudo, para a potencialização efetiva do dano. O contributo do agente dá-se, assim, no conjunto de um processo mais amplo, conduzindo a um aumento do dano, mesmo em termos mais expressivos proporcionalmente à sua conduta. Diz-se, no caso, que o contributo do agente tem efeitos sinérgicos/potenciadores. O efeito lesivo é reforçado pela conexão e pela mistura dos diversos contributos envolvidos.

Finalmente, tem-se a causalidade alternativa, que se configura quando vários agentes praticaram condutas aptas à causação do dano, sabendo-se que um ou vários efetivamente o causaram, mas não especificamente quem foi.<sup>70</sup>

É necessário que, nas situações multicausais, o dano seja imputado a todos os agentes envolvidos, sob pena de frustração da responsabilidade ambiental.

---

68 - Sobre o fenômeno da multicausalidade, inclusive sobre a divisão do concurso de causas em (i) causalidade cumulativa, (ii) causalidade aditiva, sinérgica ou potenciada e (iii) a causalidade alternativa, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., pp. 101-112.

69 - É o que ocorre, p. ex., quando vários agentes, separadamente, despejam em um rio materiais poluentes em quantidade em si insuficiente para a morte de peixes, mas que, em conjunto, ocasionam-na. Nesse sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., p. 103.

70 - É o que ocorre, p. ex., quando há uma descarga em um rio, que mata vários peixes, sendo que só uma de duas fábricas poderiam tê-la feito, sem que se saiba, todavia, qual foi. Nesse sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Tutela do ambiente e direito civil*, *Direito do Ambiente*, Lisboa, pp. 378-396, 1994.

Solução diversa permitiria que, na quase totalidade dos danos ao meio ambiente, dada a elevada frequência da multicausalidade na seara ambiental, os diversos agentes se eximissem da sua responsabilidade, colocando em xeque não só a finalidade restauradora, mas também a finalidade repressiva da responsabilidade civil ambiental.

As características peculiares da responsabilidade ambiental, como a incidência frequente de situações multicausais, exigem a construção de uma teoria da causalidade que lhe seja própria. A revisão da questão da causalidade na responsabilidade civil ambiental surge, atualmente, como exigência inarredável da problemática suscitada pelas peculiaridades do dano ao meio ambiente, em face do qual o desajustamento das estruturas clássicas de imputação é evidente.

No contexto mais amplo de revisão científica em que, já há algum tempo, encontra-se o instituto da responsabilidade civil,<sup>71</sup> é premente a necessidade de que se construa um modelo próprio e minimamente seguro de imputação do dano ambiental.

É notória a dificuldade técnica e de fundo que, em termos gerais, a aplicação da responsabilidade civil à problemática ambiental encontra. Isso não só em relação ao nexa causal. Também a aplicação de outros pressupostos da responsabilidade civil, como a ilicitude, a culpa e o próprio dano, geram perplexidades na seara ambiental. É, no entanto, no âmbito do nexa causal que as dificuldades geradas têm mais complexidade.

Conforme já exposto, no domínio ambiental, corriqueiramente, prescinde-se da ilicitude e da culpa para configuração da responsabilidade, adotando-se uma responsabilidade objetiva.<sup>72</sup> Não se abdica nunca, contudo, do pressuposto do nexa causal, o qual assume importância redobrada no domínio ambiental, funcionando como filtro essencial da responsabilidade civil.<sup>73</sup>

---

71 - Cf. CORDEIRO, António Menezes, *Da responsabilidade civil dos administradores*, ob. cit., p. 19.

72 - A tendência de crescimento da importância da responsabilidade objetiva no domínio ambiental se insere em um contexto de âmbito mais vasto, sendo certo que, de natureza excepcional, em seu início, as imputações pelo risco são hoje vistas, na verdade, simplesmente como desvios à regra da suportação dos danos pelos próprios lesados e nada mais. Nesse sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português: parte geral: introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação das leis no tempo e doutrina geral*, I-1, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 422.

73 - Nem todas as formas de danos ambientais são passíveis de correção via responsabilidade civil. Para que o mecanismo da responsabilidade atue é preciso que haja um ou mais poluidores identificáveis, seja o dano concreto e se estabeleça um nexa de causalidade entre o dano e a atividade daqueles poluidores identificados. A responsabilidade não é um instrumento adequado, p. ex., para que tratamento da poluição disseminada e difusa em que não seja possível que se relacione os efeitos ambientais negativos com a conduta de um ou mais agentes individuais determinados.

Daí a essencialidade do nexos causal na responsabilidade civil ambiental. Sua análise encontra-se condicionada pelas peculiaridades do dano ambiental, assumindo-se como um problema tipicamente de imputação de danos, cuja estrutura, ainda que específica, é condicionada pela existência dos pressupostos materiais de funcionamento da responsabilidade civil em geral.<sup>74</sup>

### **3.2. Inadequação das teorias de imputação de base naturalístico-causal para apuração do nexos causal na responsabilidade ambiental**

Conforme afirma Ana Perestrelo de Oliveira, há uma premissa negativa essencial sobre a qual se funda o trabalho de construção de uma teoria juridicamente de imputação dos danos ambientais. É ela a insuscetibilidade de que se tome como base da imputação uma causalidade eminentemente naturalística.<sup>75</sup>

Diante da fisionomia típica do dano ao meio ambiente e do respectivo processo causal, é inatingível a demanda de uma clareza científico-natural na aferição da relação de causalidade na responsabilidade ambiental. No dano ao meio ambiente, há um modo próprio de atuação dos poluentes, uma influência ou conjugação de fatores múltiplos, naturais (como fatores climatéricos ou meteorológicos) e humanos, que torna inaplicável uma teoria de imputação de base naturalístico-causal. Além disso, é necessário que se tenha em mente que o processo poluente prolonga-se no espaço e no tempo, dando origem aos chamados ‘danos-à-distância’ (*Distanzschäden*) e ‘danos tardios’ (*Spätschäden*), que evidenciam ainda mais as dificuldades de detecção do nexos de causalidade eminentemente natural em sede ambiental.

---

Nesse sentido, o Considerando 13 da Diretiva n. 2004/35/CE. A questão está claramente associada à problemática dos limites institucionais do sistema de responsabilidade civil e à construção de sistemas complementares assentes também para tutela do meio ambiente. Na medida em que não seja possível o estabelecimento de uma conexão entre o comportamento de um ou mais agentes com o dano ocorrido, não funciona a responsabilidade civil. Não significa isso, contudo, que não seja preciso que se estabeleçam mecanismos para compensação do lesado. Simplesmente, o mecanismo adequado já não será o da responsabilidade civil, mas sim, p. ex., o de fundos coletivos de compensação e garantia. Nesse sentido, SENDIM, José de Sousa Cunhal, *Responsabilidade civil por danos ecológicos*, ob. cit., p. 45.

74 - A utilização de um esquema de imputação próprio da responsabilidade civil está sempre condicionado, pelo menos à partida, à possibilidade de identificação do lesante e à determinação, ainda que menos rigorosa, de um liame que una a conduta dele ao dano causado. Nesse sentido, SENDIM, José de Sousa Cunhal, *Responsabilidade civil por danos ecológicos*, ob. cit., p. 59.

75 - Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., p. 63.

Em matéria de dano ambiental, defronta-se, com notável frequência, com óbvias dificuldades de demonstração do processo causal pelo lesado. No limite, até perante casos de objetividade de dúvida, gerando enorme perplexidade, em que, mais do que incerteza sobre o processo causal, há uma certeza quanto à incerteza.<sup>76</sup> Uma incerteza objetiva [*rectius*: intersubjetiva], comum às pessoas mais esclarecidas sobre dado assunto, inultrapassável segundo o estado atual dos conhecimentos, com possibilidade mesmo de que perdure indefinidamente.<sup>77</sup>

Nesse diapasão, compreende-se, com clareza, que uma recusa de adaptação ou, pelo menos, de reponderação dos mecanismos clássicos de imputação, de matriz prevalentemente naturalístico-causal, excluiria, de plano, a operatividade da responsabilidade civil na seara ambiental, condenando-a ao fracasso.

Não só a teoria da *conditio sine qua non*, mas também as teorias da causalidade adequada e do fim da norma,<sup>78</sup> não jogam com a responsabilidade ambiental.

### 3.3. Posição adotada: A imputação com base no critério do risco

Patente a necessidade de que se vá além de uma causalidade de base naturalística no domínio da responsabilidade civil ambiental, deixando-se de lado não só a teoria da *conditio sine qua non*, mas também, como visto, as teorias da imputação que, mesmo com um viés normativo, têm em sua base a equivalência das condições – como é o caso da adequação e do fim da norma. Tanto na adequação como no fim da norma, parte-se da *conditio*, restringindo-se, normativamente, os danos indenizáveis somente em um segundo momento.

Ao invés, de uma mera correção da causalidade naturalística à luz das peculiaridades dos danos ambientais, o que se exige é a substituição da fórmula da *conditio* no domínio do meio ambiente, com a adoção de um critério-base distinto de imputação, dotado de operatividade e que, ao mesmo tempo, atenda às finalidades garantísticas atribuídas, geralmente, à *conditio*.<sup>79</sup>

---

76 - Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., p. 19.

77 - Cf. MÚRIAS, Pedro Ferreira, *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*, Lisboa: Lex, 2000, p. 31.

78 - Eis que, em que pese terem cunho normativo, assentam-se em uma causalidade em sentido naturalístico. Somente caso se considere que o fato é causa do dano em sentido natural é que se indagará se ele foi adequado à sua causação ou se o dano corresponde às posições jurídicas garantidas pela norma violada.

79 - Lembre-se que, na origem, a teoria da *conditio* surge como restrição da causalidade, a qual, até então, era indefinida. Com efeito, a equiparação da causa a toda condição *sine qua non* do dano representa, em um primeiro momento, um progresso na seleção dos danos sobrevivendo ao fato

Um critério de imputação que cumpra dois requisitos básicos, sendo então passível de aceitação. Que seja, de um lado, valorativamente adequado, cumprindo, precipuamente, a finalidade de seleção dos danos que serão atribuídos ao agente, de modo que a responsabilidade seja limitada, sem o que seria aberta, de forma injustificada, uma exceção na regra *casum sentit dominus*, colocando-se em xeque a própria função de fundamento e fronteira da responsabilidade que se dá ao nexo causal.<sup>80</sup> E que, além disso, seja juridicamente operativo, funcionando como instrumento jurídico efetivamente útil na tarefa de identificação do nexo causal no caso concreto.

A causalidade natural falha, na seara ambiental, tanto quanto à finalidade garantística como à finalidade operativa, não sendo admissível como critério base universal ou necessário para a imputação do dano ao meio ambiente.

Ao meu juízo, uma solução correta, tanto dogmática como pragmaticamente, no campo da imputação dos danos ambientais parte do conceito ou da ideia central de risco, considerando-se, inclusive, os princípios subjacentes do Direito Ambiental, notadamente o da prevenção.<sup>81</sup>

Vivemos em plena era da sociedade do risco, conceito introduzido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck em 1986, em seu livro *Risikogesellschaft : auf dem weg in eine andere moderne*.<sup>82</sup> A sociedade industrial trouxe consigo, além do progresso econômico e social inerente aos avanços tecnológicos, uma globalização do risco, notadamente pela ação desreguladora do homem sobre a natureza, criando inclusive um risco, hoje imprevisível, de uma destruição do planeta.<sup>83</sup> Na seara ambiental, o risco surge em contraposição ao perigo. Ao contrário do perigo, o risco não tem uma origem natural alheia à intervenção humana, antes se deve precisamente à ação preterintencional do homem, tendo sempre uma componente

---

constitutivo da responsabilidade. É um avanço sobre o critério puramente empírico do *post hoc ergo propter hoc*. Nesse sentido, VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, I, 10.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 882.

80 - Ao princípio da *res perit domino*, faz exceção o instituto da responsabilidade civil, lançando sobre pessoas distintas dos donos dos bens jurídicos lesados a obrigação de repô-los na situação prévia ao dano. Não se prescinde de uma razão para a derrogação do princípio geral, sobretudo no que se refere à aferição de um liame entre o dano e o responsável, fundamentando que se atribua a ele, até então estranho ao bem danificado, as consequências do evento danoso.

81 - Sobre a imputação dos danos ambientais com recurso à ideia de risco, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., pp. 66-79.

82 - Cf. GOMES, Carla Amado, *A prevenção à prova no direito do ambiente: em especial, os actos autorizativos ambientais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 15-16.

83 - Cf. GOMES, Carla Amado, *A prevenção à prova no direito do ambiente: em especial, os actos autorizativos ambientais*, ob. cit., p. 16.

decisória humana. Nesse prisma, surge o princípio da prevenção, enquanto noção chave para uma tutela eficaz do meio ambiente.<sup>84</sup> No domínio do meio ambiente, a prevenção é um dado adquirido ou, na feliz expressão de Carla Amado Gomes, uma ‘segunda pele’ da maioria das normas ambientais.<sup>85</sup>

O princípio da prevenção, basicamente, traduz-se na necessidade de repressão de uma atuação humana que, de forma comprovada, lesará, de forma grave e irreversível, o meio ambiente. Ele perpassa toda a interpretação das normas de tutela do meio ambiente, inclusive via responsabilidade civil.

À luz da ótica da prevenção, patente a legitimidade abstrata do recurso ao conceito central de risco para determinação da relação de causalidade no domínio da responsabilidade ambiental, tornando-a operativa, sem prejuízo, contudo, da segurança jurídica. Conciliam-se as exigências de racionalidade do Direito com as especificidades da tutela ambiental.

Do ponto de vista operativo, é absolutamente pertinente que a responsabilidade civil ambiental seja orientada pela adoção de mecanismos que excluam a própria possibilidade do dano, assegurando uma tutela antecipada do meio ambiente em consonância com o princípio da prevenção, o qual exige, mais do que uma reação sobre os efeitos nocivos ao ambiente, visando repará-los, que se evite, de forma preventiva, a degradação ambiental.<sup>86</sup>

Lado outro, o recurso à ideia de risco não traz nenhum inconveniente do ponto de vista da segurança jurídica. Não traz ele uma flexibilização indevida do nexos causal. O que ele põe em causa, na verdade, é um modo diverso de imputação, prescindindo-se da demonstração da *conditio sine qua non* para a demonstração da relação de causalidade, a qual, conforme já exposto, limita, sobremaneira, as

---

84 - Sobre o princípio da prevenção, GOMES, Carla Amado, *A prevenção à prova no direito do ambiente: em especial, os actos autorizativos ambientais*, ob. cit., pp. 22-28. Ao lado do princípio da prevenção, existe um outro princípio chave na tutela acautelatória do meio ambiente. É o princípio da precaução, decorrente de uma interpretação qualificada do princípio da prevenção. A precaução traduz a necessidade de que o ambiente tenha a seu lado o benefício da dúvida quando haja incerteza, ante a ausência de provas científicas evidentes, sobre o nexos causal entre uma conduta e um fenómeno de poluição ou degradação ambiental, incentivando a antecipação da ação preventiva ainda que não haja certeza sobre sua necessidade, bem como a proibição do que seja potencialmente lesivo ao meio ambiente, ainda que a potencialidade não seja cientificamente indubitável. O princípio da precaução, substancialmente, seria uma prevenção qualificada ou agravada. Sobre o princípio da precaução, GOMES, Carla Amado, *A prevenção à prova no direito do ambiente: em especial, os actos autorizativos ambientais*, ob. cit., pp. 28-39.

85 - Cf. GOMES, Carla Amado, *A prevenção à prova no direito do ambiente: em especial, os actos autorizativos ambientais*, ob. cit., p. 21.

86 - Cf. LEITÃO, João Menezes, Instrumentos de direito privado para protecção do ambiente, *RJUA*, n. 7, pp. 29-65, junho 1997.

possibilidades de recurso ao instituto da responsabilidade civil no domínio do meio ambiente.

Saliente-se que a ideia de risco não é estranha no contexto geral das teorias imputacionais. No Direito Civil, a imputação dos danos ao agente através da demarcação de áreas de risco não é novidade, separando-se os danos que resultariam do ‘risco geral da vida’ (os quais não seriam imputáveis ao agente) e os danos derivados de um risco específico ou aumentado pelo agente (suscetíveis de lhe serem imputáveis).<sup>87</sup> No Direito Penal, onde impera a preocupação garantística da elaboração de critérios fundados e precisos de imputação objetiva do resultado ao agente, recorre-se, atualmente, com frequência à teoria da conexão do risco, de Claus Roxin, pela qual se imputa o resultado ao agente quando sua conduta tenha criado ou aumentado um risco juridicamente desautorizado, materializando-se o risco no resultado lesivo.<sup>88</sup> A criação ou o aumento do risco, no caso, são aferidos através de um juízo póstumo de prognose, colocando-se o juiz em uma perspectiva *ex ante*.

Aplicada à seara ambiental, a fórmula da conexão pelo risco obtém resultados surpreendentemente satisfatórios, alargando, *prima facie*, o âmbito de responsabilização que resultaria da aplicação de teorias de base causal naturalística, sem prejuízo da segurança jurídica. Através do recurso à ideia de risco, considera-se que o dano ambiental é imputável ao agente quando sua conduta cria ou aumenta um risco desautorizado ou previsto na *fattispecie* legal, sendo o resultado ou o evento danoso materialização ou concretização do risco. O que se exige, para configuração do nexu causal, é a criação ou o aumento de um risco ou mesmo a ausência de diminuição de um risco no caso de omissão.<sup>89</sup>

Mas de que risco estamos falando? Para a operatividade do conceito, é preciso uma definição. Partindo da lição de António Menezes Cordeiro, para quem o risco é uma eventualidade danosa potencial,<sup>90</sup> acompanhamos Ana Perestrelo de Oliveira. Para ela, risco é a suscetibilidade de ocorrência do dano, ou seja, se uma atividade cria ou aumenta o risco de verificação do dano ambiental, ela cria ou aumenta a suscetibilidade de lesão do bem jurídico em causa, seja o bem jurídico ambiente, de dimensão difusa, seja um bem jurídico pessoal em risco através do

---

87 - Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., pp. 72-73.

88 - Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., pp. 73-74.

89 - A exigência de uma criação/aumento de risco é algo essencialmente distinto da *conditio sine qua non*. A *conditio* não interfere aqui nem mesmo ao nível da base de imputação dos danos ambientais.

90 - Cf. CORDEIRO, António Menezes, *Direito das obrigações*, II, Lisboa: AAFDL, 1980. p. 362.

ambiente, de dimensão pessoal, como, p. ex., a vida, a saúde, a integridade física ou a propriedade.<sup>91-92</sup>

Não nos referimos aqui a um risco apurado em abstrato, mas sim de acordo com as circunstâncias concretas de cada caso, sob pena de grave risco à segurança jurídica, um dos dois pressupostos legitimadores de uma teoria da imputação, ao lado da operatividade. Bem se compreende que, no domínio do Direito Penal, dados os princípios garantísticos que o informam, outra solução não há que não a análise da criação ou do aumento do risco em concreto. Mesmo considerando que a garantística reclamada na seara civil-ambiental não é tão intensa quanto na penal, a questão merece aqui o mesmo tratamento. Com efeito, somente se admite que o conceito de risco substitua a causalidade puramente naturalística através de uma apreciação que tenha em conta todas as circunstâncias do caso concreto, sendo certo que a suscetibilidade abstrata de que determinada atividade provoque lesão ao meio ambiente não é suficiente para que se atribua juridicamente aquele resultado ao agente. É possível que uma atividade em abstrato crie ou aumente o risco de lesão ambiental e em concreto não o tenha criado ou aumentado. Em um caso assim, não se revela lícito que se impute o resultado ao agente, sob pena de grave lesão aos princípios fundamentais informadores da responsabilidade civil.<sup>93</sup>

---

91 - Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., pp. 75-76. Nesse sentido, o risco que surge no âmbito da teoria penal não é conceitualmente distinto do risco que se pretende como critério de imputação no domínio ambiental. A diferença entre um e outro não se situa ao nível conceitual ou de natureza do risco, mas sim no plano do bem jurídico afetado pelo comportamento do agente.

92 - Embora não se refira expressamente ao conceito de risco, a *Umwelthaftungsgesetz* alemã parece em sintonia com a ideia que ora se expressa. Com efeito, o § 6 da *UmwelthG* relaciona a causalidade com a aptidão em concreto da atividade para a causação do dano. Ao que parece, a aptidão para o dano, avaliada em concreto, corresponde justamente à criação ou ao aumento do risco. No mesmo sentido, o artigo 5º da Lei da Responsabilidade Civil Ambiental portuguesa, estabelecendo que a apreciação da prova do nexos de causalidade se assenta num critério de verossimilhança e de probabilidade da aptidão do fato dano para produção da lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e considerando, em especial, o grau de risco e de perigo e a normalidade da ação lesiva, a possibilidade de prova científica do percurso causal e o cumprimento, ou não, de deveres de proteção. O critério do risco também se coaduna com a legislação brasileira, em especial com o artigo 225, §3º, da Constituição Federal, e o artigo 14, §1º, da Lei n. 6.938/1981, c/c o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

93 - Problema absolutamente distinto é o que se refere à ponderação da questão ao nível probatório, ou seja, se seria ou não adequada a imposição à vítima da demonstração da criação concreta do risco ou se, pelo contrário, pertinente seria a alteração, no ponto, das regras normais de distribuição do ônus da prova ou mesmo a atenuação do grau da prova e exigida para demonstração da relação causal, contentando-se com um critério de verossimilhança ou de probabilidade na apreciação da prova do nexos causal, como ocorre na LRCA portuguesa. No que toca, contudo, à materialização do



O critério do risco é especialmente operativo nas situações multicausais, permitindo a responsabilização de todos os agentes envolvidos. Na causalidade cumulativa, sempre houve dificuldade, p. ex., para a imputação do resultado a um agente que só limitadamente contribui para a lesão e que isoladamente não o produziria. O recurso à ideia de risco resolve o problema a contento. Com efeito, imputa-se o dano a todos os agentes que contribuíram para o fato, ainda que somente de forma parcial, eis que cada agente aumenta o risco de verificação do fato total. Da mesma forma, na causalidade aditiva, sinérgica ou potenciada, se todos os agentes aumentam o dano, seja através da adição do respectivo contributo, seja multiplicando ou acelerando o evento danoso, todos são responsáveis. Todos aumentaram o risco desautorizado ou previsto na norma legal. Na causalidade alternativa, a operatividade do critério do risco é ainda mais notável. A resposta tradicional-causal à causalidade alternativa é simples (e francamente falha). Não sendo possível que se apure a quem é em concreto imputável o dano, ninguém responderia. Contudo, considerando que, na causalidade alternativa, vários agentes levaram a cabo ações potencialmente lesivas, ainda que não se saiba especificamente qual ou quais causaram em concreto o dano, possível que o resultado seja imputado a todos. Com efeito, todos criaram ou aumentaram, em concreto, um risco desautorizado ou previsto na norma legal, desencadeando a presunção de imputação.<sup>94</sup>

O recurso à ideia do risco permite a responsabilização de todos os intervenientes das situações multicausais. E responsabilização solidária, sem prejuízo, evidentemente, do direito de regresso, cujo exercício permitirá, nas relações internas, a demonstração de diferentes proporções de responsabilidade.<sup>95</sup> A responsabilização solidária decorre dos próprios princípios informadores do Direito Ambiental, notadamente o da prevenção, de modo que todos os integrantes de um *pool* de risco respondem, da mesma forma, pelo dano que causaram. A solidariedade se presta a uma tutela mais eficaz do meio ambiente via responsabilidade civil, evitando a transferência das dificuldades de prova

---

risco, a imputação exige um juízo *ex post* efetuado em concreto. Nesse sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., pp. 77-78.

94 - Não se perca de vista que é necessário que exista, pelo menos, uma ação do agente, a qual só suscita um problema de causalidade alternativa caso seja, em concreto, potencialmente lesiva. O que ocorre na causalidade alternativa é que existem várias atuações potencialmente lesivas em concreto mas não é possível que se determine, com precisão, qual ou quais agentes causaram, de fato, a lesão. No sentido da solução proposta, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., pp. 107-111.

95 - Sobre a responsabilidade solidária nos casos de pluralidade de agentes, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., pp. 111-112.

da identificação dos autores do dano para a identificação do contributo de cada um deles. Solução diferente, que obrigasse a vítima à propositura de uma ação contra cada um dos lesantes pela parte do dano a que é responsável, obrigaria, na verdade, à identificação do contributo concreto de cada agente para o dano total, inviabilizando a operatividade da tutela do meio ambiente via responsabilidade civil nas situações multicausais.<sup>96</sup>

Não temos a ilusão de que todos os problemas inerentes à apuração do nexos causal em sede de responsabilidade civil ambiental resolvem-se pura e simplesmente com a adoção do critério do risco. A solução proposta não se pretende definitiva. Com efeito, não é possível que o problema do nexos causal seja captado em uma fórmula, ainda que limitada a um campo específico, como o Direito Ambiental, exaustiva, em um esquema de proposições abstratas, que se prestem à solução de todos os problemas da vida real. Algumas situações sempre ficarão a cargo do prudente arbítrio do intérprete do caso concreto. É um resíduo cuja eliminação não é possível, e nem mesmo pretendida, pela ciência.<sup>97</sup>

Contudo, dentre as opções que se nos apresentam, a ideia de risco é a que de longe mais se coaduna com a problemática ambiental e suas peculiaridades, dotando o sistema de operatividade e sem que se abra mão da segurança necessária à responsabilização somente daqueles que efetivamente tenham contribuído para o dano.

---

96 - Especial ponderação é devida no caso dos ‘pequenos emitentes’ (*Kleinemittenten*). Com certa frequência, é possível que o resultado lesivo resulte de contribuições causais diversas de alguns ‘grandes emitentes’ e de muitos ‘pequenos emitentes’ (p. ex: automóveis). Não é adequado que um pequeno emiteente seja responsabilizado pelo dano da mesma forma que um grande emiteente, sendo certo que sua contribuição para o dano foi ínfima. O problema, no caso, contudo, não é se a responsabilidade seria ou não conjunta. A questão se coloca em um nível prévio ao da repartição da responsabilidade e se resolve perguntando se foi efetivamente criado ou aumentado pelo sujeito um risco juridicamente relevante para verificação do resultado lesivo. Se o contributo do agente para o dano existe mas é insignificante no contexto do processo poluente global, não é possível que se afirme que ele teria criado ou aumentado um risco desautorizado ou previsto na norma, mantendo-se, assim, o pequeno emiteente na esfera do risco permitido, pelo que não é responsabilizado civilmente. Nesse sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, ob. cit., p. 112.

97 - Cf. ANDRADE, Manuel de, *Teoria geral das obrigações*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 1966, p. 363.

## CONCLUSÃO

A necessidade de reanálise e encaminhamento de novas respostas quanto aos pressupostos da responsabilidade civil ambiental apresenta-se com notável intensidade. De uma maneira geral, de um sistema assente na violação culposa de deveres legais, no qual a responsabilidade objetiva era excepcional, passa-se para um sistema centrado primordialmente na lógica da responsabilidade pelo risco, tutelando-se o ambiente mesmo onde não existe ilicitude ou culpa.

Dentre todos os pressupostos da responsabilidade civil ambiental, é o nexos de causalidade que nos coloca maiores perplexidades, apresentando peculiaridades próprias, as quais exigem uma abordagem específica. Para além disso, registre-se que os problemas causais assumem ainda mais relevo com a predominância de um sistema de responsabilidade objetiva. Com efeito, prescindindo-se da ilicitude e da culpa, assume a relação de causalidade a função de principal filtro da responsabilidade ambiental.

As peculiaridades do nexos causal ambiental exigem que, de uma causalidade puramente naturalística (*conditio sine qua non*) ou, ainda que normativa, assente em uma base natural (teoria da adequação ou do fim da norma), evolua-se para um modo próprio de apuração da relação de causalidade. Necessário que se procure um critério próprio de imputação da responsabilidade no domínio do meio ambiente, o qual seja valorativamente adequado e juridicamente operativo, funcionando como efetivo instrumento jurídico útil na identificação do nexos causal no caso concreto. Nesse sentido, afigura-se, ao meu juízo, como adequado o recurso ao critério do risco na aferição da relação de causalidade ambiental, apresentando-se ele em consonância com os princípios norteadores do Direito Ambiental, notadamente o da prevenção. Não um risco apurado em abstrato, mas sim de acordo com as circunstâncias concretas de cada caso, imputando-se o dano ao agente quando ele cria ou aumenta, concretamente, um risco desautorizado ou previsto na norma legal, havendo materialização do risco em um resultado lesivo.

A solução é adequada à tutela do ambiente, eis que mais flexível do que aquelas decorrentes da aplicação de fórmulas teóricas naturalísticas ou, ainda que normativas, de base natural. Além disso, não compromete a função de limitação da responsabilidade inerente a todo critério de imputação. A um só tempo, é dotada de operatividade e não descuida de sua função garantística.



## The single shareholder company of the Mozambican Commercial Law\*

João Espírito Santo

**Resumo:** A República de Moçambique aprovou, em 2005, um Código Comercial, que traduziu inovações de monta relativamente à situação anterior do ordenamento jurídico-privado. Entre as inovações conta-se a consagração de um subtipo societário com unipessoalidade originária: a sociedade unipessoal por quotas.

O direito moçambicano seguia assim um caminho previamente trilhado pela Dinamarca (1973), Alemanha (1980), França (1985), Holanda (1986) e Portugal (1996), entre outros, e que, nos direitos lusófonos, acabaria também por obter consagração em Cabo Verde (1999) e em Angola (2102).

A técnica de regulação da sociedade unipessoal dos direitos lusófonos é de subordinação sistemática ao conjunto normativo dos correspondentes tipos formados com pluralidade de sócios, o que suscita questões particulares de harmonização e adaptação dos regimes jurídicos em causa, que se procuram dilucidar no presente artigo.

**Palavras-chave:** Sociedade; Comercial; Unipessoalidade; Quotas; Regime

**Abstract:** The Republic of Mozambique adopted in 2005 a new Commercial Code, which brought significant innovations to the previous situation of the private law. Among the innovations is a company subtype with original single shareholdership: the single shareholder limited private company. The Mozambican law followed, therefore, a path previously trodden by Denmark (1973), Germany (1980), France (1985), the Netherlands (1986) and Portugal (1996), among others, and that in Lusophone systems was also established in Cape Verde (1999) and Angola (2102). The regulatory technique of the single shareholdership companies of the Lusophone rights is one of systematic subordination to the normative regulatory group of the corresponding company type with several shareholders, which raises special questions of harmonization and adaptation of both the legal regimes, which this article seek to solve.

**Keywords:** Commercial; Company; Limited; Single; Shareholdership

---

João Espírito Santo (joaonoronha@fd.ulisboa.pt)  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

\* Artigo publicado a convite / Article published by invitation

## 1. INTRODUCTION

The Republic of Mozambique adopted in 2005 a new Commercial Code (hereinafter ComC)<sup>1</sup>, which brought significant innovations to the previous situation of the private law. The Commercial Code of Mozambique celebrates therefore its 10<sup>th</sup> anniversary in 2015.

Essentially, the Mozambican Commercial Law system was, before the adoption of the ComC, the one that was received, after independence, in 1975, from Portugal, having been kept in force the Commercial Code of 1888 – which regulated, among other subjects, the company types collected in the French *Code de commerce* (1807) — as well as the Private Limited Company Act (1901).<sup>2</sup> It must also be noticed that Mozambique adopted the Portuguese Civil Code of 1966 (hereinafter CC), being its relevance to the scope of Commercial Law the proper nature of a common – or not particular – law branch, especially in the area of contract law.

Unlike what happened with the Commercial Code of 1888, the definition of commercial matters appears centered in the ComC on the concepts of *commercial entrepreneur* and *commercial act*. Considering the scope of Commercial Law, Article 1 of ComC states that *commercial law regulates the business of commercial entrepreneurs, as well as the acts which are considered commercial*. The status of *commercial entrepreneur* is defined in Article 3: commercial entrepreneurs are (a) *persons, natural or legal, that in self-behalf, by itself or through agents, own a commercial undertaking*, and (b) *commercial companies*.

Formally, the *exercise* of a commercial undertaking is only relevant for the purposes of Article 2, for natural persons and legal persons that are not companies. With regard to commercial companies, their legal status as *commercial undertakings* seems to result immediately upon its *qua tale* settlement.

The concept of commercial undertaking – on which depends, in part, the concept of commercial undertaking other than a commercial company – results from Article 3 of the ComC.

---

1 - The code was adopted by the Decree-Law No 2/2005, from the 27th December.

2 - Original Portuguese name: *Lei das sociedades por quotas*.

## 2. THE COMMERCIAL COMPANY TYPES

The common Commercial Law of Mozambique comprehends now five company types (Article 82, Paragraph 1, ComC): (i) the Collective Company;<sup>3</sup> (ii) the Capital and Labor Company; (iii) the Mixed Limited and Unlimited Company;<sup>4</sup> (iv) the Private Limited Company; and (v) the Public Limited Company.<sup>5</sup> The Capital and Labor Company is a new type, which didn't have a match in the previous law. Considering the company types, one must have in mind that they reflect a Civil Law Latin system and therefore the word *company* includes broadly the Common Law institutes of *Companies* and *Partnerships*; in the Latin tradition – Italy excluded after 1942 – all company types have legal personality upon filling the deed of settlement, which differs from the Common Law tradition on partnerships (although one must note that a significant number of the states of USA have abandoned that tradition in the second half of the twentieth century).

Under Paragraph 1 of Article 82 of ComC the commercial companies are the ones that adopt one of those types, *regardless of its purpose*; the latter expression lends itself to several interpretations: (i) in a sense, it may mean *whatever the nature, civil or commercial, of its objects*<sup>6</sup>; (ii) in other sense, it may mean *whatever activity the company itself engages*. This second meaning is compatible with a legal definition of the commercial company focused on the commercial nature of its objects, as it is the case of point *a*) of Article 83 of the CCom: it is essential for a company to be considered commercial *that it has the purpose of engaging one or more commercial acts*. The first reported sense to Paragraph 1 of Article 82 of ComC, leading to the conclusion that the commercial system deducts the commercial nature of a company purely from the adoption of a commercial type is incompatible with the rule of Point *a*) of Article 83 of the ComC; a consequence of it would be the non-recognition of the civil company under a commercial type, known in the Commercial Law prior to the ComC.

I believe that the real sense of Paragraph 1 of Article 82 of ComC is the secondly pointed: despite Paragraph 1 of Art. 82 may include a sense of commercial character solely induced by the company's commercial type – which would require the

---

3 - Original Portuguese name: *sociedade em nome colectivo*; in general, it functionally matches the General Partnership of the Common Law systems.

4 - Original Portuguese name: *sociedade em comandita*; in general, it functionally matches the Limited Partnership of the Common Law systems.

5 - Original Portuguese name: *sociedade anónima*.

6 - The concept of *objects* appears implicitly in Paragraph 1 of Article 93 of ComC: the activities that the company is intended to engage in.

exclusion of the civil company under a commercial type from the new commercial system – its real meaning is that the nature of the objects of the company does not interfere with the commercial quality of the type: this interpretation is compatible with the rule of Point *a*) of article 83 and, preserving the civil company under a commercial type, is the only one that can be harmonized with the Registration of Legal Entities Regulation, approved after the ComC (by Decree-Law No. 1/2006 of 3 May), whose article 2 states that it is compulsory to register the civil companies under a commercial type.<sup>7</sup>

The legal character of the commercial company ties the adoption of a commercial object (exercise of a commercial undertaking) to the parallel adoption of a commercial company type; this is, in fact, a denial of a contractual freedom of the shareholders, in this case, to choose a purely civil company type (Articles 980 ff CC); companies with mixed objects – commercial and civil – are subject to the linked commercial type rule. Considering the company law institute at a global level, it is continuative, in the new Mozambican Commercial Law, the detection of three areas: the one of the *commercial company* (a company with a commercial objects and commercial type); the one of the *civil company under a commercial type* (a company with civil objects and commercial type); and the one of the *simple civil company, purely civil company or civil company under civil type* (Articles 980 et ff. of the CC: a company with civil objects and no commercial type); following the traditional interpretation of the relationship between Article 980 of the CC and the (now) provisions of Article 82 of ComC, the three should be considered as species of the legal genus extracted from Article 980.

Having the commercial companies in mind it is also possible to detect subtypes of it. With regard to the Mixed Limited and Unlimited Company, established in Article 270 of the ComC, it has two species: a simple one and a share capital one, which are distinguishable by the representation of the interests of the members in shares, which is a character of the second one but not of the first.

The ComC also sets a separate chapter [Chapter V (*Private Limited Company with a single shareholder*) of Title II (*Commercial companies in particular*) of Book II (*Commercial companies*)] a particular regime of limited liability private company with a single shareholder, comprising Articles 328 to 330. Despite the fact that this regulation is the countenance of a whole chapter, parallel to the systematic unity

---

7 - This interpretation is compatible with the rule of art. 5 of Decree-Law No. 2/2005 of 27 December; it is, however, puzzling why this rule has not been brought to the ComC, in whose art. 82 would have a more appropriate systematic seat. Puzzling are also the provisions of Paragraph 3 of Article 5 that: in fact they *push* the former civil companies under a commercial type to the new legal environment of the commercial entrepreneur, which is difficult to understand in a system that continues to recognize that company subtype.



of the regulation of the several shareholder private limited company [Chapter IV (*Private Limited Company*) of Title II (*Commercial companies in particular*) of Book II (*Commercial companies*)], we find here a systematic typological-dependence upon the several shareholder private limited company, which is expressly stated in Paragraph 1 of Article 328: *any natural person may create a private limited company whose capital is a unique share initially hold by the sole shareholder, which is governed by the provisions of this chapter and, with the necessary adaptations, by the provisions applicable to the [several shareholder] several shareholder private limited company.*

### 3. THE *LONG PATH* OF LIMITING THE LIABILITY OF THE PERSONS INDIVIDUALLY ENGAGED IN COMMERCE

The concept of the partnership as a *contract* is ancient,<sup>8</sup> lying already in the Roman-classical *iurisprudencia*, which designed the *societas consensu contracta*, categorized as a *consensual agreement* [as opposed either the formal contract (*verbis* or *litteris*) or the property contract (*re*)]. The *societas* (in its narrow and technical sense) is “[...] an agreed contract, whereby two or more persons (*socii*) are reciprocally obliged to put in common, wholly or partially, its property or labor activities, to achieve an outcome beneficial to all (be it a result of a mere management or of gainful activities)”.<sup>9</sup>

The western heritage of the *societas* produced a contractual dogma of the deed of settlement of the civil partnership, but it crated also parallel one for the commercial partnership types of medieval origin; one should also notice that the nineteenth-century continental commercial codes added to the experienced general or collective partnership and the mixed limited and unlimited company a new one: the public limited commercial organization, which arrived not just as a partnership but as a *company*.<sup>10</sup>

During the nineteenth century, the public limited company, whose direct historical precedent can be traced in the privileged European colonial companies from the sixteenth and seventeenth centuries, *moved* from the Public Law sector –

---

8 - I use the word *partnership* in the sense of its use in the Common Law tradition, for better understanding; it must be noticed, however, that in the Latin tradition, from the nineteen century onwards the word *societade* (from the roman *societas*) includes partnerships and companies.

9 - BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 4.<sup>a</sup> ed., 1993 (1.<sup>a</sup> ed.: 1962), UTET, Turin/Italy (reprint 2000), 470 (author’s translation).

10 - See previous note 8.

under which were formed their *ancestors* – to Private Law,<sup>11</sup> transition which was completed with by the fall of the last of the publicist *barriers*: the prior government authorization settlement of such companies. In the framework of Private Law, the public limited company was legally conceived as a *mere type of company/partnership*, among others, being expectable that the contractual dogma for the settlement would also be considered to it, which indeed happened. The public limited company was, however, intended to break the barrier of a *mere contractual relationship between its members* and head the domain of an autonomous subjectivity, capable of holding self-rights and self-obligations... a [legal] *person*; in this path, the public limited company dragged behind it, in the Latin systems, the whole partnership types of medieval tradition.

The direct ancestors – and perhaps the exclusive ones – of the public limited company are the privileged colonial companies, in which the royal action was decisive, if not its settlement, at least in its authorization. These companies were privileged in two ways: on the one hand, they benefited, first, from trade monopolies in the conquered non-European territories in which they exercised royal prerogatives and, on the other hand, they traded with limited liability of its members, something that was virtually unknown in the partnership domain until the modern era.

The limited liability for engaging in commerce is an ancient desire of the people involved in trade, which is linked on the one hand, to the law principle of financial liability, centered in the dogma of its limitlessness, pursuant to which the debtor's assets – all of them – are the guarantee of the creditors,<sup>12</sup> and, on the other hand, the self-risk of trade, generally taken as higher than for the purely civil action, although there are some historical and doctrinal opinions in the sense that the said desire is, in fact, a claim by traders of a privilege. The granting of limited liability – first justified by the idea of a privilege conceded by the political power and, later, after the abandonment of the constitutive authorization systems of public limited companies, as a condition of commerce development – appears sometimes reported in the law doctrine as the very *ratio* of the nineteenth-century dogma of conceiving the public limited company as a *person*,<sup>13</sup> but the point is discussed.<sup>14</sup>

11 - GALGANO, *Storia del Diritto Commerciale*, 2.<sup>sd</sup> ed., Il Mulino, Bologna/Italy, 1980, 61 ff.

12 - On the transition, occurred in Roman law, between the physical consequences upon the obligation breach and the principle of financial liability see, among others, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I (*Parte Geral*), I, 3.<sup>rd</sup> ed., Almedina, Coimbra/Portugal, 2009, 419 ff.

13 - JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas/Vinculação: objecto social e representação plural*, Almedina, Coimbra/Portugal, 2000, 84.

14 - See, among others, CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el*

The members of the public company limitation liability – allowing the transfer of a significant part of the corporate business risk to the business creditors – challenged the common rules of civil liability; there settles the idea of a *privilege* as an *exemption from common law property liability*. This business risk distribution system, which guaranteed to the shareholders that they were only subject to the loss of what they invested in the company, was radically different from the known partnerships of medieval tradition. In fact, in the *societas privata* and until the onset of the public limited *embryo*, in the seventeen-eighteen centuries, there was no example of a limited liability that could benefit *all members* of the same partnership. The limited liability of *one* or *a few* partners engaged in commerce, unknown in the general or collective partnership, had only known until then an example in the mixed limited and unlimited company, the limited partner, and with the consequence of him being denied the right to intervene in the management of the partnership – which allowed to explain the limited liability on a justice basis, since the partner did not respond indefinitely by unrelated acts – and his name could not appear in the business designation, so that it did not create false solvency expectations to third parties. Thus, other members would have to exist to respond with all their assets by the business risk, since, on the one hand, the contractual dogma inherited from the Roman *societas* did not allowed to conceive in the partnership other allocation centers for rights and obligations than the actual partners, and, on the other hand, the common system of liability did not allowed to limit their responsibility for business obligations; these were of the general partners; their responsibility settled that the business risk fall essentially upon them, which had, as a consequence, the right of direct management of the partnership.

The formal harmonization between the admission of a purely private interest *corporate scheme* that would guarantee the limited liability of all members and the common regime of liability was achieved through the conception of the public limited company as a legal person. In fact, exceeding the purely contractual area, *raising* the relationship between the partners to the status of an autonomous center of legal attribution and *reducing* the contract that settles a company to a mere genetic act of a legal person allowed to explain that the members were, facing the company, *third parties*.<sup>15</sup> Therefore, for the obligations of the company its own assets were to respond, not the ones of its members. And the company accounted for its obligations with all its assets; the *company-person* did not escape, insofar,

---

*derecho privado español*, Aranzadi, Madrid/Spain, 1996, 31 and 32.

15 - GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I (quoted upon the extract contained in the *Letture di diritto civile*, from Paolo Zatti and Guido Alpa, Cedam, Padua/Italy, 1990), 229 and 230.

the ordinary rules of liability, which, ensuring systematic coherence, allowed to deny – formally at least – that the shareholders of a public limited company benefited from a privilege of limited liability.

The individual merchant's liability limitation was to have a legal compliance only in the mid-twentieth century, in continental Europe, by recognizing the sole *ab origine* single shareholder company. Granted that it was in the commercial codes of the nineteenth century a corporate form characterized by a liability of *all members* which did not reach more than the amount they delivered for the settlement of an equity fund to ensure business – in short, the limited liability in a collective business –, *claims* of social groups involved in trade, often described as *trade needs*, embarked on the conquest of the extension of liability limitation beyond that circle in which was it originally permitted. On the basis of such claims are, in the case of individual business, the old desire of an exemption from the common law as to the liability involving all the debtor's assets; as to the collective exercise of business, the proper characters of the public limited company – being that the embryonic, pre-codifying, being that erupted in the nineteenth century codes – such as structure complexity, aimed at separating the management from the will of the members *qua tale*, with ambitious minimum capital requirements, often collected with call for public subscription of shares, a minimum number of required members always above the two necessary for the characterization of a contract, and, finally, the contingencies associated with the system of state prior authorization and the settlement taxes, which clearly aim at the satisfaction of the interests of the company that proposes economic activities of major proportions (one can think in mass production that was enabled by industrial machinery or construction and exploitation of transportations and communication nets) and are badly based to collectively pursuing commercial activities of small or medium-sized business, associating few people in a trust basis, with small cash-investing and activity intended to be directly managed by the partners.

The small and medium collectively exercised business was thus confined to legal structures where some or all partners would had to assume unlimited liability on behalf of creditors. These reasons are the historical-sociological basis for the legislative building in the late nineteenth century of a new type of company:<sup>16</sup> the private limited liability company of European-continental law, whose functional equivalent in English law the private limited company.

In the historical path which led to the legal widespread recognition of the limited liability private company, the legal doctrine usually points to two strains: the

---

16 - See, among several others, GENNARI, *Società a responsabilità limitata*, Giuffrè, Milan/Italy, 1999, 1; WINDBICHLER, *Gesellschaftsrecht*, 21.<sup>st</sup> ed., Beck, Munich/Germany, 2008, 206 and 207.

German one, which produced in 1892 an original company type with limited liability, the *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH), and the English, which created the private company in the Companies Act of 1907. On the aforementioned *legis occasio* one can add, moreover, that there are some opinions that find seeds of the GmbH in the corporate practice onwards the German *Novelle* of 1884, and, also, in the English practice settled in the evolutionary cycle located between the Joint Stock Companies Act of 1844 – which allowed a company incorporation as a mere effect of registration of a settlement agreement with the, then, created registrar of companies, giving rise to the so called *registered companies*<sup>17</sup> –, the Limited Liability Act of 1855 and the Companies Act of 1856 – which admitted the limited liability of shareholders of registered companies and, finally, the Companies Act of 1862, which created the company limited by guarantee, in which the liability of the partners was limited to a certain amount, to effect upon dissolution.<sup>18</sup> Based on these legal frameworks, the English corporate practice will then have generated two types of companies: one, on the one hand, which was engaged in businesses requiring large financial resources, resorted to public subscription of securities publically traded and, on the other hand, one that had no need of massive funding and was settled with a small number of members, who financed it directly, and whose shares were not publically traded; the practice and the legal literature found for the first ones the designation of *public companies* and, for the latter, the designation of *private companies*, whose distinguishing feature was obviously located in the way of their funding.

Between the seventies and the eighties decades of the twentieth century, Denmark (1973), Germany (1980), France (1985) and the Netherlands (1986) admitted, with variants, the private company originally settled by a single shareholder.

The gradual *opening up* of legal systems to the original single member company is the product of a diverse set of explanations, with prevalence to the following ones: (i) the requests of individual traders for the limitation of their business liability to just a part of their assets, with the consequent disaffection to that end of its other assets, which ought to be set in the abandon of the common dogma of the limitlessness of liability; (ii) as a result, the spread of shell companies with limited

---

17 - See, among others, FARRAR/HANNIGAN, (*Farrar's*) *Company Law*, 4<sup>th</sup> Ed., Butterworth's, London-United Kingdom/Edinburg-Scotland-United Kingdom/Dublin-Ireland, 1998, 19 e 20.

18 - With this opinion see, among others, GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2.<sup>sd</sup> ed. (by Evelio Verdera), Authors Edition, Madrid/Spain, 1955, 292; RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, Vol. XXX, T. I, from the *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. by Antonio Cicu/Francesco Messineo/Luigi Mengoni), Giuffrè, Milan/Italy, 1982, 4 ff.; GENNARI, *La società a responsabilità limitata*, previously quoted, 5.

liability, formally constituted with the, at least, two members required by law, but in which only one of them had real interest, aimed at a substantially individual exercise of an economic activity and with the cooperation of *puppet partners*, who had no intention of settling subscribing a company, for better or for worse, and who often were foreordained to the future sell of their shares to the *real partner*; (iii) the seemingly paradoxical compliance of several law systems regarding the supervening single shareholder company, allowing more or less openly, the livelihood of the companies in this condition as separate subjectivities in relation to the sole shareholder; and finally (iv) the organizational demands of the corporate groups.<sup>19</sup>

The first of those factors is undoubtedly the one with historical precedence, going back to the first doctrinal attempts to legitimize the claim for limitation of liability of the individual merchant in the beginning of the twentieth century; among the legal techniques aimed at obtaining such an effect one may include, on the one hand, the special allocation of a property fraction by a trader to his business, which eliminates the settling of a new subjectivity between the merchant and the creditors activity, and, on the other hand, the settlement of an autonomous subjectivity accountable to its creditors with all its property (in fact, separated from the property of the persons who settled it).<sup>20</sup> But underlying this legislative opening to the originally single member company is the prevalence of a legal and economic approach on companies which conceive them, first of all, as a way to legally structure an undertaking, which therefore devalues the question of the number of members and the historical and dogmatic understanding of the company as contract.

In the European Union area, one must also notice the adoption of the Twelfth Directive on companies (89/677/EEC), from the Council, of 21 December 1989, which approved coordination measures for the law of the Member States as to corporate types functionally equivalent to the private limited company.<sup>21</sup>

---

19 - For a historical-dogmatic perspective of the evolution that would lead to the widespread of the legal recognition of the incorporation of an originally single shareholder private company in European legal systems, see, among others, RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal no direito português*, Almedina, Coimbra/Portugal, 2003, 113 ff.

20 - See, among others, RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal no direito português*, Almedina, Coimbra/Portugal, 2003, 113 ff.

21 - This directive has been replaced by the Directive No 2009/102 / EC, from the European Parliament and from the Council, of 16 September 2009.

#### 4. AN OVERVIEW OF THE MOZAMBIKAN LEGAL FRAMEWORK ON THE SINGLE SHAREHOLDER COMPANY

The *single shareholder company* is the one whose personal substrate is composed of a single member. The statement has not only a doctrinal support, but can be sustained on the rules of Article 328 of ComC. Based on the General Theory of Civil Law, the company is an association – in a broad sense – for profit, whose regulation in the Common Private Law is settled, within the Law of Obligations, in Articles 980 to 1021 of the CC, corresponding to chapter III (*Partnership*) of Title II (*Contracts in particular*) of Book II (*Law of Obligations*).

The ComC settles the criteria that point the commercial status of a company (Articles 82 and 83), but does not contain a formally autonomous concept of company, similarly to the previous regulation of commercial companies contained in the old Portuguese Commercial Code of 1888. In a common doctrinal opinion, the systematic consequence of this omission in the ComC would be the necessary use of the CC company concept, contained in Article 980, and pursuant to which it is a *contract by which two or more persons are bound to contribute with goods or services for the joint exercise of certain economic activities other than mere enjoyment, with the aim of sharing the profit generated thereby* (it is certain that the legal definition aims at the settlement of the company, but one can however discuss whether the reference to the *contract* also reports a *possible contractual relationship between the members*, based on the deed, in which case the contract should be configured as *lasting* or *continuous*).

Having this – traditional way of thinking – in mind, the *company* that corresponds to the Article 980 CC definition would constitute a genus within which one could detect in the Mozambican law, at least, two species: *commercial* (commercial type: Article 82 and 83 of ComC) and *civil* (Articles 980 ff. CC; without commercial type). I do not share, however, this understanding. I believe that the *essence* of commercial companies, as deductible from Commercial Law, is irreducible to the definition of Article 980 of the CC, which implies an effort to build, in dogmatic terms, an autonomous concept of commercial company, based on the positive legal framework.

The main argument against that traditional understanding is the possibility in the common corporate-commercial domain, of incorporation of companies by a single member, which necessarily follows from an unilateral legal action and thus differs from the contract required by Article 980 of the CC. But there's more: if there are commercial company types in which – despite all of them have legal personality, in accordance with Article 86 of ComC – one can recognize more or less markedly the feature of an economic activity undertaken in common by the members, as in

the case of the Collective Company, only by conscious distortion of reality can be claimed that the same applies to company types with a *corporate structure* – to use a widespread German conception – such as the Public Limited Company,<sup>22</sup> particularly when their shares are admitted to securities markets.

The company single shareholdership may be distinguished in *original* and *non-original* (Article 329, Paragraph 2, ComC): the first is the one that exists from the moment of incorporation; the second, the one which occur after incorporation in a company which had been set up by more than one shareholder, as a consequence of the concentration of all the shares in the ownership of a single member.

## 5. SPECIAL FEATURES OF THE SINGLE SHAREHOLDER LIMITED PRIVATE COMPANY LEGAL REGIME

### 5.1. Original and non-original single shareholdership

The rules set forth in Articles 329 and 330 of ComC, constituting the primary legal regime of the single shareholder Private Limited Company, is not self-sufficient, as it clearly result from the latter part of Paragraph 1 of Article 328, which produces a general reference to *the provisions applicable to private limited companies*, being that, for sure, the legal regime of the *several shareholder private limited companies*.

One can ask, however, whether this legal regime applies to any private company whose personal basis is formed by a single shareholder. The answer is negative, because – as it will be noticed shortly – the personal basis of a limited private company may be composed of a single person and yet the only legal regime applicable is the one of the several shareholder private limited companies. It is thus possible to conceive the concept of an *in law single shareholder private*

---

22 - The German conception of the legal person assumes a corporate organization that will enable the making of autonomous volitions from the ones of the shareholders, which are therefore considered from a distinct person, and have the following demands: (i) a complete distinction between the assets of the partners and those of the company; and (ii) a management of this property in a different way from that exercised directly by shareholders on their own assets (*indirect management*, wording that expresses that the shareholders only influence indirectly the management, by appointing directors, who differ from the shareholders, or although the directors maybe shareholders, the management activity does not derive from his status as shareholders, but from the integration into the body with the managing competence). The presence of these characteristics define the corporation (*Körperschaft*), being this German conception a recovery of a medieval understanding that had the incorporation of the general meeting as a condition for the existence of the *universitas* (see GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, 7, Cedam, Padua/Italy, 1960).



*limited company* (the one which submits to the provisions mentioned in Article 328, Paragraph 1, second part), and a *de facto single shareholder private limited company*, whose legal regime is that of the several shareholder private limited company.

Indeed, Article 328, entitled *single shareholder private limited company*, is split in two paragraphs: Paragraph 1 relates to original single shareholdership and Paragraph 2 to non-original single shareholdership.

Paragraph 1 of Article 328 of the ComC sets *that any person may incorporate a private limited company, whose share capital is composed initially of a single share, of which the shareholder is the owner*; to such a company the provisions of Articles 329 and 330 of ComC are the primarily applicable, as also, secondarily, the legal provisions proper of the several shareholder private limited company. Therefore the incorporation of a private limited company originally by a single shareholder *necessarily settles as in law single shareholder private limited company*.<sup>23</sup> However, an original several shareholder private limited company may afterwards have its personal basis reduced to a single shareholder, case dealt with in the second part of Paragraph 2 of Article 328 of ComC, which states for the application of the provisions of *this chapter* (being that Articles 329 and 330) after ninety days without being recomposed the shareholders severalty. From what has just been said one can draw the conclusion that the in law single shareholdership is an *ex lege* result of the reduced shareholder base of a private limited company to a unique member for ninety, or more, days.

The rule of the second part of Paragraph 2 of Article 328 of ComC leaves, however, one aspect in the shade: in the case of a reduction of the personal basis of the company to a single shareholder, can he/she anticipate the acquiring of the in law single shareholder private limited company status before the period of ninety days? I believe that the answer must be positive, since otherwise it would not be systematically consistent in view of the very admissibility of the original *in law single shareholder private limited company*; this assumes, therefore, that the sole shareholder may perform the conversion of the *de facto* single shareholder private limited company in a *in law* single shareholder private limited company through unilateral legal action.<sup>24</sup>

The *ex lege* conversion settled in Paragraph 2 of Article 328 of ComC does not

---

23 - This solution is similar to the Portuguese law (Article 270-A, Paragraph 1, of the Commercial Companies Code).

24 - I argue, moreover, that this conversion must be registered, by analogy with Article 3, *Poit p*) (as what regards to *transformation*) of the Legal Entities Registration Regulation (adopted by Decree-Law No. 1/2006 of 3 of May).

occur if the shareholder severalty is recomposed after the concentration of the shares in a sole shareholder within ninety days, appearing that the conversion of the in law single shareholder private limited company in a several shareholder private limited company is an *ex lege* effect of the shareholder severalty, pursuant to Paragraph 2 of Article 328 of ComC (... *while the single shareholdership remains ...*), which corresponds to a harmonic conclusion with the *ex lege* reverse conversion.

## **5.2. The ownership of the share(s) of the single shareholder private limited company**

The possibility of incorporating a company originally by a single shareholder is expressly restricted by law to natural persons, from what one can reasonably conclude that legal persons have no enjoyment capacity<sup>25</sup> for this purpose (Article 160, Paragraph 1, CC).<sup>26</sup> Unlike other Lusophone law systems – Portugal, Cape Verde and Angola –, the law does not contain a number limit to the single shareholdership companies of which a natural person may be a shareholder.

The restriction of owning share(s) of single shareholders private limited companies to natural persons does not follow expressly from Paragraph 2 of Article 328 of ComC regarding the non-original *in law* single shareholder private limited company, but the systematic connection between the two paragraphs of Article 328 may not lead but to a restrictive interpretation of Paragraph 2: the single *in law* shareholdership resulting from the concentration of the shares in the ownership of a single shareholder assumes that this is a natural person: another conclusion empties the normative limits of Paragraph 1, as it would be easy to incorporate a several shareholder private limited company in which a legal person could be one of the shareholders, who would then acquire all the shares, aiming this the superseding of the restrictions of Paragraph 1 in a two-step scheme. This conclusion supports another one: the concentration of shares of a several shareholder private limited company in the ownership of a legal person cannot produce the conversion *ex lege* in a *in law* private limited company, although the severalty of the shareholders members is not recomposed within ninety days.

---

25 - In Portuguese: *capacidade de gozo*.

26 - It is to notice, in this regard, that the ComC does not regulate the groups of companies. The legal solution of Mozambique is identical to that of Cape Verde (cfr. Paragraph 1 of Article 336 of the Code of Business Undertakings), both of which divergent from the Portuguese solution, which does not have such a restriction (see Articles 270- A, Paragraph 1, and 270-C, both of the Portuguese Commercial Companies Code).

The case is not identified as a reason for dissolution of the company (Article 229, Paragraph 1, of ComC), but, given the sustained restrictive interpretation of Article 328, Paragraph 2, being the action from which results the concentration unlawful, it must be considered void (Art. 294 CC).

### 5.3. Businesses between the single shareholder and the company

Paragraph 1 of Article 329 of ComC states that any business, direct or through third person, between the company and the single shareholder must be written, and be necessary, useful or convenient to the corporate purpose, being void if not. In establishing special rules for legal transactions between the company and the single shareholder the Mozambican law is included in a standard which appears in other Lusophone systems (Portugal, Angola and Cape Verde).

First of all, one must establish the *rationale* for this regime.

The admission of the lawfulness of the businesses between the single shareholder member and the company in which he/she owns the entire share capital is based on the recognition of mutual law independence of the – two – subjectivities in question, and therefore in a general lawfulness of their relations. This remark settles the positive area regime of Paragraph 1 of Article 329 of ComC – with the obvious consequence of the inapplicability to the business in question of legal rules governing the so called self-business (Article 261, CC) – although its most noticeable character is precisely the negative dimension, of which one can highlight: (i) the writing imposed as a minimum formal requirement of such business; (ii) the necessary subordination of the business in question to the objects of the company (expressed in the *need, usefulness* or *convenience* to the pursuit of the objects of the company, that reproduces the formula of enjoyment capacity of commercial companies, established in Paragraph 1 of Article 88, ComC) and, finally, (iii) the statement of nullity for the violation of those requirements.

The material *rationale* of the prohibition contained in the regime of the business of the single shareholder with the company lies in the possible abuse of the corporate structure for the benefit of the shareholder, with possible damages to third parties, which the absence of conflicting interests between several shareholders makes easier.<sup>27</sup>

The conceptual framework of the invalidity – in view of its relationship with the imposed respect for the objects of the company – is not totally clear: in a general thesis, it may be seen as a consequence of a lack of enjoyment capacity

---

27 - See generally, on this, RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal no direito português*, above quoted, 641 ff.

for the assumption of active or passive legal situations arising from the business in question or as a substantive illegitimacy of the organs of the company to enter in that kind of business, regardless of whether the powers to decide, internally, and to bind, externally, the company belong, or not, to the same organ, since the director(s) is (are) not necessarily shareholder(s) (Article 320, Paragraph 1, ComC) and the power to decide to make the business may lie in the single shareholder, as the substitute organ of the general meeting of shareholders (Articles 319 and 330, both ComC).<sup>28</sup> The first of the proposed conceptual frameworks would imply the inapplicability to the single shareholder company of the rule of Paragraph 1 of Article 152 of ComC, which, in the absence of a rule that expressly states it, doesn't seem a reasonable conclusion;<sup>29</sup> this conceptual framework leads, moreover, to an unacceptable result as to the range of the company enjoyment capacity: that it varies according to who is counterpart of the business: if it is a stranger, the business – if not necessary, useful or convenient to attaining its objects – would not be, by the reason, void, but if the counterpart were the single shareholder, the business would be, attending the same reason, void. I believe, therefore, that the correct conceptual framework for the invalidity is a substantive illegitimacy, which is, by definition, relative: the decisions of the single shareholder *qua tale* to make the business, or the same decisions from the director – whether or not he/she is the shareholder – as well as the external executive acts of the corporation with the sole shareholder which do not pursue the company's objects, are illegitimate.<sup>30</sup> The company's objects are the *activities listed in the deed of settlement, which the company may exercise*, and are of compulsory inclusion in it [Article 92, Paragraph 1, d) and Article 93, Paragraph 1, both ComC]. In general, the objects of a commercial company don't limit its enjoyment capacity (Article 152, Paragraph 1, ComC).<sup>31</sup> The duty imposed in Paragraph 1 of Article 329 of ComC to the link

---

28 - In general, about the possible decoupling of the decision-making power regarding a particular act by the company and the corresponding agency power, see JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas/Vinculação: objecto social e representação plural*, Almedina, Coimbra/Portugal, 2000, 431 ff.

29 - In this regard one may notice that there is a discontinuity between the provisions of Articles 88, Paragraph 1, and 152, Paragraph 1, both of the ComC: if the first seems to put the acts *ultra vires* the objects out of the enjoyment capacity of the company, the set of Paragraphs 1 and 2 of the second, enabling the binding of the company for such acts, assumes the opposite.

30 - On the overall system of substantive illegitimacy, see PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra/Portugal, 2014, 432 and 433.

31 - For the legal distinction between the objects and the purpose of the legal person, see, among others, PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, above quoted, 159 ff.; JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas/Vinculação: objecto social e representação plural*, above quoted, 180 ff.

between company's objects with the business in question is not different from that underlying Paragraph 1 of article 88, being different, however, the judgment on the legal value of an act that violates the company's object clause: in general, such an act is not, *qua tale*, void, binding the company to third parties (Article 152, Paragraph 1, ComC), but it can, generally speaking, be the ground for civil liability of the natural person who decided, as a company organ, to take action; in a single shareholder private limited company, and in case of a business of the company with the single shareholder, the act is void (Article 329, Paragraph 1, ComC).

Paragraph 1 of Article 329 of ComC adds a formal demand to the material requirements for a valid business between the single shareholder and the company, presented in a *minimum standard*: such business must always be written (this corresponds to an exception to the general law principle of Article 219 of the CC), but the rule must be understood with the meaning that is reasonably has: if one deal with a business for which the law requires greater solemnity than the written form, the requirement must be respected, under penalty of nullity, in accordance with Article 220 of the CC.

Also it seems to have not been the intention of the legislature to subordinate to the rule of the minimum writing form the businesses concluded in the course of the company's own trade and with the standards normally applied to third parties, which are strictly covered by the rule; the rule must therefore be subject to a restrictive interpretation, pleading analogy with the rule of Article 427, Paragraph 3, of ComC.

To the requirement that the business be materially covered by the company's objects, Paragraph 2 of Article 329 of ComC adds another: the business should *always* be subject to prior report drawn up by an auditor with no relation with the company, including in the report a statement that the company's interests are properly protected and that the business conditions and price are the general ones, otherwise the business cannot be concluded. The rule is somehow puzzling as to the safeguard of the company's interests, which is attributed to the auditors judgment; the wording *cannot be concluded* shows that if it succeeds otherwise, the business is considered to be against the law and therefore null by Article 294 of the CC.

It is last to notice, in this area, that Paragraph 2 of Article 329 of ComC assimilates the sole shareholder to third parties related to him/her, without any concrete definition of who might them be. In fact, what seems to be under scrutiny is a possible *fake third party*, which, if proven, always raises the nullity of the simulated business (Article 240, Paragraph 2, CC).

#### 5.4. Powers of the single shareholder as a company organ

Article 330 of ComC states *that the decisions on subjects which, by law, are powers of the shareholders general meeting should be personally exercised by the single shareholder and be registered in a book kept for that purpose and signed by him.*

The material effect of rule in Article 330 is that the decisions which, in the several shareholder private limited company, depend upon decisions of shareholders, pursuant to the organizing principle that concretely applies (normally, the majority principle), in order to reduce the severalty to the unity, are exercised by the single member as the universal element of the personal basis of the company; the rule covers powers that, belonging to members in the several shareholder companies, must be exercised in organic terms (Article 319 of ComC).

The rule in Article 330 of ComC has the scope of defining that the single shareholder *is a company organ*: the one that, in the several shareholder companies, serves the synthesis of wills of the various shareholders in a single volition.

The general meeting is a legal *synthesis mechanism* in a single volition – thus reducing severalty to unity – to be considered of the company itself, as a different person from the shareholders, which operates through the majority principle (Article 318, Paragraph 3, ComC). The Assembly thus supposes a severalty – a space for discussion and eventually confrontation of different volitions – that does not exist in the single shareholdership, which is why it would be illogical to admit that the sole shareholder meets with himself. In a single shareholder private limited company there is no general meeting.

What has just been said is consistent with the application to the single partner decisions, as a *corporate body*, *ex vi* Article 328, Paragraph 1, of ComC, of the rules of resolutions by shareholders of the several shareholder private limited companies, whose sense is not vanished by the organ uniqueness, serving as examples the rules of Article 142, Paragraph 1, c) and d), first sentence of ComC. Article 330 also states that the shareholders decisions *must be entered in a book kept for that purpose, and signed by him.* The legal regime of the registration of the shareholders resolutions is set in Article 147 of ComC, entitled *minutes*. The registry shall include the information provided in Paragraph 2 of Article 147 of ComC, which must naturally suffer the adaptations needed to the situation of the single shareholder (for example, the registry of the single shareholder decisions may not contain references to the votes).

The function of the minutes – that one can understand from Paragraph 1 of Article 147 of ComC – is conclusive: the resolutions passed at the general meeting can only be proved by the minutes, which is for them an *ad probationem* demand. The

law does not states, in general, that the minutes must be signed by the shareholders who participated in the general meeting, even though, as what regards to the several shareholder limited company, it is established in Article 317, Paragraph 5, of CCom, that the minutes of the general meetings shall be signed by all members who have participated in them.

The rules of Article 317, Paragraph 5, and Article 330, both of ComC are formally convergent, but its material sense – I believe – is not the same. In the single shareholder private company the registry of the shareholders decisions in minutes *as a management organ strictly speaking* – function that it shares with the(s) manager(s), that may not be the single shareholder – serves the purpose of settling, among the volitions formed by the single shareholder the ones that are attributed to the company, need that follows from the protection of the company's creditors in ensuring the enforcement of legal rules on the company's assets allocation to ensure compliance with its obligations, assuming that the absence of a confrontation among several shareholders' interests creates an increased risk of infringement of those legal rules.

The sense of the rule of the second part of Paragraph 2 of Article 330 of CCom, is, therefore, to establish the minute registry, and its signature by the *qua tale* shareholder, not as a formality *ad probationem* of decisions to be considered as the company's but as a requirement *ad substantiam* thereof, which explains the need of adding a rule to what already resulted, in general, from article 317, Paragraph 5, of the ComC.





## La Formation d'une Tradition Juridique Administrative Commune aux Etats de l'Europe Démocratique: L'Exemple Gréco-Portugais\*

José Manuel Sérvulo Correia

**Résumés:** À l'occasion de l'octroi du degré de docteur *honoris causa* par l'Université d'Athènes, l'auteur diserte sur les ponts lancés entre les cultures juridiques nationales par la transnationalisation de la théorie générale du droit et, dans le cadre de celle-ci, par la théorisation cosmopolite du droit administratif. Une telle évolution se manifeste dans le recours croissant aux apports en provenance d'autres ordres juridiques nationales envers la théorisation d'aspects liés à l'essence profonde du droit administratif. Cette tendance est particulièrement visible chez des pays possédant une culture ouverte au monde, comme c'est le cas de la Grèce et du Portugal. Par ailleurs, le facteur démographique, dictant un nombre moindre de facultés de droit et un volume plus réduit de production théorique publiée, stimule la quête en ces pays d'une masse critique doctrinaire ayant une provenance élargie.

Finalement, l'auteur souligne la production d'effets par la crise financière, économique et sociale sur l'évolution du droit administratif. Cette situation ouvre le champ pour une investigation scientifique commune par des académiciens grecs et portugais. Mais il vaudrait mieux qu'on attende le moment où on pourra considérer avec un certain éloignement dans le temps le flux intensif de normes juridiques et de décisions administratives requises par les programmes d'ajustement économique et financier et leurs conséquences sur les principes, les concepts et les instruments du droit administratif.

**Mots - clés:** "Crise"; Évolution du droit administratif; Groupe Européen de Droit Public; Synthèse théorique transnationale; Tradition juridique administrative commune; Transnationalisation de la cultura juridique

---

Sérvulo Correia (sc@servulo.com)

Centro de Investigação de Direto Público/Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

\* Artigo publicado a convite / Article published by invitation

**Resumo:** Por ocasião do reconhecimento do grau de doutor *honoris causa* pela Universidade de Atenas, o autor disserta sobre as pontes lançadas entre culturas jurídicas nacionais pela transnacionalização da teoria geral do Direito e, no seu quadro, pela teorização cosmopolita do Direito Administrativo. A existência de tradições constitucionais comuns promove a formação de um *ius commune* administrativo graças à tendência generalizada de constitucionalização do Direito Administrativo. Uma tal evolução reflete-se no crescente recurso aos contributos de outras ordens jurídicas nacionais para a teorização de aspetos ligados à essência profunda do Direito Administrativo. Essa é uma tendência particularmente visível em países culturalmente abertos ao mundo, como a Grécia e Portugal. Também, neles, o número comparativamente reduzido de faculdades de direito e de publicações impele a uma procura de uma massa crítica doutrinária alargada. O autor sublinha a findar que a atual crise financeira, económica e social exerce repercussões manifestas na evolução do Direito Administrativo. Abre-se a esse propósito um campo comum para a investigação científica por parte de académicos gregos e portugueses. Mas, para esse efeito, será preferível aguardar pela passagem do tempo suficiente para que se possa olhar com algum distanciamento o intenso fluxo normativo e decisório implicado pelos programas de ajustamento económico e financeiro e as suas consequências sobre os princípios, os conceitos e os instrumentos do Direito Administrativo.

**Palavras-chave:** “Crise”; Evolução do Direito Administrativo; Grupo Europeu de Direito Público; Síntese teórica transnacional; Tradição jurídica administrativa comum; Transnacionalização da cultura jurídica

Normalement, l'attribution du titre de docteur *honoris causa* récompense la collaboration du récipiendaire au resserrement des liens culturels entre deux pays : celui de l'Université qui exerce ainsi sa munificence et le pays de celui auquel le titre est décerné. Or, il n'est que justice de reconnaître que ce critère, à l'évidence indispensable, ne se serait pas matérialisé sans l'existence du *Groupe Européen de Droit Public*. Nous devons la création et le développement de ce réseau universitaire basé en Grèce, qui a porté tant de fruits au long des années, à la lucidité, à la volonté, à la capacité d'organisation et au sens profond des relations humaines du Professeur Spyridon Flogaïtis, qui est certainement l'un des noms les plus illustres dans le milieu universitaire européen d'aujourd'hui. Connaissant les qualités professionnelles et humaines de Spyridon Flogaïtis grâce à nos échanges précédents, au sein d'un réseau de professeurs de droit public basé en Suisse et qui avait à partir d'un certain moment tourné son attention essentiellement vers des thèmes de science politique, je n'ai pas hésité à le suivre dès le début pour participer au « Groupe de Spetses », comme on l'appelait à l'époque.

C'était la graine qui allait donner le jour au *Groupe Européen de Droit Public* et à l'*Académie Européenne de Droit Public*, au sein desquels de nombreux professeurs et jeunes juristes portugais ont eu l'occasion, au fil des années, d'exposer ou d'enseigner leurs points de vue sur des thèmes d'actualité devant une assistance diversifiée à l'échelle européenne. Il va sans dire qu'il est tout aussi important pour nous, Portugais, que de pouvoir rencontrer personnellement de grands noms de la pensée juridique publique européenne, de les écouter et de débattre avec eux.

Et il ne faut pas oublier non plus le rôle joué par la *Revue Européenne de Droit Public*, en tant que trait d'union et recueil de la recherche menée par des membres du *Groupe Européen de Droit Public* et par d'autres chercheurs au sein des Universités.

Quant à l'*Organisation Européenne de Droit Public*, instituée plus récemment sous forme d'organisation internationale, je suis navré que la République Portugaise n'ait pas encore officialisé son adhésion. Dans mon pays, tous s'accordent aujourd'hui à dire que l'intensification de la recherche scientifique et la transposition de ses résultats dans l'activité économique et dans l'administration publique devront constituer l'une des principales solutions au déficit de productivité qui est à la base de nos graves difficultés économiques et financières. Mais certains politiques et bureaucrates semblent ne pas encore s'être aperçus que le droit lui aussi est une science, qui doit être cultivée en permanence, dont le perfectionnement et la modernisation engendrent à court terme des résultats bénéfiques pour l'économie et l'intégration sociale.

Il est donc important que l'État Portugais rejoigne au plus tôt la place qui l'attend

au sein de l'*Organisation Européenne de Droit Public*, aux côtés d'autres États souverains. Ce serait d'ailleurs la suite logique à donner à toute la somme de contributions apportées par les étudiants portugais du droit public, au long des années, dans les travaux d'analyse approfondie de thèmes contemporains au sein du *Groupe Européen de Droit Public*.

Ma participation active au Groupe au long de 20 années m'a aussi donné l'occasion de rencontrer de nombreux professeurs grecs de plusieurs générations. Je me permets de citer respectueusement les noms des Professeurs Dagtoglou, Gerapetsitis, Pantélis et Spiliotopoulos, membres illustres du corps enseignant de la Faculté de Droit de votre Université. Très tôt, j'ai remarqué que beaucoup de professeurs grecs étaient titulaires de grades obtenus dans des Universités d'autres pays d'Europe, dans lesquels ils enseignent parfois ou poursuivent des études postdoctorales. À ce propos, j'observe une différence notable entre les pratiques des principales facultés de droit grecques et portugaises. Au Portugal, bien que la loi prévoit d'autres solutions depuis déjà quelques années, dans la pratique, les Facultés de Droit de Coimbra et de Lisbonne subordonnent l'accès au corps professoral à l'acquisition du grade de docteur dans la propre faculté. Ceci n'empêche pas l'attribution de bourses d'études, normalement pour des périodes de deux ans, pour la préparation de la thèse de doctorat dans une Université étrangère. J'ai d'ailleurs moi-même préparé une partie de ma thèse de doctorat à l'Université de Tübingen. Mais l'obligation de présenter et de soutenir les thèses dans une université portugaise a pour conséquence qu'elles soient éditées en langue portugaise, ce qui limite évidemment leur diffusion au plan européen.

Je dois dire que, parallèlement aux liens universitaires, j'ai aussi noué au long des années des liens affectifs avec la Grèce et avec le peuple hellénique. La plupart du temps, mon épouse et moi nous avons prolongé les séjours motivés par les travaux du Groupe européen afin de connaître peu à peu les différents recoins où se mêlent l'extraordinaire beauté naturelle, l'héritage de l'histoire et la poésie des mythes légendaires que nous avons étudiés dans nos vertes années.

Les Portugais de ma génération qui ont fait des études secondaires – une minorité, hélas – ont été initiés en profondeur à l'Antiquité classique grecque et romaine. Mon père, qui était professeur de lycée et n'a jamais eu les moyens de visiter la Grèce, connaissait dans les moindres détails l'architecture du Parthénon et de l'Érechthéion et l'aura sacrée qui entoure l'Acropole, certainement un des espaces les plus importants de l'histoire de l'humanité. La première fois que j'y ai pénétré, en une fin d'après-midi ensoleillée mais venteuse, l'endroit était pratiquement désert. J'ai alors vécu l'expérience, unique à ce jour, de sentir nettement à mes côtés la présence de mon père, décédé en 1983.

À l'adolescence, j'ai lu des traductions de l'Iliade et de l'Odyssée, ainsi que de

Thucydide et de Xénophon. Il me semble que les enseignements que reçoivent les nouvelles générations portugaises ne sont pas aussi poussés. Mais en compensation les jeunes fréquentent tous (et pas seulement une minorité) l'enseignement secondaire, où leur sont transmises les notions élémentaires de l'histoire et de la culture de la Grèce classique et où ils peuvent survoler Platon et Aristote. Malheureusement, hormis les rares personnes qui se rendent en Grèce pour des raisons professionnelles et la poignée de touristes qui y vont plus ou moins régulièrement, les Portugais ne connaissent pas la réalité grecque actuelle. Certes, nous assistons depuis quelque temps à un regain d'intérêt pour les nouvelles sur la politique grecque, mais c'est parce que nos deux peuples se sont vu imposer des programmes d'ajustement économique et financier. Même si je reconnais que ces programmes étaient nécessaires, il n'en est pas moins vrai qu'ils se sont avérés contreproductifs, du moins en partie, à cause de la sévérité irréaliste des mesures exigées de l'extérieur.

Mais, avant de revenir à ce thème, à propos des impacts et des défis lancés par la « crise » au droit administratif, je tiens à attirer l'attention sur un plan où la transnationalisation de la culture juridique a jeté des ponts entre la Grèce et le Portugal. Ce plan est celui de la production théorique. À mon sens, il ne faut pas confondre le droit comparé – destiné à conjuguier et à confronter minutieusement les instituts juridiques tels qu'ils se situent dans chaque ordre juridique national – avec l'analyse de la production théorique étrangère faite dans le but d'en extraire de nouveaux apports pour la révision et l'approfondissement de la théorie générale. Si nous voulons prendre au sérieux l'adjectif « général », de nos jours, une théorie générale du droit et les théories générales de chaque branche du droit tendront, à l'ère de la globalisation, à posséder une étendue capable d'expliquer la nature et l'application du droit, indépendamment des particularismes de chaque ordre juridique interne. Mais, même s'il est difficile d'atteindre un degré de généralité supranationale, il y aura toujours au moins, dans chaque théorie générale, un potentiel d'extension d'un grand nombre de ses facettes à l'herméneutique et à la dogmatique opérées sur d'autres droits nationaux.

Je me rappelle la fréquence avec laquelle, dans les années 70 du siècle dernier, des collègues allemands et français, constatant mon intérêt pour l'étude approfondie de certains aspects de leurs droits publics, me demandaient si j'avais choisi le droit comparé comme domaine de pratique universitaire. À vrai dire, comme je préparais à l'époque une thèse sur l'application des principes de la légalité et de l'autonomie contractuelle dans les contrats administratifs, ce qui m'intéressait c'était tout simplement la possibilité d'extraire des doctrines et des jurisprudences de différentes nationalités des éléments valables pour la compréhension et l'encadrement du phénomène au sein de l'ordre juridique portugaise.

Au risque de paraître injuste envers les Italiens et les Espagnols, je dirais que nous, Grecs et Portugais, avons peut-être été les premiers à prendre conscience de la possibilité, voire de la nécessité, de nous secourir systématiquement des doctrines étrangères – au départ, surtout française et allemande – pour enrichir et consolider notre propre labeur doctrinal. L'explication est simple : tandis que dans les pays beaucoup plus grands, qui ont beaucoup plus de facultés de droit et un nombre beaucoup plus élevé de production juridique publiée chaque année, la tendance était à l'autosuffisance, dans les nôtres il fallait compenser le nombre moins important d'œuvres de référence sur la scène nationale par le recours à la masse critique provenant d'autres parages. Mais sans jamais remettre en cause notre autonomie de pensée ni courir le risque – signalé par Rivero, dans la préface à l'œuvre de Flogaïtis « *Administrative Law et Droit Administratif* », d'introduire, dans un système national enraciné dans la tradition une institution étrangère née dans un monde juridique différent. Il faut noter que l'entreprise à laquelle Spyridon Flogaïtis s'était attelé dans cette monographie était plus complexe et risquée : concernant deux systèmes historiquement éloignés l'un de l'autre – surtout du fait des Britanniques – il s'agissait de confirmer l'intuition selon laquelle, sous la différence de catégories conceptuelles et de techniques procédurales, on assistait à un rapprochement aux modèles continentaux de droit administratif de l'essence même des institutions et des solutions apportées par les décisions jurisprudentielles d'Outre-Manche.

À propos de l'état du droit administratif anglais en 1984, Flogaïtis concluait que, face à la nécessité de protection juridique de l'individu à l'égard de l'État administratif, ce droit était en train d'opérer un rapprochement des principes fondamentaux qui régissent le droit administratif français et que, quant au fond, ces deux droits présentaient plus de ressemblances que de différences. Les trente années qui se sont écoulées depuis démontrent non seulement l'acuité de ces conclusions, franchement innovatrices pour l'époque, mais elles ont aussi connu une claire accélération du rapprochement des modèles anglais et continentaux de droit administratif. De nos jours, c'est tout naturellement que nous recherchons dans des œuvres de référence anglaises – comme celles de Paul Craig, Leyland et Gordon Anthony, Galligan, Carol Harlow et bien d'autres – des contributions à une théorisation de portée transnationale. Dans ces œuvres anglaises, nous trouvons des points de vue qui aident à éclairer l'essence et le rôle des institutions du droit administratif portugais (mais aussi d'autres pays), telles que la sécurité juridique, la procédure administrative non-contentieuse équitable, la participation des citoyens aux procédures administratives non-contentieuses ou le contrôle du pouvoir discrétionnaire.

Si l'encadrement apporté par le droit de l'Union européenne a joué un rôle important

comme moteur de cette proximité croissante, il n'en est pas moins vrai que ce rapprochement a aussi été une conséquence du fléchissement de la tendance des grands systèmes nationaux à se replier sur eux-mêmes et de leur adoption d'une position moins influencée par l'esprit « de clocher » et plus ouverte à l'influence de la doctrine et de la jurisprudence d'autres pays. Nous pensons qu'il s'agit là de l'un des traits les plus marquants du phénomène que l'on appelle la « globalisation du droit ».

Aussi osons-nous penser qu'il est possible de reconnaître de nos jours, dans un ensemble de principes généraux et de règles fondamentales sur l'exercice de l'activité administrative, la consolidation d'une *tradition juridique administrative commune* aux États de l'Europe démocratique. Le droit primaire de l'Union européenne emploie ce concept uniquement quant au droit constitutionnel. Mais en vérité, nous n'y sommes plus confrontés à une barrière infranchissable, d'autant plus que la frontière entre le droit administratif et le droit constitutionnel s'est elle aussi sensiblement estompée, grâce aux phénomènes parallèles d'administrativisation du droit constitutionnel et de constitutionnalisation du droit administratif.

À propos du droit public, le rôle des universitaires grecs en tant que pionniers de la synthèse théorique transnationale nous semble bien visible.

En plus de la contribution de Spyridon Flogaitis que nous avons déjà évoquée, nous ferons une brève référence à quelques autres noms, non pas que d'autres ne l'auraient pas mérité mais parce que ce sont ceux dont nous connaissons mieux les ouvrages. Et nous commencerons par Michel Stassinopoulos et par son extraordinaire contribution apportée à la théorie générale du droit administratif – aujourd'hui encore d'une grande utilité – qu'est le *Traité des Actes Administratifs*. Édité en 1954, l'année où, à l'âge de 16 ans, j'entrai à la Faculté de Droit de Lisbonne, ce livre ne tarda pas à être cité par notre professeur, Marcelo Caetano, dans les éditions successives de son propre Manuel et recommandé aux étudiants comme texte de lecture d'approfondissement.

Stassinopoulos nous prévient qu'ils'agit d'une étude menée à la lumière de la doctrine française et des principes généraux qui se dégagent de la jurisprudence du Conseil d'État français. Mais il ajoute aussitôt que parfois ces principes sont combinés avec des éléments puisés dans la doctrine et la jurisprudence allemandes ainsi que dans la jurisprudence du Conseil d'État hellénique. L'auteur félicite le Conseil d'État hellénique pour la fusion qu'il a su réaliser entre les courants scientifiques hétérogènes comme ceux de France et d'Allemagne. Un éloge que mérite tout autant son *Traité*, qui traduit d'ailleurs aussi, comme il résulte de la bibliographie citée à de nombreux passages, un effort d'assimilation cohérente d'autres doctrines nationales, comme l'autrichienne, l'espagnole, l'italienne et la suisse.

Si l'on voulait un jour choisir un symbole du démarrage de l'édification transnationale d'un *ius commune* administratif européen (au sens culturel du terme), il n'y en aurait guère d'autre plus méritant. Et ce n'est pas un hasard si le *Traité des Actes Administratifs* demeure une œuvre de consultation utile en dépit de l'usure du temps.

Je fais en suite une mention (brève, cela va de soi) à l'œuvre « *Conceptualisme et Empirisme en Droit Administratif Français* » dont est auteur le Professeur de la Faculté de Droit d'Athènes Theodore Fortsakis. Comme nous l'indique Jean Rivero dans la préface, l'insertion de cette recherche dans le cadre du droit administratif français n'empêche pas que les apports des maîtres britanniques et allemands apparaissent dans plus d'un chapitre. C'est en s'appuyant sur ces apports provenant d'horizons différents que Théodore Fortsakis s'efforce de saisir la nature profonde du droit administratif, de dégager les idées unificatrices qui garantissent son intégrité et lui fournissent sa raison d'être.

Ce n'est pas seulement en France que le droit administratif se distingue des autres branches du droit par l'intensité de la dialectique entre le besoin qu'éprouve souvent le juge de trouver des solutions à des problèmes nouveaux et l'effort subséquent des « faiseurs de systèmes » pour encadrer les nouveaux éléments dans une vision cohérente. Une vision qui est d'ailleurs en perpétuelle reconstruction du fait de la révision constante ou du changement des politiques publiques.

Je citerai aussi le livre « *Greek Administrative Law* », une traduction de l'original en langue grecque du professeur Epaminondas Spiliotopoulos. Transposer dans la langue juridique anglaise une description systématisée dans un manuel de droit administratif concernant un ordre juridique continental n'est pas une tâche aisée. Il faut naturellement reconnaître à ce propos le mérite du traducteur. Mais il est facile de comprendre le rôle indispensable de l'auteur pour garantir que le changement de langue ne trahira pas l'essence du raisonnement. La barrière linguistique entre la culture juridique anglaise et les cultures continentales continue de représenter un obstacle majeur à la communicabilité totale des notions, principes et techniques procédurales. La traduction en anglais d'un manuel de droit administratif d'un pays continental est donc un pas très important dans la construction d'un pont de droit public au-dessus du Canal de la Manche.

Je ne pourrais pas terminer sans faire, en ce moment, quelques remarques sur la crise qui s'abat sur la Grèce et le Portugal et ses conséquences en ce qui concerne l'évolution du droit administratif.

La « crise du droit administratif » n'est pas un fait nouveau. Au contraire, elle a été un thème récurrent de la production théorique des administrativistes au long de tout le XX<sup>ème</sup> siècle. Comme le Professeur Fortsakis l'a observé dans le livre consacré au conceptualisme et à l'empirisme, l'interrogation sur la nature et la



portée d'une telle crise concerne la nécessité de remise en question des notions et des synthèses déjà élaborées.

Le fait est que, du moins au cours des 50 dernières années, le droit administratif a connu une évolution permanente et profonde. Nous avons ainsi assisté à l'émergence progressive de nouvelles catégories fondamentales (comme celle de la procédure administrative non-contentieuse) et à la perte de fonctionnalité de certaines autres (comme celle de service public). Dans l'ensemble, les systématisations classiques ont dû être soumises à un réaménagement. L'essence même du droit administratif devient plus floue dans la mesure où la poursuite des intérêts publics est souvent confiée à des personnes morales de droit privé ou à des individus et où cette mission ne s'appuie pas toujours sur la disponibilité de pouvoirs publics. En réfléchissant au cas portugais, je dirais que l'essence du droit administratif réside aujourd'hui, sous l'encadrement constitutionnel, dans une conjugaison de la mission de réalisation des intérêts publics avec la soumission directe de l'activité visant ces buts aux droits fondamentaux et à des principes généraux de droit administratif et avec la soumission aux différentes formes de « *accountability* », inhérentes à l'État de droit démocratique, des organisations titulaires de pouvoirs et de devoirs fonctionnels.

Mais le champ de la recherche qui pourrait à mon sens constituer une priorité pour les administrativistes grecs et portugais consisterait à établir une correspondance entre la crise financière, économique et sociale qui ravage nos pays depuis 2008 et la façon dont nos droits administratifs ont évolué. Dans le cas portugais, il apparaît clairement que l'exécution législative et administrative du *programme d'ajustement économique et financier de 2011/2014* a eu des effets spécifiques sur le droit administratif. Des effets qui ont continué de se faire sentir après la fin de ce programme. En effet, après une « sortie propre » en juin 2014 sans le recours à des mesures de précaution, l'économie portugaise demeure, de l'avis de la Commission européenne, encore vulnérable à de futurs chocs négatifs, tandis que, au plan social, nous subissons de hauts niveaux de chômage et de pauvreté. Pour ces raisons, on ne saurait raisonnablement conclure que, du point de vue matériel, le processus d'ajustement engagé en mai 2011 soit arrivé à son terme. De l'avis de la Commission européenne, la résilience des projections de notre croissance à moyen terme dépendra crucialement de la poursuite d'une discipline budgétaire, de la solidité du secteur financier (encore lourdement endetté vis-à-vis de l'extérieur) et des nouvelles avancées dans le domaine des réformes structurelles.

Or, c'est précisément à propos des réformes structurelles négociées avec l'Union européenne et le Fonds monétaire international qu'il faut se demander si elles se sont traduites uniquement par une accélération de certains des facteurs antérieurs

de changement dans le droit administratif ou par une interruption d'autres de ces facteurs dynamiques ou encore par l'émergence de nouveaux aspects qui vont marquer au cours des années à venir des différences qualitatives entre nos droits administratifs et ceux de pays plus fortunés.

À vrai dire tout cela s'est produit en même temps, créant un champ extrêmement intéressant pour une analyse sous l'égide de la théorie générale du droit administratif.

Disons que nous vivons aujourd'hui, en ce qui concerne le droit administratif, une « crise dans la crise ». À l'évolution compassée que connaissaient nos pays a succédé ces dernières années un torrent de mesures législatives et administratives, souvent peu articulées entre elles et, par conséquent, difficiles à analyser selon une approche systématique. Les crises politiques, sociales et économiques impactent fortement l'ordre juridique. D'une part, elles perturbent la normalité de la vie institutionnelle. D'autre part, elles déclenchent des mouvements saccadés qui débouchent sur de nouvelles solutions, à leur tour vite remises en cause et sacrifiées pour procéder à d'autres expérimentations, si souvent elles aussi de courte durée ou inefficaces.

En l'espace de 40 ans, j'ai vécu deux crises au Portugal, toutes deux porteuses de changements rapides et profonds dans le droit administratif que j'ai étudié et enseigné tout au long de cette période. Ces crises ont des éléments communs : la destruction des paradigmes entourée d'incertitude et d'indéfinition quant aux nouveaux modèles ; le bouleversement du mode de vie de larges pans de la population ; l'intensification du climat de crainte quant à l'avenir collectif et de lutte politique et sociale enflammée ; la perte de légitimité des institutions et de leurs dirigeants, en partie à cause de leurs propres défaillances et de leurs propres perversions, mais aussi dans une large mesure à cause de campagnes médiatiques massives, de la création du chaos dans les espaces publics et de l'intimidation des agents politiques et administratifs.

La période troublée qu'a traversée le Portugal après la révolution démocratique de 1974 fut très intense mais elle dura moins longtemps que nos angoisses actuelles. Dans les années 1974 à 1976, une fois écartées de la scène politique les personnes compromises avec la dictature, la lutte pour le pouvoir et autour du futur modèle politique fut âpre. Les partisans de la démocratie parlementaire durent affronter une tentative d'implantation d'un régime d'inspiration soviétique et les défenseurs d'une expérience du type justicialiste latino-américain soutenue par un secteur gauchiste des Forces Armées. L'élection d'une Assemblée constituante et son maintien jusqu'à l'adoption d'une Constitution ne furent pas choses faciles. À un certain moment, en 1975, le Portugal se retrouva même physiquement divisé entre le nord-centre et le sud et au bord d'une guerre civile. Chemin faisant, toutes

les grandes entreprises (à l'échelle du pays) et une part importante des entreprises de taille moyenne furent nationalisées par l'un des gouvernements provisoires à forte connotation communiste. Après l'adoption de la Constitution et l'élection du premier Parlement, la situation se normalisa peu à peu et le Portugal entama une lente préparation pour son adhésion aux Communautés européennes, qui allait avoir lieu en 1986.

Durant toute cette période, la majeure partie des jeunes professeurs et assistants de la Faculté de Droit de Lisbonne exercèrent des fonctions politiques et jouèrent un rôle actif dans la construction des nouvelles institutions démocratiques. Je fus moi-même Secrétaire d'État au Ministère des Affaires étrangères du dernier gouvernement provisoire et député entre 1976 et 1979. En tant que vice-président du deuxième groupe parlementaire, j'ai participé activement à la préparation du premier ensemble de lois de concrétisation de la nouvelle Constitution en ce qui concerne l'administration de l'État et l'organisation de l'économie. Je fus aussi membre de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Mais, à mesure que la vie politique revenait à la normale, je perdis peu à peu la motivation de participer à une mission historique tandis que grandissait mon impatience à cause du climat d'intrigue et de « lobbying » qui s'accroissait. C'est ainsi qu'en mars 1979 je quittai le parti politique au sein duquel je militais et je suspendis mon mandat de député à l'Assemblée de la République, où je ne retournerais plus, puisque j'allais retrouver avec soulagement l'Université et mon métier d'avocat. Aujourd'hui, au lieu des 37 à 39 ans de l'époque, j'en ai 77 et je suis un simple spectateur. Mais je ne me suis jamais abstenu de chercher à contribuer au progrès des institutions portugaises au moyen de mon travail comme juriste voué au droit public.

Au Portugal, contrairement à ce qui s'est passé dans d'autres pays d'Europe, notamment en Grèce, et même si elle s'est amplifiée avec la crise, la lutte politique n'a pas débordé du cadre des partis politiques déjà existants. Les tentatives de créer de nouveaux partis ou de canaliser la lutte vers un mouvement non-partisan centré sur les grandes manifestations de protestation et sur les grèves dans les secteurs stratégiques, surtout dans les transports publics, n'ont pas changé jusqu'à présent la donne institutionnelle.

Cette année, les Portugais seront appelés aux urnes pour les élections législatives et la grande question qui se pose est de savoir si le principal parti d'opposition – le Parti Socialiste – remportera la majorité absolue. Pour l'instant, les sondages nous disent que ce sera le parti le plus voté mais sans assise parlementaire pour former seul un gouvernement.

Mais plus que la future composition politique du Gouvernement, la question centrale est de savoir quelle pourrait être la nouvelle politique. On voit mal

en effet comment le Portugal pourrait revenir sur ses engagements d'équilibre budgétaire sans entrer en conflit avec l'Union européenne et le Fonds monétaire international, qui sont ses principaux créanciers, et sans perdre en conséquence l'accès aux marchés financiers à des conditions supportables.

Contrairement à ce qui s'est passé dans les années 1970, le pays et l'activité politique ne sont pas guidés par des objectifs clairs de construction de solutions d'avenir, mais par la simple nécessité de tenir des équilibres précaires, obtenus au prix d'un déclin accentué du niveau de vie des classes moyennes et de l'absence de perspectives pour une partie de la population jeune.

De mon point de vue, qui ne fera certainement pas l'unanimité, cet état de chose ne peut pas être surmonté sur un plan national isolé, mais seulement par une révision en profondeur des politiques européennes. Et cette révision ne sera jamais possible si des pays comme l'Irlande, le Portugal, l'Espagne, la France, l'Italie et la Grèce n'arrivent pas à bâtir une stratégie commune, qui passe nommément par une politique de communication publique visant à démonter les préjugés enracinés au sein de l'opinion publique des pays du nord et à démontrer à ces peuples qu'ils ont aussi tout intérêt à trouver des formules qui allient la discipline fiscale aux instruments d'un programme de développement à l'échelle européenne.

Un jour peut-être, proche je l'espère, lorsque la Grèce et le Portugal auront réussi à atteindre un nouveau palier de stabilisation de leurs données macroéconomiques et sociales, nos deux Facultés pourront-elles se retrouver sous l'égide de l'*Organisation Européenne de Droit Public*, afin de procéder à un examen circonstancié des effets de la crise sur nos droits administratifs et, avec le recul, en tirer des conclusions d'un point de vue purement scientifique.

À l'*Université Nationale et Capodistrienne d'Athènes*, à ses professeurs, étudiants et employés et au Peuple Grec en général je souhaite, à cette croisée des chemins, que les choix qui seront faits soient les bons et permettent de voir se dessiner peu à peu un avenir digne de votre grand passé, dont nous sommes tous tributaires en Europe.

## A Critical Analysis on Robert Alexy's Theory of Legal Principles\*

Rúben Ramião

**Abstract:** The central objective of this essay is to demonstrate the main problems concerning Robert Alexy's theory of legal principles. The debate on legal principles has achieved one of the most important scientific constructions on Robert Alexy's work. Principles are one of the main important arguments on disputing legal positivism, once jurists have been using them as "tools" that conduct moral justifications throughout legal practice. At least, this is the interpretation of Robert Alexy's legal philosophy. Stating out as one of the finest legal theorists, Robert Alexy conceives legal principles as norms different in their structure from legal rules. That distinction, among others, allows Robert Alexy to understand the concept of Law as a non-positivist concept.

However, my intent is not to analyse all the points with reference to legal principles, but to elucidate why, in my opinion, Robert Alexy's structural definition of legal principles cannot be accepted. Firstly, I shall try to explain, in a few words, the main foundations of Robert Alexy's theory of Law, as a presupposition of his conception of legal principles; secondly, I will try to demonstrate why his primarily version of the theory of legal principles cannot be supported; thirdly, I will try to explain why the second version of his theory of legal principles is, however, incoherent.

**keywords:** principles; rules; Robert Alexy; norms

**Resumo:** O objectivo central do presente ensaio é demonstrar os problemas essenciais da teoria dos princípios de Robert Alexy. O debate sobre os princípios jurídicos constitui um dos aspectos mais importantes da obra científica de Robert Alexy. Os princípios são um dos argumentos mais importantes na discussão relativa ao positivismo, na medida em que os juristas os têm utilizado como «instrumentos» que representam justificações morais da prática jurídica. Em última instância, é esta a interpretação que é feita da filosofia jurídica de Robert Alexy. Sendo um dos mais brilhantes teóricos do direito, Robert Alexy concebe os princípios jurídicos

---

Rúben Ramião (rubenramiao@sapo.pt)  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

\* Artigo publicado a convite / Article published by invitation

como normas estruturalmente diferentes das regras. E esta distinção permite a Robert Alexy ter uma compreensão não-positivista do Direito. No entanto, o meu objectivo não é analisar todos os aspectos relativos aos princípios jurídicos, mas elucidar que, na minha opinião, a definição estrutural dos princípios de Robert Alexy não pode ser aceite. Primeiro, tentarei explicar, em poucas palavras, as bases da teoria do direito de Robert Alexy, como um pressuposto da sua concepção dos princípios; segundo, tentarei demonstrar a razão pela qual a sua versão original da teoria dos princípios não pode ser defendida; terceiro, tentarei explicar que a sua segunda versão da teoria dos princípios jurídicos é, não obstante, incoerente.

**Palavras-chave:** princípios; regras; Robert Alexy; normas

## **1. ROBERT ALEXY'S THEORY OF LAW (A Non-Positivist concept of Law)**

Robert Alexy is unquestionably one of the most sophisticated legal theorists. His philosophy of Law steams from a critical and refutable perspective of legal positivism as a comprehensive theory about the nature and the concept of Law. Robert Alexy sustains that Law is only understandable if one accept its double nature. Therefore, Law has two dimensions – a factual dimension (or institutional dimension) and a critical (or ideal) dimension. Factual dimension can be decomposed into three elements – legality, coercion, and social efficacy. Critical dimension can be decomposed into one element – a *claim for correctness*. (Alexy 2008, 290).

A factual or institutional dimension signifies that Law is a legal order identifiable from the recognition of its three elements – legality (meaning that Law derives from social sources), coercion (meaning that Law is a system of norms that constrain internal participants to conduct themselves by their legal norms), and social efficacy (meaning that, from an empirical point of view, internal participants accept, at least, the majority of their legal norms, that is to say, they do not disregard most of their legal norms). A critical or ideal dimension implies the acknowledgment of a *claim for correctness*, which determines a conceptual connection between Law and moral judgments. As a result, it is a legal theory that refutes legal positivism.

All legal positivists sustain that there is no necessary connection between Law and morality. This is known as the *separation thesis*. Law, as it is, is not affected by the idea of Law as it ought to be. Moral merits or moral demerits do not support

or impede legal validity, respectively.<sup>1</sup> By the contrary, all non-positivists sustain the *connection thesis*, which consists in denying a non-relation between Law and morality, whether it is a strong denial (exclusive non-positivism), or a weak denial (inclusive non-positivism). (Alexy 2008, 286-290).

Regarding the *claim for correctness*, Robert Alexy identifies two important dimensions which constitute the argument from *claim for correctness*. The first one is the factual dimension. This first dimension requires that legal norms ought to be correctly identified. The second dimension is the ideal dimension of the *claim for correctness's argument*. This second dimension requires that legal norms ought to be correctly applied. Stating that legal orders have a *claim for correctness* supposes that “Law” “seeks” an ideal of identification regarding its social sources, and that legal norms are to be created and applied in order to accomplish a just content and a rational justification.

This means, for example, that a certain judicial decision presupposes a correct identification and interpretation of all norms supporting that specific decision. In addition to this, the content of legal norms, and consequently the content of legal decisions, cannot be deemed unjust. If a legal decision is considered unjust or immoral, it will be defectively (or imperfectly) justifiable. This guides us to a weak connection between Law and morality (or to a qualifying moral thesis). However, if the degree of injustice is deemed insupportable, than legal norms or legal decisions lose their own legal validity. This leads us to a strong connection between Law and morality (or to a classifying moral thesis). Robert Alexy (2008, 287-288) is, for that same reason, an inclusive non-positivist. His theory accepts the classical Radbruch's formula – which claims that *extreme unjust or immoral Law is not Law at all*.

Radbruch's classical formula, accepted by Robert Alexy, implies that Law (or at least the nature of Law) allows legal theorists to explain what Law is, under the argument of what Law ought to be. Therefore, the connection between existent Law and ideal Law refutes the central axiom of legal positivism – which sustains that scientific knowledge of a legal order differs from the philosophical knowledge of a just legal order. (Alexy 2008, 296-297).

Another main idea in Robert Alexy's theory of the nature of Law (that presupposes

---

1 - Robert Alexy's theoretical edifice is supported by the previous philosophical understanding of legal discourse as a special case of general practical discourse. Legal discourse is a special type of general practical discourse because it implies a practical argumentation on individual's conducts. The main difference is that, whereas in general practical discourse individuals argue about their conducts regardless what legal order determines, in legal discourse individuals argue about their conducts with reference to a specific system of permissions, prohibitions and obligations, that is to say, they argue with reference to a specific legal system.

a previous notion of the concept of Law) concerns to internal and external comprehension of a legal system. In his view, in order to fully understand a legal system, one needs to apprehend two types of perspectives. The external perspective (which implies an external observer's perspective) allows legal scientists to describe a concrete legal application of norms in a concrete legal system. The internal perspective (which implies an internal participant's perspective) enables legal scientists to comprehend how legal norms of a specific system ought to be correctly interpreted and applied.

Finally, his theory of legal principles (a requirement of a constitutional and democratic State of Law) is the ultimate component of his refusal to accept legal positivism. This thesis, in order to make sense, supposes a preceding distinction – the distinction between legal principles and legal rules. The purpose of this paper is to analyse Robert Alexy's distinction between principles and rules.

## 2. PRINCIPLES AS OPTIMIZATION MANDATES (The First Version of Robert Alexy's Theory)

In the first version of his theory, Robert Alexy conceives legal principles as optimization mandates, or should I say optimization requirements. Legal principles order that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities. Therefore, legal principles are satisfied in varying degrees, which depend upon factual and legal possibilities. The range of legal possibilities is the result of conflicts between principles and rules.

On the contrary, rules are norms which determine that something be realized in a fulfilled or not fulfilled matter. That is, rules put forward a rigid legal obedience, whereas principles established a "more or less" type of obedience, meaning that the distinction between principles and rules is a qualitative one, and not a mere distinction of degree. A norm is either a principle or a rule.<sup>2</sup> (Alexy 2010, 48).

Principles are consequently *prima facie* commands, instead of definitive commands like rules. A *prima facie* command is a valid normative mandate which permits its own restriction. Some theorists claim that legal *prima facie* commands are not subject to the *normal* legal logic. *Normal* legal logic teaches us that whenever the antecedent of a norm is fulfilled, that same legal norm produces its own normative effect. However, with *prima facie* commands, normative effects are only produced if there are no contradictory reasons (conflicting principles, conflicting rules,

---

2 - This thesis is known as the *Exklusionstheorem*, meaning a theory of exclusionary identification. This is a central axiom in Robert Alexy's conception. (Bäcker 2011, 57).



or factual circumstances) that exclude the *prima facie* command's application. (Weinberger 1999, 239-251).

This structural difference leads principles to a specific type of conflict whenever they collide with each other. This specific type of conflict occurs because principles are *prima facie* commands. Therefore, each principle can be excluded whenever reasons for the exclusion emerge. These concrete reasons, that can lead a principle to its own exclusion, are given by the process that solves the conflict. That process is named balancing. Balancing is a legal method that allows legal practitioners to solve conflicts between legal principles. These specific conflicts – that is to say, the specific type of legal conflicts between principles – are subject to Robert Alexy's Law of collision (*Kollisionsgesetz*). Formal Law of collision sets forth that whenever legal principles collide with each other, legal practitioners are led to a specific method of resolution – the balancing method. The balancing method is a necessary consequence of the structure of legal principles. As principles have an optimization nature, none of them can be deemed to be invalid when involved in a collision with other principles. Conflicting legal principles also do not admit any legal exceptions introduced as a method of solving the collision.

Balancing legal principles signifies that all factual conditions or circumstances embraced by conflicting principles must be analysed in order to establish the prior conditions that determine the prevalence of one conflicting principle. Prior conditions are encompassed in the content of the rule's antecedent derived from the balancing process. *For this rule, the prevailing principle consists in its rational justification.* In addition to this, the Law of collision expresses the fact that prior conditions, extracted from conflicts between legal principles, only guide jurists to relative solutions or conditional results. Prior conditions are relative, not absolute, which means that they do not solve legal conflicts between principles in a universal manner. Instead, prior conditions allow jurists to solve conflicts between principles in a particular manner.<sup>3</sup> (Alexy 2000, 297).

---

3 - Another central aspect in his theory is the description of his formal Law of balancing (*Abwägungsgesetz*). Once legal theorists recognize a specific optimization structure concerning the nature of legal principles, they will also recognize a technical principle (which, in fact, is a technical rule) that allows solving conflicts between principles. This formal principle, or rule, is the principle of proportionality. The conceptual theory of legal principles, as optimization mandates, implies a theory of the principle of proportionality as a technical rule that enables solving conflicts between legal principles. The recognition of the principle of proportionality is a consequence of the principle's optimization nature. It can be deduced from it (Robert Alexy 2010, 66). The principle of proportionality includes three sub-principles – suitability, necessity, and proportionality in narrow sense. Whenever two principles collide, one must decide which principle prevails. If one of the two principles prevails over the other, that means that the defeated principle will be restricted. The rule

On the other hand, legal rules have a different applying methodology. Whenever two rules conflict, legal practitioners solve such conflict by deeming one rule invalid (using methodological legal norms like “*lex posterior derogat legi priori*” or “*lex superior derogat legi inferiori*”; or by introducing a legal exception to one of the conflicting rules. Therefore, rules are subject to subsumption method, while principles are subjected to balancing method.<sup>4</sup> Whereas subsumption is connected to the notion of legal rules, balancing is connected to the notion of legal principles. (Poscher 2009, 438).

In addition to all of these, it must be said that for Robert Alexy, a theory of principles has an important role in the construction and protection of constitutional rights in a democratic State of Law. Once one accepts that balancing is needed in order to solve conflicts between legal principles, consequently the principle of proportionality shall be applied in order to realize the balancing method.<sup>5</sup> Therefore, the principle of proportionality (with its three elements – suitability,

---

that contains the prior conditions, which allow solving the conflict, is a restrictive norm concerning to the excluded principle. Since legal principles have an optimization structure, they ought to be fulfilled to the greatest extent possible. If all principles ought to be fulfilled to the greatest extent possible, given factual and legal possibilities, then, each principle’s restriction must not exceed what is necessary to satisfy the prior conditions of the prevailing principle. To achieve this stage of minimum constraint, it is necessary to apply the principle of proportionality. This principle implies, as stated before, three steps. The first one is suitability. Suitability means that restrictions have to be deemed appropriate to fulfil the objective proposed – that is to say, the restrictions shall be apt to realize the prior conditions of the prevailing principle. The second step is necessity. It signifies that the pursuit of the goal shall be accomplished by using the least intrusive means. Finally, the third step is proportionality in *narrow sense*. Proportionality in *narrow sense* means that the more severe is the restriction, the more important must be the interests supported by the prevailing principle.

The principle of proportionality permits the fulfilment of legal principles. Suitability and necessity *realize* principles in a factual dimension (Pareto-optimality) while proportionality in *narrow sense* *realizes* principles in a legal dimension.

The criterion of Pareto-optimality determines which solutions are best among all solutions that are, in fact, possible. In its original version, Pareto-optimality classifies as optimal solutions those to which there is any alternative better for someone, that does not cause any disadvantage to someone else’s. (Sieckmann 2010, 103).

4 - In Robert Alexy’s theoretical comprehension, balancing is structurally defined by arithmetic formulas, whereas subsumption is developed by logical and deductive reasoning. Nevertheless, both legal methods of argumentation are dependent upon previous judgements made by legal practitioners. (Alexy 2003, 433-448).

5 - In order to solve conflicts between legal principles, Robert Alexy sustains that legal practitioners use external arguments, that is to say, moral arguments with the purpose of fulfilling collision and balancing Laws. Once these formal and moral arguments are necessary to complete the rational and legal discourse, they consequently establish a connection involving Law and morality. Robert Alexy uses this theoretical construction to refute legal positivism.

necessity, and proportionality in narrow sense) allows legal theorists to detect an expandable (optimization) nature to the content of legal principles – which are the fundamental rights. This allows, on the one hand, to maximize fundamental right's effects; on the other hand, such a theory of principles conducts a legal system to constraint at the greatest level possible all fundamental restrictions, thus maximizing constitutional (fundamental) legal protection.

Now, I shall try to explain the reasons why, in my opinion, this first version of Robert Alexy's theory of legal principles (presupposing a distinction between principles and rules) cannot be accepted.

Robert Alexy's theory of legal principles supposes that principles and rules are structurally different types of legal norms. Therefore, his distinction is a qualitative one. However, if legal principles differ from legal rules, and if the distinction between them is structural, then legal principles must have some specific peculiarity which supports the distinction. Nevertheless, nothing in Robert Alexy's theory explains, or even identifies that supposedly peculiarity of legal principles. The difference is based only upon the behaviour of principles in the legal systems. Robert Alexy's theory of principles, as Ralf Poscher (2009, 440) argues, is merely an attempt to extrapolate a conceptual and structural definition of legal principles, as a specific type of norms, from two of the many methods used by jurists in legal practice – application by subsumption and application by balancing reasons and interests – to create a distinction between norms and not between legal techniques. So, for that reason, his model is rather a behavioural theory about principles than a structural one.

Another assumption made by Robert Alexy is that principle's collisions have a proper mechanism to solve these same collisions. This mechanism is called balancing. Balancing legal principles is a consequence of legal principle's structure, meaning that, once principles are optimization mandates, they constraint legal practitioners to use legal balancing in order to solve conflicts between them. If principles conduct legal practitioners to a specific mechanism, in legal reasoning, then, it would not be possible to identify this mechanism whilst legal practitioners apply legal rules in the process of deciding concrete cases. Balancing could only occur when principles collide, forcing legal practitioners to solve the collision.

However, this idea is a misleading interpretation of legal practice and legal reasoning. Robert Alexy disregards that jurists use the balancing method since mankind started applying legal norms. Balancing could be identified when legal practitioners, for example, use teleological or systematic reasoning within legal interpretations. For instance, legal practitioners may balance legal or factual reasons whenever they try to understand how a legal norm interferes with others, and when they try to understand how the pursuit of goals by such legal

norms determines their interpretation. Robert Alexy's theory of legal balancing does not explain what truly differs balancing from those two elements of legal interpretation. As a result, and using his own example, schoolchildren could *recognize* their right to continue in the room after the ringing of the bell, not because of the introduction of an exception to the rule that imposes leaving the room after the ringing of the bell, supported by the eventual risks for health if such rule is obeyed, but rather as a consequence of a process of balancing that optimizes health and life protection.

If Robert Alexy's model were correct, only principle's collisions (and not rule's collisions) could lead legal practitioners to legal balancing. However, it is possible to conceive examples of rule's collisions that lead legal practitioners to legal balancing. For example, when two rules are hierarchically identical, both being general rules, and none of them are considered subsequent in their legal relation (that is to say, in their legal force), once they collide, the only method able to solve the collision is legal balancing. In such scenarios, legal practitioners cannot apply the traditional methodological legal rules like "*lex posterior derogat legi priori*" or "*lex superior derogat legi inferiori*". How can they solve the conflict? The answer seems to be relatively simple, even though ignored by Robert Alexy: they use legal balancing.<sup>6</sup> And they use it, because in those types of legal conflicts, not always legal practitioners can determine the invalidity of one of the norms, or introduce an exception to one of them.<sup>7</sup>

This permits understanding that, what really lead legal practitioners to legal balancing are not legal norms, in spite of being principles or rules, but the facts regulated by norms and the political reasons supporting legal regulation (meaning, the reasons that explain why something is permitted, prohibited, or imposed). (Poscher 2009, 439; Ferrajoli 2012, 53).<sup>8</sup>

---

6 - Some authors plainly accept the possibility of rule's collisions that lead necessarily to legal balancing. With good practical examples, see, f. e., in their recent essays, Duarte (2010, 51-62) and Brozek (2012, 224).

7 - The introduction of an exception to a legal rule or the determination of invalidity of one rule could be a result of a previous balancing operation, which forces us to accept balancing method in solving rule's collisions.

8 - Even the necessity of previous conflicts between norms as a presupposition of legal balancing is dubious. For instance, when legal practitioners have to apply a legal norm, for example, a norm from the Penal Code which imposes a sanction for a specific criminal act, within a minimum five year penalty to a maximum ten year penalty, they often use the balancing method when they try to understand what the most effective and most adequate sanction is, in order to establish a concrete penalty for a convicted criminal. Determining whether a criminal should be punished with a five year incarcerated penalty or a ten year incarcerated penalty involves a balancing reasoning. And yet, there is no conflict with other norms.

Since legal practitioners make use of balancing to solve the collision of rules, balancing itself is not a specific method used by legal practitioners to solve the collision of principles. Once legal balancing is not a specific method used for solving the collision of principles, then legal balancing is not a consequence of the structure of legal principles. Therefore, the argument sustained by Robert Alexy, according to which legal practitioners use moral arguments in order to fulfil collision and balancing Laws, connecting Law and morality, is not a specific argument deduced from the nature of legal principles. Balancing is present in solving the collision of principles as that of rules, which making the idea that principles (by leading legal practitioners to legal balancing, and consequently to external moral arguments) connect Law with morality a fragile argument against legal positivism.

Robert Alexy claims that the possibility of determining the invalidity of rules is a characteristic present only in solving the collision of rules. In order to conceive a collision of norms one must assume that both norms are equally valid. If one argues that a collision of norms is a legal situation where two or more norms asset forth different legal solutions, and consequently one must choose between one of the legal solutions, then we are presupposing that both norms are valid, that is, that both norms have binding force. An invalid norm cannot collide with a valid norm, as in the same sense that a non-norm cannot collide with an existent norm. Assuming that legal existence corresponds to binding force, all legal norms have to be valid, a previous and necessary condition that permits and sustains the identification of a legal conflict. (*The nothing cannot collide with the something*). If so, the concept of legal invalidity used by Robert Alexy is not a theoretical one. It is rather a methodological and political concept. In this sense, legal invalidity means that in some cases, legal practitioners want to exclude a legal norm that collides with others because they considerer that norm to be an unjust or immoral one. These political decisions made primarily by judges are conceivable in principle's collisions. For that reason, Robert Alexy's argument is unacceptable. His theory of legal principles also sustains that principles are considered to be reasons for legal rules. If legal principles are optimization mandates which determine that something ought to be realized to the greatest extent possible (both factually and legally possible), then legal systems are comprised only by principles. A rule is, in fact, a simple and concrete decision about the prevalence of a principle, which contains reasons that legal practitioners considered more important in comparison to the ones contained by the pretermitted colliding principle. Therefore, principles would be, truly, the only normative standards of a legal order. However, this assumption leads us to an absurd conclusion – if principles are the only legal standards, there is no point in distinguishing principles from rules.

Finally, Robert Alexy's theory disregards an important fact. In some cases, for example, when legal practitioners need to fill legal gaps, they often use a well known legal method – the analogy method. When legal practitioners use analogy, they apply a legal norm to a case that was not included in that norm's antecedent. Since one cannot previously determine whenever a norm will be applied under the analogy method, one must accept the fact that all legal norms – including rules – can potentially be applied by such method. Once we assume that statement as a valid one, we recognize that all norms can be a *prima facie* ought, because the possibility of being applied under the analogy method prevents legal norms from having a definitive regulation. Therefore, this supposition allows us to refute the contraposition between *prima facie* ought and definitive ought, that supports Robert Alexy's distinction between principles and rules.

### **3. PRINCIPLES AS MANDATES TO BE OPTIMIZED (The Second Version of Robert Alexy's Theory of Legal Principles)**

The second version of Robert Alexy's theory of principles was a consequence of several critical considerations made by a few authors. Aulis Aarnio was one of them. In his opinion, legal principles cannot be considered as optimization mandates. Legal principles determine an ideal state of affairs to be realized. A statement about the optimization nature of principles corresponds to a description of a rule of optimization. This so called rule of optimization establishes that legal principles ought to be optimized in order to accomplished principle's ideal of a specific state of affairs.<sup>9</sup> This signifies that optimization rules can be obeyed or

---

9 - This led some literature to sustain that legal principles are norms which impose the achievement of a specific state of affairs, while rules prescribe a means to an end, that is to say, a conduct in order to accomplish a specific state of affairs.

If a legal norm imposes that X ought to be, and if X contains necessarily the effect Y, then prescribing X is equivalent to prescribing the realization of the effect contained in X – that is, the effect Y. If the effect Y signifies the achievement of a state of affairs, then the effect Y is the goal set forth by the imposition of X. When a legal norm imposes a specific end – the end Y –, that legal norm seeks the realization of a specific state of affairs. If many conducts are able to accomplish that same state of affairs, then every one of those same conducts are considered to be permitted by that same legal norm. Therefore, the effect X, stipulated by a legal norm as a specific state of affairs, is equivalent to all conducts which allow the accomplishment of that same state of affairs. This means that the distinction based on the idea that some legal norms prescribe objectives while other legal norms prescribe means to an end is a misunderstanding theory of the real norm's material content. While in a legal norm which prescribes an end, all the conducts that allow the realization of the norm are permitted, in a legal norm which does not prescribe a goal are some conducts only permitted, *i. e.*,

disobeyed. Therefore, principles can either be optimised or not. For this same reason, legal principles are not optimization mandates, but rather norms to be optimized. This aspect is very important because it led Aulis Aarnio to claim that optimization commands are, in fact, rules – that is, technical norms which discipline the use of legal principles. The notion of optimization command is, in this conception, something external concerning to the idea of legal principles. (Aarnio 1997, 63-64).

Robert Alexy has reformulated his own theory with the purpose of responding to his critics. This reformulation edified the second version of Robert Alexy's theory of legal principles. Instead of being optimization mandates, principles, in this second version, are commands to be optimized. Therefore, they are included in an object's level of optimization. Principles are the object of optimization. How principles ought to be applied is determined by the meta-level rules – the rules of optimization. Legal principles, as an object of optimization, may be or not optimized, making the realization of principles a gradual realization. By the contrary, meta-level rules of optimization are observed in an all-or-nothing fashion. (Alexy 2000, 300).

However, Robert Alexy concludes that his theoretical reformulation does not refute his previous conceptualization of legal principles. On the contrary, it only confirms that legal principles are subjected to an idea of optimization, as they consist in ideal oughts to be realized to the greatest extent possible. Whereas in Robert Alexy's first version of the theory of legal principles, the notion of optimization command consisted in a statement about the structure of legal principles, in this second version the notion of optimization command is a structural statement about the nature of legal principles. (Alexy 2000, 301).

Nevertheless, I shall try to explain the reasons why this second version is also unacceptable. First of all, if legal principles are optimized because the existence of a rule of optimization, then either optimization characteristic is a structural feature of principles, or it is a consequence of the existence of an optimizing meta-level rule. If we follow the first assumption, we will conclude that a principle is the composition of two norms – a principle (the object of optimization) and a rule (the optimizing standard). If so, nothing permits us to distinguish between principles and rules. This first assumption, clearly excludes the possibility of extracting any logical sense from Robert Alexy's theory.

---

those conducts specifically identified within that norm's normative sense.

This signifies that this distinction is a quantitative one, and not a qualitative one. Principles would be norms which permitted more conducts comparatively to rules. Therefore, a legal principle cannot be defined as a norm seeking an ideal ought, because this concept is a qualitative notion on the nature of principles.

Nonetheless, the author sustains that the optimization command is a structural idea concerning legal principles. He seems to choose the second assumption – that is, a principle is a command to be optimized by a meta-level rule. If a legal principle is a norm to be optimized because the existence of a meta-level rule, then nothing distinguishes the norm object of optimization from all the norms of the legal system, at least at the first level. If it is the meta-level rule that provides principles with their optimization force, then what really should be analysed are these meta-level rules. Principles would not be any specific type of legal norms, but instead, they would be a simple projection of meta-level rule's effects.

If we accept that meta-level rules determine principle's optimization, and if we accept that principles are a distinctive type of norms (distinctive from rules), for these suppositions to be true, we necessarily have to consider the possibility of the existence of meta-level rules that determine non-optimization mandates, that is to say, meta-level rules establishing that some legal norms ought to be applied in a definitive and non-optimizing manner. If we assume that two objects are different, we necessarily need to suppose that they have dissimilar characteristics. In order to argue that meta-level rules optimize principles, that principles differ from rules, and that this distinction is based upon the non-optimizing feature of legal rules, it is essential that we suppose that rules are, therefore, the object of a non-optimizing type of meta-level rules. If so, there is, consequently only a possible norm's distinction – the distinction between optimizing meta-level rules and non-optimizing meta-level rules.

The legal content of a norm derives from its formal structure. Robert Alexy's theory, which sustains that legal principles are optimized because they are the object of an optimization meta-level rule, removes the legal sense of the optimizing ought from the meta-level rule, and not from the principle itself. That is to say: "*something ought to be realized to the greatest extent, factually and legally possible, because something determines that something ought to be realized to the greatest extent, factually and legally possible*". Therefore, principles are just the material content of the optimizing meta-level rules. Principles are not autonomous legal norms, but the object of other legal norms. If legal principles are the material content of the optimization's meta-level rules, then the meta-level rules lose their own object – that is, principles cease to be the object of the meta-level rules, because they form the material content of those same meta-level rules in an internal way, and not in an external way, as it is presupposed by Robert Alexy. If the meta-level rules lose their own normative object, they are either norms without content or simply non-norms at all. Once a norm needs an object to be considered a norm, the optimization meta-level rule necessarily has to have some kind of material content. If we accept that principles are the material content of these meta-level rules, what meta-level



rules of optimization determine is the legal effects contained in principles. If these norms project the effects of principles, they do not establish anything beyond what legal principles have already established. For that same reason, meta-level rules of optimization cease to have their supposedly specific characteristic – that is, the optimization sense. If meta-level rules of optimization cease to have their optimization sense, they establish something in the same manner that of the remaining legal norms. Therefore, they cannot be considered a different type of legal norms, which invalidates Robert Alexy's conception.

Another mistake made by Robert Alexy is his supposition that an optimization mandate requires a command to be optimized. An optimization command requires that something be optimized, but that something does not need necessarily to be a command, that is to say, a normative object. (Poscher 2009, 436). Everything can be optimized, health, safety, happiness, etc. Nothing in Robert Alexy's theory supports that the object of the optimization command have to be a normative object, like the supposed command to be optimized. The object of optimization could simply be the object of the command to be optimized, and not the command itself. (Poscher 2009, 437).

Instead of conceiving optimization mandates as principles, some theorists conceive them as norms about the usage of legal principles. This is Aulis Aarnio's position. Nonetheless, this position is unacceptable. If optimization commands are norms about the usage of legal principles, they are mere propositions about principles, that is to say, scientific propositions about principles. A normative (scientific) proposition is a statement that describes a legal norm. Therefore, norms are the object of normative statements. So, for that same reason, a norm cannot be a norm and, simultaneously, a statement about itself. If optimization commands are mere descriptions about the usage of legal principles, they limit themselves to explaining what principles are, and how principles should (scientifically) be applied, and not how principles ought to be (legally) applied.

Another problem regarding Robert Alexy's theory concerns to optimization mandate's own logical sense. Robert Alexy characterizes an optimization mandate (whether it is a principle, in his first version of the theory of legal principles, or a meta-level rule, in his second version of the theory of legal principles) as a command that ought to be fulfilled to the greatest extent factually and legally possible. This statement is, in my opinion, by itself, a mere tautology. Whenever a norm is applied, it is always applied to the greatest extent possible, regardless it is a principle or a rule. I will try to clarify my point with a simple example:

Let us imagine that we are interviewing a football's fan. We ask him what his expectations are for this year's Champions League season, concerning his football

club's performance. He, like many other football's fans, will tell us that he wants his team to go as far as possible in the competition.

What does his answer really mean? The truth is that his answer is meaningless. And why? Because, apart from his team winning the competition, or not going through the first phase (the group stage), it is possible to say that his team has gone as far as it could go. If his team loses the competition, it does so because the empirical conditions that allowed winning were not fulfilled. On the contrary, if his team wins the competition, it does so because the empirical conditions that allowed winning were fulfilled. Those empirical conditions could be the players' quality, players' honesty, or referees' competence to judge complex and decisive moments, for example, judging an offside.

In order to accept that his answer makes any logical sense, we need to remove from it an implicit ought, for example, going as far as possible could signify a moral obligation of his team to win all games played against less quality adversaries. Since an obligation is always subjected to the empirical conditions that allow its obedience, we can always claim that an obligation was obeyed to the greatest extent possible.

This happens, in the same sense, with legal norms. Claiming that a norm, for instance a principle, ought to be applied to the greatest extent possible is meaningless. A norm can only be applied if the empirical conditions permit the norm's applicability. One of these conditions is the "willable element", that is to say, the dependency upon judges' will to obey and apply legal norms. This particular element is an essential condition in Law's application. Once the will of judges is decisive on applying legal norms, all norms of the system are subjected to this previous "will" condition. As a result, all legal norms are applied to the greatest extent possible, as the will of judges is the most important condition that makes possible the application of Law. When a legal norm, whether it is a principle or a rule, is applied, it is so because it was possible to apply that same legal norm, possible in the sense that judges' will permitted that same application. In this sense, the concept of optimization command is an empty concept, or a tautological one.

It is an empty concept, if we try to understand it from a scientific (legal) point of view. Only if we adopt a political analysis, we are able to fulfil the concept of optimization command. In this political sense, optimization command signifies that a legal norm has an important content which should be applied in all concrete cases, for example, the principle of human dignity, or the principle of human freedom.

When legal practitioners discuss about legal possibilities concerning Law's application, they argue on the empirical (factual) conditions that allow Law to be applied. A legal possibility does not belong to the normative dimension. It belongs to the factual dimension, that is to say, the dimension that makes possible Law's application.<sup>10</sup>

## CONCLUSION

For all the reasons I have tried to demonstrate, Robert Alexy's theory of legal principles presents itself as an incoherent theory. My purpose was not to analyse all his conception of the theory of legal principles, as one of his strongest arguments against legal positivism. As a legal positivist, I refute his theoretical conception. However, in this article, my intent was only to put forward an explanation on the reasons why his distinction between principles and rules is unacceptable. This distinction is a previous conception from which Robert Alexy sustains the connection between Law and morality. Nevertheless, once his theoretical distinction is refuted, *all his legal theory results less defensible*.

## BIBLIOGRAPHY

- Aarnio, Aulis. 1997. Las Reglas en Serio. In *La Normatividad del Derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 17-35.
- Aarnio, Aulis. 1997. *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic of Legal Dogmatics*. Cambridge: Ashgate.
- Alexy, Robert. 2000. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris* 13: 294-304.
- Alexy, Robert. 2003. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris* 16: 131-140.
- Alexy, Robert. 2008. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris* 21: 281-299.
- Alexy, Robert. 2010. *A Theory of Constitutional Rights*. Translated by Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press.
- Bäcker, Carsten. 2011. Regras, Princípios e Derrotabilidade. Translated by Tiago Lopes Mosci. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 102: 55-82.
- Brożek, Bartosz. 2012. Legal Rules and Principles: A Theory Revisited. *i-lex* 17: 205-226.
- Duarte, David. 2010. Normative Conditions of Balancing. Drawing Up the Boundaries of Normative Conflicts that Lead to Balances. In *Legal Reasoning: The Methods of Balancing*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, Nomos, 51-62.
- Ferrajoli, Luigi. 2012. Constitucionalismo principialista e Constitucionalismo Garantista. In *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) Constitucionalismo. Um Debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 13-56.
- Poscher, Ralf. 2009. Insight, Errors and Self-Misconceptions on the Theory of Principles. *Ratio Juris* 22: 425-454.
- Sieckmann, Jan. 2010. Balancing, Optimization, and Alexy's "Weight Formula". In *Legal Reasoning: The Methods of Balancing*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, Nomos, 101-118.
- Weinberger, Ota. 1999. Prima Facie Ought. A Logical and Methodological Enquiry. *Ratio Juris* 12.

---

10 - For that same reason, legal principles like legal rules project their effects in a closed or definitive way, because, once the empirical conditions are fulfilled, the projection of legal effects is made in an absolute manner, not gradual. (Aarnio 1997, 33).



**FACULDADE DE DIREITO**  
UNIVERSIDADE DE LISBOA





- 
- Editorial**  
**05-08** Nota do Diretor
- 
- Francisco Noronha**  
**09-26** Os instrumentos de ordenamento do espaço marítimo e os conflitos de usos ou atividades na nova Lei de Bases da Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional
- 
- Luís Heleno Terrinha**  
**27-53** The under-complexity of social rights
- 
- Miguel Nogueira de Brito**  
**55-67** Miguel Galvão Teles, Filósofo do Direito
- 
- Paula de Castro Silveira**  
**69-91** Arctic Sunrise V. Russia: The Not So “Hot” Pursuit
- 
- Pedro Fernández Sánchez**  
**93-110** Breve Nota sobre uma Inovação na Jurisprudência Constitucional Portuguesa: Entre o Fortalecimento da Tutela dos Direitos, Liberdades da Garantia de um Mínimo Existencial
- 
- Ronaldo Souza Borges**  
**111-147** O nexó de causalidade na responsabilidade civil ambiental: O critério do risco como base de imputação de danos
- 
- João Espírito Santo**  
**149-167** The single shareholder company of the Mozambican Commercial Law
- 
- José Manuel Sérvulo Correia**  
**169-180** La Formation d’une Tradition Juridique Administrative Commune aux Etats de l’Europe Démocratique: L’Exemple Gréco-Portugais
- 
- Ruben Ramião**  
**181-195** A Critical Analysis on Robert Alexy’s Theory of Legal Principles