

**Comentário ao Acórdão n.º 123/2021, de 15 de
Março (*Eutanásia*)**

**Commentary on Judgement no. 123/2021, dated
15th March (*Euthanasia*)**

Luís Pereira Coutinho

Vol. 10 No. 2
novembro 2023
e-publica.pt

ISSN 2183-184x

Com o apoio de:

fct Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

**COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO N.º 123/2021, DE 15 DE MARÇO
(EUTANÁSIA)**

COMMENTARY ON JUDGEMENT NO. 123/2021, DATED 15TH MARCH
(EUTHANASIA)

LUÍS PEREIRA COUTINHO

Professor Associado da Faculdade de Direito de Lisboa
Investigador do Lisbon Public Law Research Centre
lpcoutinho@fd.ulisboa.pt

Resumo: O Acórdão n.º 123/2021, de 15 de Março (*Eutanásia*) refere à dimensão objetiva dos direitos fundamentais um sentido restritivo da respetiva dimensão subjetiva, o que é muito problemático. Ainda mais problemática é a radicação do Tribunal Constitucional, a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, em pressupostos de filosofia moral que são fortemente discutidos num contexto de pluralismo mundivisional. A redução teleológica da inviolabilidade da vida humana feita pelo Tribunal não se pode, pois, sustentar-se nesses termos. Não seria também admissível a radicação do Tribunal num pretenso "direito constitucional comum europeu".

Palavras-chave: dimensão objetiva dos direitos fundamentais; princípio da dignidade da pessoa humana; redução teleológica; direito constitucional comum europeu.

Abstract: Judgement No. 123/2021, dated 15th March (Euthanasia), endows the objective dimension of fundamental rights with a restrictive effect on their own subjective dimension, an understanding which poses significant challenges. Even more problematic is the Constitutional Court's grounding, concerning the principle of human dignity, in presuppositions of moral philosophy that are vigorously debated in a pluralist context. The teleological reduction of the inviolability of human life as determined by the Court cannot, therefore, be sustained in these terms. Equally inadmissible would be the grounding of the Court in a purported "European common constitutional law."

Keywords: Objective dimension of fundamental rights; principle of human dignity; teleological reduction; European common constitutional law.

1.

Estabelece o artigo 24.º, n.º 1, da Constituição que “a vida humana é inviolável”. À primeira vista, estamos perante uma regra traduzida na proibição categórica de atos de terceiros que ponham termo à vida de qualquer pessoa, mesmo que a pedido desta última. Na mesma medida, e tendo em conta a dimensão objetiva do correspondente direito fundamental, recairão sobre o Estado deveres de proteção da vida humana, entre os quais avultam o traduzido na emissão de normas penais que sancionem adequadamente os referidos atos, todos eles, se atentarmos no caráter categórico do comando. No entanto, no aresto em epígrafe, o Tribunal Constitucional concluiu noutro sentido, entendendo que à inviolabilidade da vida enquanto direito subjetivo não corresponde um dever de criminalização da eutanásia em todas e quaisquer circunstâncias. Com efeito, e ainda que reconheça tratar-se o direito à vida de um “direito absoluto”, entendeu o Tribunal que não se pode falar de uma sua dimensão objetiva integralmente correspondente à dita proibição categórica.¹

Temos dúvidas quanto à dissociação assim feita do alcance das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais – uma dissociação em cujos termos a um direito subjetivo insuscetível de relativização (um “direito absoluto”) podem corresponder deveres objetivos de proteção a cargo do Estado suscetíveis, esses sim, de serem relativizados no âmbito de “compromissos e concordâncias práticas”. Com efeito, tememos que o resultado dessa dissociação se traduza em permitir que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais corra contra a sua dimensão subjetiva. Nesse caso, e muito paradoxalmente, uma dimensão dos direitos fundamentais jurisprudencial e doutrinariamente concebida com o propósito de lhes conferir uma garantia mais efetiva [que se estende para além do seu âmbito ou recorte “subjetivável”, traduzindo-se em deveres “não relacionais” (Alexy, 1995: 262 ss.)] converter-se-á num instrumento apto a atribuir-lhes uma garantia menos ampla que a pretendida pela Constituição.

A duvidosa construção de teoria dos direitos fundamentais adotada pelo Tribunal Constitucional não nos deve fazer perder de vista o essencial. E o essencial é que o Tribunal admitiu uma redução do âmbito da garantia constitucional da vida humana. Tal redução foi justificada no respeito que se considera ser devido ao “núcleo de autonomia inerente à dignidade de cada um, enquanto sujeito, ou seja, um ser autodeterminado e autorresponsável”. Segundo o Tribunal, é a “autonomia individual da pessoa em sofrimento” que pode admitir situações “rigorosamente disciplinadas” de “acesso à morte medicamente assistida”, assim desde que se verifiquem “garantias

¹ Nos termos do Tribunal, o direito à vida, “para além da sua dimensão subjetiva – «o direito de não ser morto, de não ser privado da vida» –, tem associado um «conteúdo objetivo da proteção do bem da vida humana [que] implica, de forma incontornável, o reconhecimento do *dever de proteção* do direito à vida, quer quanto ao conteúdo e extensão, quer quanto às formas e meios de efetivação desse dever» (...). Ora, é no plano da atuação deste dever – que é de *promoção e proteção* – nos diversos domínios do agir humano que frequentemente surge a necessidade de compromissos e de concordâncias práticas justificativa de margens de liberdade de conformação legislativa mais ou menos amplas (...). A eutanásia e o suicídio medicamente assistido são dois campos problemáticos em que tal tensão se torna particularmente visível e aguda”.

procedimentais robustas e adequadas a salvaguardar a liberdade e o esclarecimento do paciente e, outrossim, a assegurarem o controlo da verificação concreta dos casos previstos”.

Note-se que, para além desta justificação, o Tribunal foi notoriamente obscuro quanto aos exatos parâmetros metódicos em cujo âmbito recorta negativamente o âmbito de proteção do direito à vida. Com efeito, o Tribunal referiu-se, ora à “necessidade de compromissos e de concordâncias práticas”, ora à necessária “consideração de fatores de ponderação que permitam dar resposta, na projeção [da inviolabilidade da vida humana], a circunstâncias especiais (...) que devam ser efetivamente consideradas em contextos consistentemente desafiantes em que os pressupostos da absolutização (...) são testados ao limite, exigindo respostas nem sempre acomodáveis à projeção de uma rigidez levada ao paroxismo”.

Mas não nos concentrando no caráter pouco esclarecedor do arrazoado do Tribunal em sede jurídico-metódica, cremos que, ao recusar-se tal “rigidez”, o que na verdade esteve em causa foi a redução teleológica de uma regra constitucional. A redução teleológica, recorde-se, é tradicionalmente definida como aplicável àqueles casos em que se verifique uma “lacuna oculta”, isto é, em que “uma regra legal, contra o seu sentido literal, mas de acordo com a teleologia imanente à lei, precisa de uma restrição que não está contida no texto legal”. Assim, através da redução teleológica, uma “regra contida na lei, concebida demasiado amplamente segundo o seu sentido literal, reconduz-se e é reduzida ao âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação”. Integrar-se-á assim a dita “lacuna oculta”, “acrescentando-se a restrição que é requerida em conformidade com o sentido”².

Com efeito, ao concluir que a regra “a vida humana é inviolável” não inibe o legislador de prever a “colaboração voluntária de terceiros em vista da prática ou ajuda à prática do ato de antecipação da morte”, o Tribunal terá raciocinado precisamente nestes termos. Explicitou-o quando afirmou que um entendimento “rígido” – em que o direito à vida se transfiguraria num “dever de viver em quaisquer circunstâncias” – redundaria num “esmagamento da autonomia de cada ser humano” que não se pode ter como pretendido pela Constituição. Ou seja, reconduzindo-se aqui a teleologia imanente à Constituição à garantia da vida *não destituída de autonomia para morrer* (esta última necessariamente garantida em “circunstâncias especiais” pela colaboração de quem mata), considerou-se imprescindível que uma exceção fosse acrescentada à regra “a vida humana é inviolável” (uma exceção não traduzida numa “restrição legislativa”, note-se, antes numa restrição correspondente ao próprio “sentido” da Constituição, com uma regra *constitucional* restritiva a ser acrescentada ao texto constitucional com vista a integrar-se uma “lacuna oculta”).

Interessantemente, o exercício do Tribunal demonstra que o recurso jurisdicional a métodos de desenvolvimento do direito que transcendem a ortodoxia própria da metodologia tradicional não redundam necessariamente numa maximização do poder de invalidação de atos legislativos, antes podendo resultar numa maior contenção judicial (neste caso, traduzida numa não invalidação pura e simples da descriminalização da eutanásia). No

² Cfr. Larenz (2017: 282 ss.). Por último, Nogueira de Brito (2017: 282 ss.).

entanto, o facto de o exercício ter redundado numa maior liberdade de conformação do legislador – já que lhe permite aquilo que estaria excluído se a regra fosse entendida segundo o seu sentido literal – não nos pode fazer concluir, por si só, que o mesmo seja admissível em termos metodológicos. Com efeito, para que um exercício desta natureza seja admissível, impõe-se que os argumentos usados pela jurisdição constitucional não se revelem afinal radicados em pressupostos morais que não se podem ter como partilhados pelos cidadãos em contexto de pluralismo mundividencial, como é aquele em que hoje vivemos.

Na verdade, é muito discutível o apelo por uma jurisdição constitucional a pressupostos de filosofia moral – pressupostos de “autonomia” ou “autodeterminação do sujeito” – que, pelo menos quanto a consequências mais radicais, não se podem considerar partilhados no dito contexto, sendo, pois, problemático que se os façam corresponder ao “sentido” da Constituição. De resto, a natureza profundamente discutível dos pressupostos adotados pelo Tribunal evidencia-se em lúcida declaração de voto aposta ao acórdão pelos Conselheiros Maria José Rangel de Mesquita, Maria de Fátima Mata-Mouros, Lino Rodrigues Ribeiro e José Teles Pereira. Questionou-se aí a idealização de um “espaço de liberdade e de autodeterminação”, sobretudo quando esteja em causa a “relativização da vida humana”, recordando-se que semelhante conceção “atua frequentemente de forma insidiosa, criando, em situações de grande dependência, uma espécie de ónus subliminar de justificar a própria existência”.

Note-se que, ao radicar a sua interpretação redutora da garantia constitucional da vida num entendimento *forte*, marcadamente autonomista, da dignidade da pessoa humana, o Tribunal Constitucional desmentiu uma jurisprudência de décadas em torno do que lhe é legítimo inferir de “princípios constitucionais abertos”. De facto, em diferentes arestos, o Tribunal manteve-se muito cauteloso a este nível, não tomando partido quando “na comunidade jurídica tenham curso perspetivas diferenciadas e pontos de vista díspares e não coincidentes sobre as decorrências ou implicações que dum princípio «aberto» da Constituição devem retirar-se para determinado domínio ou para a solução de determinado problema jurídico”³.

Não se pretende assim desmentir que a eventual precisão da norma em causa segundo um seu não reduzido “sentido literal” – fazendo-se então coincidir a mesma com uma proibição categórica, então obrigatoriamente assistida por sanções penais, de todo e qualquer ato voluntário atentatório da vida – não deixaria, também ela, de ser problemática em contexto de pluralismo mundividencial. De facto, a questão da eutanásia é amplamente discutida por participantes de boa fé na esfera democrática, com a sua admissibilidade a ser defendida por muitos setores, ora por razões “autonomistas”, ora por razões atentas a imperativos de compaixão em situações limite de sofrimento. Neste quadro, a questão a colocar é saber se uma redução da garantia constitucional da vida humana pode ser admitida neste caso atendendo precisamente a esse contexto.

³ Acórdãos n.º 105/90 e n.º 359/2009.

Recorrendo aqui aos termos estabilizados na nossa cultura jurídica, vertidos no artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil, relevará aqui o ditame de interpretação traduzido em atender-se às “condições específicas do tempo em que [a lei] é aplicada”, considerando-se entre tais condições a traduzida na radical ausência de consenso quanto a dada matéria na comunidade política, tendo em conta a diversidade de pressupostos morais adotados pelos cidadãos. Este entendimento, note-se, encontra apoio em Dias Marques (1967: 6), para quem uma devida atenção às ditas “condições” assegura que lei seja interpretada em termos que se deixam imputar à comunidade política atual e não a uma comunidade política passada.

Note-se que, ao relevarmos assim este ditame, não o fazemos por reconhecermos uma qualquer vinculatividade aos ditames de interpretação da lei enumerados no Código Civil na mera razão em que o sejam. Ou seja, a respetiva relevância em sede de interpretação constitucional não se imputa aqui ao legislador ordinário, mas à respetiva estabilização na cultura jurídica e à pertinência que os mesmos possam ter no contexto em que nos movemos. Ora, esta relevância dificilmente poderá ser desmentida quando, em sede de interpretação constitucional, se impõe uma seleção de métodos que projetem a autoridade da lei constitucional, fazendo concomitantemente corresponder aos seus preceitos sentidos suscetíveis de serem imputados a uma comunidade política ineliminavelmente plural.

Deste modo, e em suma, não se contesta tanto o “resultado interpretativo” atingido pelo Tribunal Constitucional – a sua recusa de um entendimento “rígido” ou “paroxístico” da “inviolabilidade da vida humana” – quanto os argumentos que o sustentaram. Com efeito, uma redução do âmbito da garantia constitucional da vida humana pode considerar-se justificado num contexto de pluralismo, atendendo precisamente à divisão da comunidade política em matéria de criminalização da eutanásia. Muito mais problemática é a adoção pelo Tribunal de um entendimento autonomista – paroxisticamente autonomista – do princípio da dignidade da pessoa humana que é fortemente discutido no mesmíssimo contexto de pluralismo...

Importa ainda assinalar que, caso tivesse adotado um entendimento rígido da garantia constitucional da vida humana, o Tribunal teria transcendido, não apenas o que lhe é admissível imputar à Constituição (à comunidade política que lhe subjaz) em contexto de pluralismo, como também o que é razoavelmente exigível ao “homem médio” ou “comum”, tendo em conta os compreensíveis sentimentos de compaixão que o determinam perante situações de sofrimento irremediável e intolerável. Ora, tal parâmetro de exigência ou exigibilidade não pode deixar de ser tido em conta quando o que afinal está em causa é uma questão de justiça retributiva, assim traduzida na obrigatória criminalização (ou não) de uma conduta. Como sabemos, de há muito que o “padrão do homem médio” é utilizado em matéria criminal como critério determinante de aferição concreta da culpa enquanto elemento do tipo penal⁴, evidenciando-se assim que o direito não pode ser imune ao que é medianamente exigível, em termos de compreensão e cumprimento, aos cidadãos. O que vale em sede de interpretação da lei penal, tem de valer antes de mais em sede de

⁴ A título de exemplo, v. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 01/03/2006, proferido no processo 05P3789.

interpretação da lei constitucional quando o que esteja em causa seja inferir (ou não) desta última imperativos de criminalização de condutas. De resto, está aqui em causa, no limite, a autonomia do direito face à moral, não se elevando o sentido da “justiça” – nomeadamente da justiça retributiva – a níveis que se encontrem notoriamente acima de possibilidades médias ou comuns.

2.

A respeito do acórdão em epígrafe, merece nota especial a declaração de voto subscrita pelos Conselheiros Mariana Canotilho, José João Abrantes, Assunção Raimundo e Fernando Vaz Ventura. Colocaram-se aí em causa as ressalvas que a maioria dos juízes associou à interpretação do artigo 24.º da Constituição – decorrentes da sua leitura exigente da “dimensão subjetiva” do mesmo direito – na razão em que essa se distanciava de “*standards constitucionais comuns*”, daí resultando o afastamento do direito constitucional nacional “de vários dos seus congéneres”, bem como a sua imunidade “a qualquer evolução e vento de mudança”. Ou seja, pretender-se-á que os ditos “*standards*” tenham relevância normativa *em si e por si mesmos*, sobretudo estando em causa “direitos fundamentais”, estes últimos tidos como “o pilar de um direito constitucional comum europeu, em sentido *Häberliano*”.

Tidos em conta os desenvolvimentos originais de Peter Häberle, um discurso de “direito constitucional comum europeu” corresponderá a um muito difuso discurso de direito comparado, agora arvorado em “quinto elemento de interpretação constitucional” (1989: 913 ss.; 1991: 261 ss.; 1995: 298 ss.). Dizemo-lo difuso já que se trata de discurso muito pouco claro quanto aos precisos métodos de seleção de fontes ou soluções relevantes (aquelas que contarão como “*standards constitucionais comuns*”) e, bem assim, muito “pouco transparente quanto aos seus motivos e aos seus pressupostos”.⁵ Sobretudo, tem sido apontada uma equívoca função de “legitimação” desempenhada por este tipo de abordagens, já epitetadas como de “direito natural pós-moderno”.⁶ Teme-se que as mesmas sirvam, na verdade, para ancorar soluções de “vanguardismo moral”, que não se poderiam justificar de outro modo nos quadros da metodologia jurídica, com inevitáveis custos para a controlabilidade do trabalho jurídico – inerente a uma cultura de Estado de direito – e para a legitimidade da justiça constitucional.⁷

⁵ Recorrendo aqui aos termos em que Voskuhle (2022: 636) descreve aqueles casos em que juízes se socorrem de elementos de direito comparado.

⁶ Formulação de C. Dupré (2009: 107 ss.).

⁷ Para uma síntese das críticas ao uso de direito estrangeiro na interpretação constitucional ou à correspondente formulação de um “direito comum”, focando-se, não na proposta de um “direito constitucional comum”, mas de um “direito constitucional genérico” que se desenvolveria a nível “global”, v. G. Halmai (2012: 1330 ss.). A crítica traduzida em encontrar-se aí um arrimo para os vanguardismos morais próprios de um novo “direito natural” foi sobretudo desenvolvida por Posner (2005: 84 ss.).

De resto, não deixando essa linha de ser adotada por um setor minoritário da doutrina – destacando-se aqui a escola de Balaguer Callejón,⁸ em que se insere a Conselheira Mariana Canotilho, signatária da declaração de voto citada –, é-o, entre nós, em termos muito cautelosos. Blanco de Morais admite a este respeito “um papel auxiliar” da comparação, advertindo que transformá-la em “paradigma autónomo de interpretação” importaria “a captura ou a colonização da Constituição por fontes normativas externas” com inevitável prejuízo para “o primado da Constituição, a unidade do ordenamento, a efetividade das normas constitucionais e o respeito pelo sentido objetivo da Lei Fundamental”⁹. Por seu turno, Rui Medeiros, ainda que não enjeite um método de interpretação de preceitos jusfundamentais vinculada às “tradições constitucionais comuns” dos Estados europeus, ressalva que “a relevância reconhecida ao elemento comparado na interpretação constitucional não significa que este pretendo *quinto elemento de interpretação* se converta *no* elemento determinante da interpretação, podendo contrariar os múltiplos fatores a que o intérprete também deve atender no processo hermenêutico, a começar pelo sentido literal”¹⁰.

Em todo o caso, a corrente identificada não é seguida pelas jurisdições constitucionais do quadrante europeu (ressalvadas, claro está, anomalias como a traduzida na referida posição minoritária adotada no Tribunal Constitucional português). Com efeito, e conforme concluiu Bobek em estudo minucioso sobre a prática jurídica no mesmo quadrante, os elementos de direito comparado não são aí encarados como dotados de qualquer espécie de vinculatividade, nem mesmo acessória ou secundária no confronto com outros. E sendo certo que as jurisdições constitucionais tendem a socorrer-se no mesmo quadrante de “inspiração comparativa” – tendo designadamente em conta a jurisprudência estrangeira desenvolvida

⁸ Os fundamentos normativos que Balaguer Callejón (2011: 75 ss.) invoca na afirmação de um “direito constitucional comum europeu” encontram-se, na verdade, no direito da União Europeia, nomeadamente na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, mais precisamente no respetivo artigo 52.º, n.º 4 (que estabelece que a determinação interpretativa dos direitos aí consagrados seja feita à luz das “tradições constitucionais comuns dos Estados membros”), e 53.º (que estabelece não poder a interpretação da Carta afetar o nível de proteção de correspondentes direitos no âmbito do direito internacional ou do direito constitucional dos Estados). Ora, o autor confundirá aqui a interpretação do direito da União Europeia com a interpretação do direito constitucional dos Estados membros: o facto de “tradições constitucionais comuns” serem critério vinculativo de interpretação do primeiro não os converte em critério vinculativo de interpretação do segundo. Como assinalámos acima, é dentro dos limites de tolerância do direito constitucional do Estado que o direito da União Europeia se tem de movimentar e não o contrário. De resto, o citado artigo 53.º da Carta pode e deve ser interpretado como reconhecendo isso mesmo: estabelecer que “nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada” como afetando o “nível de proteção” fixado “pelas Constituições dos Estados-Membros”, significará precisamente o direito da União Europeia deve ser interpretativamente determinado dentro dos limites de tolerância estabelecidos pelas mesmas Constituições, nas quais se encontra – como vimos acima – o fundamento de validade do direito da União Europeia.

⁹ Cfr. Blanco de Morais (2014: 650).

¹⁰ Cfr. Medeiros (2015: 336).

à luz de Constituições “congêneres” –, fazem-no em termos quantitativa e qualitativamente “mínimos”.¹¹

Especificamente sobre a prática do Tribunal Constitucional Federal alemão, concluiu recentemente Vosskuhle que “não tem aí qualquer cabimento um *quinto elemento de interpretação* no sentido de Peter Häberle” (2022: 622). E se 5% das correspondentes decisões se socorrem de soluções de direito comparado – o que, segundo o mesmo autor, não denota qualquer “défice de comparação” no confronto com muitas outras práticas, ainda mais restritivas –, esse recurso está longe de ser entendido em termos *håberlianos*. O que está em causa, antes, é a determinação do direito constitucional *nacional*, considerando-se útil para esse efeito a investigação de fontes estruturantes da tradição constitucionalista (como seja a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) ou de soluções interpretativas estrangeiras apuradas por referência a textos constitucionais próximos. Segue-se, pois, *uma lógica de paralelismo entre direitos constitucionais nacionais*, em termos que procuram sobretudo inventariar a jurisprudência estrangeira e assim formar uma “biblioteca de hipóteses interpretativas”.¹² Ou seja, a comparação tem essencialmente uma função informativa, “exemplificativa” ou “de conhecimento”.¹³ Como é bom de ver, tal lógica é muito diferente da traduzida na busca por um “direito constitucional comum”, então pretensamente substitutivo do direito constitucional nacional.

Uma lógica de paralelismo, e de inerente “capitalização” de outras práticas *nacionais* do constitucionalismo, tem estado também implicada no abundante recurso pelo Tribunal Constitucional português à jurisprudência estrangeira, em especial à jurisprudência alemã. Desenvolvendo uma jurisprudência amplamente informada e documentada, note-se que a jurisdição nacional nunca afirmou a respeito de nenhuma outra prática ou práticas, aquilo que afirmou a respeito da prática do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Só quanto a esta última, de facto, o Tribunal Constitucional se concebeu no passado como *constitucionalmente* vinculado a “acompanhar o passo da jurisprudência europeia no desenvolvimento dos direitos fundamentais igualmente previstos na Convenção e na Constituição”.¹⁴

Ora, não podemos deixar de registar que a possível inversão desta linha – com a eventual adoção da corrente *håberliana* como posição maioritária do Tribunal Constitucional – conduziria a que a jurisdição nacional se

¹¹ Nas palavras de Bobek (2013: 282 ss.), “em termos quantitativos (...) o uso corrente de autoridades estrangeiras pelas jurisdições europeias é mínima. Em termos qualitativos, o trabalho suplementar traduzido em procurar inspiração em fontes estrangeiras é reservado a um punhado de casos especialmente significativos e/ou complexos. Não estamos certamente perante uma rotina judicial quotidiana”. O tratamento de Bobek incide em especial sobre a prática das jurisdições superiores – incluídas as jurisdições constitucionais – inglesa, alemã, francesa, checa e eslovaca.

¹² Recorrendo aqui, em contexto alterado, à formulação de Lollini (2022: 1016).

¹³ Sobre as funções pensáveis do direito comparado, referindo-se a uma “função de conhecimento”, a uma “função associativa”, a uma “função de legitimação” e a uma “função de fundamentação”, estas últimas mais problemáticas, já que porventura traduzidas na “legitimação de soluções jurídicas equívocas”, descontextualizadas, ou mesmo abusivas face aos elementos juscomparatísticos que invocam, v. Vosskuhle, (2022: 630-631).

¹⁴ V. Acórdãos n.º 345/99 e n.º 412/00.

convertesse num caso inteiramente singular, não só no quadrante europeu, como no restante quadrante internacional.¹⁵ De facto, a jurisprudência nacional desenvolver-se-ia, então sim, ao arrepio de uma cultura jurídica que sempre se concebeu como *cultura paralelamente correspondente a diferentes direitos estaduais*, nunca se tendo deixado formular fora das suas contextualizações nacionais. E ao desenvolver-se desse modo, tememos que o “passo constitucional comum europeu” a que a jurisdição nacional então se vincularia a acompanhar, se converteria facilmente – em razão da sua imprecisão teórica e metodológica – no passo individual ligeiro e apressado dos juízes que o invocassem em favor das suas posições.

¹⁵ De facto, uma lógica de paralelismo de direitos constitucionais nacionais – e não de desenvolvimento de um qualquer direito constitucional “comum” ou “genérico” – é a que tem informado a generalidade das práticas estrangeiras desenvolvidas fora do quadrante europeu. É neste sentido que conclui Lollini (2022: 973 ss, em especial 1016), em estudo que tem sobretudo em conta as práticas israelita, indiana e canadiana. Com efeito, a hipótese que o autor formula a partir “episódios interpretativos” que aí identifica, é a de que “os raciocínios baseados em exemplos [estrangeiros] não se traduzem na procura por parte dos juízes de um mais amplo espaço de manobra”, o qual assim os libertasse da “vinculatividade da forma”, isto é, da sua adstrição aos elementos tradicionais de interpretação jurídica. Também não estará em causa uma “vontade de estabelecer um diálogo entre instituições”, o qual se imporia se estivesse em causa a identificação de um “direito” que lhes fosse “comum”. O que está em causa, segundo Lollini, é, tão só, “uma resposta pragmática à complexidade da juridicidade hodierna. O recurso à casuística estrangeira corresponde assim a uma capitalização das experimentações do constitucionalismo. Essas são concebidas como (...) uma biblioteca de hipóteses interpretativas. A investigação de casos semelhantes não é útil para transcrever soluções, mas para tornar explícitas, diferenciando-as, as propriedades, os atributos e as qualidades dos fenómenos constitucionais *sub judice*”. Dois casos particulares são o caso sul-africano, por um lado, e o caso estado-unidense, por outro. Quanto ao primeiro, distingue-se na razão em que o artigo 39.º da Constituição de 1996 autorize o juiz a socorrer-se do direito estrangeiro para interpretar o *Bill of Rights*, sendo esta, note-se, uma disposição sem paralelo noutras Constituições. Por seu turno, o caso estado-unidense distingue-se por ser aí discutido o recurso ao direito estrangeiro *mesmo a título exemplificativo ou informativo*. É o que se ilustra na famosa discussão desenvolvida entre os *Justices* Stephen Breyer e Antonin Scalia. Ambos concordaram que o direito estrangeiro é destituído de qualquer vinculatividade para os juízes americanos. Assente esse ponto, Breyer defendeu que o recurso ao direito comparado poderia ser útil *a título meramente “inspirador”*, considerando Scalia que mesmo esse tipo de uso deveria considerar-se ilegítimo. Sobre a discussão, v. N. Dorsen (2005: 519 ss.).

Bibliografia

- Alexy R. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen. In: *Recht – Vernunft – Diskurs – Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1995. pp. 262 ss
- Balaguer Callejón F. *Introducción al Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos; 2011
- Blanco de Morais C. *Curso de Direito Constitucional, II-2*. Coimbra: Coimbra Editora; 2014
- Bobek M. *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*. Oxford: Oxford University Press; 2013
- Dorsen N. The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation Between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer. *International Journal of Constitutional Law*, 4. 2005. pp. 519 ss.
- Dupré C. Globalisation and Judicial Reasoning: Building Blocks for a Method of Interpretation. In Halpin A, Roeben V, editors. *Theorising the Global Legal Order*. Oxford: Hart Publishing; 2009. pp. 107 ss.
- Dias Marques J. *Código Civil*. Lisboa: Petrony; 1967
- Häberle P. Grundrechte Geltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als «fünfter» Auslegungsmethode. *Juristenzeitung*, 44/20. 1989. pp. 913 ss.
- Häberle P. Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, Europäische Grundrechte Zeitschrift, 18. 1991. pp. 261 ss.
- Häberle P. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 78/3. 1995. pp. 298 ss.
- Halmi G. The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation. In: Rosenfeld M, Sajó A. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press; 2012. pp. 1330 ss.
- Larenz K. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lamego J, tradutor. 3.^a ed.. Lisboa: Gulbenkian; 1997
- Lollini A. Il Diritto Straniero nella Giurisprudenza Costituzionale: Metodi «Forte» e «Debole» a Confronto. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4. 2022. pp. 973-1017
- Medeiros R. *A Constituição Portuguesa no Contexto Global*. Lisboa: Universidade Católica Editora; 2015
- Nogueira de Brito M. *Introdução ao Estudo do Direito*. Lisboa: AAFDL; 2017
- Posner RA. Forward: A Political Court. *Harvard Law Review*, 119/1. 2005. pp. 84 ss.
- Voskuhle A. Judikative Verfassungsvergleichung. *Der Staat*, 61/4. 2022. pp. 621 ss.