

Universidades Lusíada

Brandão, Cláudio Roberto Cintra Bezerra, 1972-
Nogueira, José Artur Anes Duarte, 1954-

**Estado democrático e instituições jurídicas e
políticas : novos paradigmas ou reorganização de
conceitos?**

<http://hdl.handle.net/11067/7973>

<https://doi.org/10.34628/FB0Y-KC60>

Metadados

Data de Publicação	2025
Editor	Universidade Lusíada Editora
Palavras Chave	Estado de Direito, Direito, Democracia
Tipo	book
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ILID-CEJEIA] Livros

Esta página foi gerada automaticamente em 2026-10-31T23:10:59Z com
informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS



ESTADO DEMOCRÁTICO E INSTITUIÇÕES JURÍDICAS E POLÍTICAS

NOVOS PARADIGMAS OU REORGANIZAÇÃO DE CONCEITOS?

DEMOCRATIC STATE AND LEGAL AND POLITICAL INSTITUTIONS

NEW PARADIGMS OR REORGANISATION OF CONCEPTS?

ORGANIZAÇÃO | ORGANISATION

CLÁUDIO CINTRA BRANDÃO
JOSÉ DUARTE NOGUEIRA

ESTADO DEMOCRÁTICO E INSTITUIÇÕES JURÍDICAS E POLÍTICAS

NOVOS PARADIGMAS
OU REORGANIZAÇÃO DE CONCEITOS ?

DEMOCRATIC STATE AND LEGAL AND POLITICAL INSTITUTIONS

NEW PARADIGMS
OR REORGANISATION OF CONCEPTS?

ORGANIZAÇÃO | ORGANIZATION

Cláudio Cintra Brandão
José Duarte Nogueira



Lisboa • 2025

ESTADO DEMOCRÁTICO E INSTITUIÇÕES JURÍDICAS E POLÍTICAS

Estado democrático e instituições jurídicas e políticas : novos paradigmas ou reorganização de conceitos? = Democratic State and legal and political institutions : new paradigms or reorganisation of concepts? / organização de Cláudio Cintra Brandão, José Duarte Nogueira. - Lisboa : Universidade Lusíada Editora, 2025.

ISBN 978-989-640-287-7

Suplemento de: Lusíada. Direito. - Lisboa. - ISSN 2182-4118

I - BRANDÃO, Cláudio Roberto Cintra Bezerra, 1972- , org.

II - NOGUEIRA José Artur Anes Duarte, 1954- , org.

1. Estado de Direito

2. Estado

3. Democracia

CBC K3171.B73 2025

Ficha Técnica

Título	Estado democrático e instituições jurídicas e políticas: novos paradigmas ou reorganização de conceitos? Democratic State and legal and political institutions: new paradigms or reorganisation of concepts?		
	Suplemento da revista <i>Lusíada. Direito</i> , ISSN 2182-4118 • DL 162249/01		
Organização	Cláudio Cintra Brandão Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Faculdade Mineira de Direito Brasil José Duarte Nogueira Universidade Lusíada - Centro de Estudos Jurídicos, Económicos, Internacionais e Ambientais Portugal		
Proprietário	Fundação Minerva - Cultura - Ensino e Investigação Científica Telephone: +351 213 611 500 • E-mail: info@lis.ulusiada.pt • NIPC: 501 679 260		
Depósito Legal	ISBN: 978-989-640-287-7		
Página web	2025	DOI	https://doi.org/10.34628/fb0y-kc60
Apoio	Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto UID 04053 - Centro de Estudos Jurídicos, Económicos, Internacionais e Ambientais.		
Editora e distribuidora	Universidade Lusíada Editora Rua da Junqueira, 188-198 — 1349-001 Lisboa • Telephone: +351 213 611 560 URL: http://editora.ulusiada.pt • E-mail: editora@lis.ulusiada.pt		
Capa	Ana Laranjeira	Paginação	João Paulo Fidalgo
Impressão e acabamentos			
Tiragem	100		
Permutas	Casa do Conhecimento da Universidade Lusíada Rua da Junqueira, 188-198 — 1349-001 Lisboa • Telephone: +351 213 611 560 URL: http://editora.ulusiada.pt • E-mail: editora@lis.ulusiada.pt		

© 2025, Fundação Minerva — Cultura — Ensino e Investigação Científica | Universidade Lusíada

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida por qualquer processo eletrónico, mecânico ou fotográfico incluindo fotocópia, xerocópia ou gravação, sem autorização prévia da Editora.

Os textos que constituem esta obra seguem, por decisão dos respetivos autores, a antiga ou a atual grafia.

O conteúdo desta obra é da exclusiva responsabilidade dos seus autores e não vincula a Universidade Lusíada.

Distribuição gratuita. Não é permitida a sua comercialização.



Apoio | Support



REPÚBLICA
PORTUGUESA

EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E INOVAÇÃO

ÍNDICE

Apresentação/Presentation

José Duarte Nogueira7

Breves palavras iniciais/Initial words

Cláudio Cintra Brandão e José Duarte Nogueira7

*

Estado democrático e regulação do exercício de responsabilidades parentais

Democratic State and regulation of the exercise of parental responsibilities

Ana Sofia Gomes13

A Constituição judiciária. Da versão originária de 1976 aos nossos dias

The judicial Constitution. From the original 1976 version to the present day

António Barbas Homem61

A interpretação do Direito Penal no Estado de Direito. Apontamentos sobre o finalismo alemão e sua herança na ciência

The interpretation of criminal law in the rule of law. Notes on german finalism and its legacy in criminal science

Cláudio Cintra Brandão67

Estado de Direito e poder judicial. A experiência da União Europeia

Rule of law and the judiciary. The experience of the European Union

Cristina Aragão Seia77

O Acordo de Leniência na lei anticorrupção. Uma análise da experiência do Estado de Minas Gerais

The Leniency Agreement in the anti-corruption law. An analysis of the experience of the State of Minas Gerais

Fábio Cruz e Silva, Flávio Couto Bernardes e Giovani Clark101

1...0J1U0S1T0I1Ç0A1...0. Justiça entre zeros e uns. Considerações contemplativas

1...0J1U0S1T0I1Ç0A1...0. Justice between zeros and ones. Contemplative considerations

Fernanda Duarte e Filipa Pais D'Aguiar127

A teoria democrática em países com instituições incipientes

Democratic theory in countries with incipient institutions

José Barracho Junior e Álvaro Souza Cruz141

Estado democrático e instituições jurídicas e políticas. Novos paradigmas ou reorganização de conceitos? Contributos da história

Democratic state and legal and political institutions. New paradigms or reorganisation of concepts? Contributions from history

José Duarte Nogueira 157

Análise preditiva e direito

Predictive analytics and law

José Lorenzo Gonzalez 179

A contradição institucional do cárcere e sua incompatibilidade com o garantismo penal

The institutional contradiction of incarceration and its incompatibility with penal guarantee theory

Kleila Canabrava Aleixo, Dorcas Marques Almeida e Henrique Viana Pereira 205

Imputação penal e integração de sentido normativo no signo do Estado Social e democrático de direito. Sobre os limites da tentativa punível em casos de crimes praticados por agentes soropositivos submetidos a terapia antiretroviral (TARV).

Criminal imputation and the integration of normative meaning in the sign of the social and democratic state of law. On the limits of punishable endeavour in cases of offences committed by hiv-positive people under going antiretroviral therapy (TARV).

Leonardo Marcel de Oliveira e Guilherme Colen Rodrigues 227

As causas do défice democrático português. Do mito à realidade

The causes of portuguese democratic deficit. From myth to reality

Luís Barbosa Rodrigues 249

Autorregulação e compliance no ambiente empresarial como instrumentos de preservação do mercado no Estado Democrático de Direito

Self-regulation and compliance in the business environment as instruments for preserving the market in the democratic rule of law

Luiz Soares de Jesus e Eduardo Goulart Pimenta 263

A transnacionalidade do Estado de Direito

The transnationality of the rule of law

Margarida Salema d'Oliveira Martins 279

A interpretação dos institutos jurídicos na perspectiva do Direito em rede e da realização concreta dos Direitos Humanos

The interpretation of legal institutions from the perspective of network law and the concrete realization of Human Rights

Maria Cecília Teodoro e Cleber Lúcio de Almeida 297

A nacionalidade e sua relação com o Estado. Debates entre nacionalidade efetiva, cidadania e nacionalidade legal a partir de sua dimensão histórica <i>Nationality and its relationship with the state. Debates between effective nationality, citizenship and legal nationality from its historical dimension</i>	
Maria de Lourdes Albertini e Wilba Lúcia Bernardes	313
Digital democracy and deepfake news <i>Democracia digital e notícias falsas</i>	
Marisa Almeida Araújo	345
O futuro da democracia americana: "A republic if you can keep it!" <i>The future of american democracy: "A republic if you can keep it!"</i>	
Ricardo Leite Pinto	367

APRESENTAÇÃO PRESENTATION

A colectânea de textos em seguida apresentada é resultado de um projecto em parceria entre a Pontifícia Universidade Católica (PUC) de Minas Gerais, Brasil e a Universidade Lusíada (UL) de Portugal, e enquadra-se no Convénio de Cooperação Científica vigente entre as duas instituições. Resultou inicialmente de uma sugestão do Coordenador dos cursos de Pós-graduação em Direito na PUC, de imediato aceite pela Universidade Lusíada através da respectiva Vice-reitoria. Assumiram a coordenação do projecto os Professores Cláudio Cintra Brandão e José Duarte Nogueira, o primeiro enquanto responsável pela estrutura de coordenação da PUC acima referida e o segundo enquanto Vice-reitor da UL. Os autores dos textos são académicos na área jurídica, na quase totalidade docentes ou investigadores com ligação a ambas as Universidades. Trata-se da primeira iniciativa desta natureza entre as duas escolas, esperando-se que outras se possam seguir. A ordem de apresentação dos textos é a alfabética de primeiro nome do autor ou do co-autor cujo nome surge em primeiro lugar.

*

The collection of texts presented below is the result of a partnership project between the Pontifical Catholic University (PUC) of Minas Gerais, Brazil, and the Lusíada University (UL) of Portugal, and is part of the Scientific Cooperation Agreement in force between the two institutions. It was initially the result of a suggestion by the Coordinator of Postgraduate Law Courses at PUC, which was immediately accepted by Lusíada University through its Vice-Rector. Professors Cláudio Cintra Brandão and José Duarte Nogueira took on the coordination of the project, the former as head of the aforementioned coordination structure at PUC and the latter as Vice-Rector of UL. The authors of the texts are academics in the legal field, almost all of whom are lecturers or researchers with links to both universities. This is the first initiative of its kind between the two schools, and it is hoped that others will follow. The texts are presented in alphabetical order by the first name of the author or co-author whose name appears first.

PALAVRAS INICIAIS *INITIAL WORDS*

Cláudio Cintra Brandão
José Duarte Nogueira

O Estado democrático, nas múltiplas variantes de que se revestiu, parecia até há poucas décadas inabalável na sua solidez intrínseca. Apoiava-se numa teia de instituições políticas e jurídicas entrelaçadas, fruto de sucessivos aperfeiçoamentos, as primeiras desde a antiga Grécia as segundas desde a antiga Roma. Convivia com o Estado não democrático, independentemente de se tratar do puramente ditatorial que vivia sem necessidades autojustificativas, ou do igualmente ditatorial que, porém, se reclamava de justificação ideológica. No primeiro caso, caracterizado pelo exercício do poder de forma mais ou menos arbitrária, condicionada apenas pelo instinto de sobrevivência do detentor. No outro com preocupações aparentemente mais éticas, mas nem por isso menos limitativas, a que o uso de uma linguagem com alguma sonoridade democrática parecia conferir legitimidade. Este, talvez mais perigoso, pois enquanto o primeiro se encerrava em si mesmo, o segundo estruturava-se em torno de ideias a que a persuasão dialectica emprestava frequentemente aura de racionalidade. No século XXI, por motivos nem sempre claros e para os quais não há explicação unânime, por alguns caracterizados como “modernidade”, o Estado democrático parece ter entrado num processo de erosão que, paulatinamente, foi abrindo espaço a modelos que, sem deixarem de se reclamar de democráticos, foram transigindo com formas de exercício do poder mais disponíveis para componentes antes próximas do Estado não democrático. Surgiram conceitos retoricamente atractivos, como os caracterizados pelo prefixo *pós*, *neo* ou *i*, mas em cuja essência é difícil entrever algo de sólido capaz de estruturar novas formas de pensar racionalmente válidas. Simultaneamente recuperaram-se conceitos políticos cuja essência era tida por fixada, utilizados sem as componentes que os tornavam desejáveis ou indesejáveis, tudo parecendo oscilar em função de uma nova ordem de pensar na qual as cores podem ser reformula-

das à medida do gosto e dos interesses em presença. E, progressivamente, partes do espectro político ocupado pelo Estado democrático por natureza central, foram sendo absorvidas pelas margens, restando-lhe na aparência espaço cada vez menor. As próprias instituições jurídicas parecem sofrer um efeito semelhante, a outro nível sem dúvida, mas nem por isso negligenciável. Em suma, perdendo em clareza o que ganharam em complexidade, não raro suportada pelo uso de uma linguagem que cultiva a subdivisão de conceitos antes com contornos essenciais definidos, numa ânsia de inovação a que a especialização dá corpo. O jurista de banda larga, que além de conhecedor do Direito era também um ente de cultura e de saber em outras áreas, é cada vez mais figura do passado. O jurista de banda estreita, especialista apenas num pequeno segmento da normatividade é o fruto desta nova realidade. Os seus horizontes intelectuais limitam-se a uma parcela da vida e as excepções apenas o confirmam. As instituições jurídicas tendem a recrystalizar-se em torno de interesses específicos, defendendo-se a identidade destas pequenas ilhas com a força que a linguagem tecnológica e dogmáticas construídas para o efeito permitem. Estará também o direito a sofrer o impacto da modernidade que parece afectar o Estado democrático? A ligação não seria, em tese, absurda, pois o Estado concretiza-se em normas e as normas são a essência do direito. Mas, estar-se-á perante uma modernidade capaz de deixar marca na evolução social e seu enquadramento jurídico, tal como outras fizeram no passado? Ou tratar-se-á apenas de uma convulsão que o tempo irá apagar tal como também aconteceu já, bastando recordar o acto em larga medida falhado que o humanismo protagonizou no seu tempo, ao tentar reformular o conhecimento do Direito romano na Europa?

*

The democratic state, in all its many guises, seemed until a few decades ago to be unshakeable in its intrinsic solidity. It was supported by a web of intertwined political and legal institutions, the result of successive improvements, the former since ancient Greece and the latter since ancient Rome. It coexisted with the non-democratic state, regardless of whether it was a purely dictatorial state that lived without the need for self-justification, or an equally dictatorial state that, however, claimed ideological justification. In the first case, it was characterised by the exercise of power in a more or less arbitrary way, conditioned only by the instinct for survival of the holder. The other was characterised by apparently more ethical concerns, but no less limiting, to which the use of democratic-sounding language seemed to confer legitimacy. The latter was perhaps more dangerous, because while the former was closed in on itself, the latter was

structured around ideas to which dialectical persuasion often lent an aura of rationality. In the 21st century, for reasons that are not always clear and for which there is no unanimous explanation, by some people characterised as modernity, the democratic state seems to have entered a process of erosion that has gradually made way for models that, while claiming to be democratic, have been compromising with forms of exercising power that are more available to components that were previously close to the non-democratic state. Rhetorically attractive concepts emerged, such as those characterised by the prefix post, neo or i, but in their essence it is difficult to see anything solid capable of structuring new rationally valid ways of thinking. At the same time, political concepts whose essence was taken for granted were recovered, used without the components that made them desirable or undesirable, everything seeming to oscillate according to a new order of thinking in which colours can be reformulated according to taste and interests. And progressively, parts of the political spectrum occupied by the democratic state, which is central in nature, have been absorbed by the margins, leaving it with less and less space in appearance. The legal institutions themselves seem to be suffering a similar effect, at a different level no doubt, but one that is not negligible. In short, they are losing in clarity what they have gained in complexity, not infrequently supported by the use of a language that cultivates the subdivision of concepts that used to have defined essential contours, in an eagerness for innovation that is embodied by specialisation. The broadband jurist, who as well as being knowledgeable about the law was also an entity of culture and knowledge in other areas, is increasingly a figure of the past. The narrow jurist, who specialises in only a small segment of the law, is the fruit of this new reality. Their intellectual horizons are limited to one part of life and the exceptions only confirm this. Legal institutions tend to re-crystallise around specific interests, defending the identity of these small islands with the strength that technological language and the dogma constructed for this purpose allow. Law is also suffering the impact of modernity, which seems to be affecting the democratic state. The connection would not be absurd in theory, since the state is concretised in norms and norms are the essence of law. But is modernity capable of leaving its mark on social evolution and its legal framework, as others have done in the past? Or is it just an upheaval that time will erase, just as it has done in the past - just remember the largely unsuccessful act of humanism in its time, when it tried to reformulate the knowledge of Roman law in Europe?

ESTADO DEMOCRÁTICO E REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DE RESPONSABILIDADES PARENTAIS

DEMOCRATIC STATE AND REGULATION THE EXERCISE OF PARENTAL RESPONSIBILITIES

Ana Sofia Gomes¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/DDXP-GT16>

Resumo: A família constitui uma instituição primária do Estado democrático, objeto de proteção pelo princípio da proteção da família, consagrado no artigo 67.º da Constituição da República Portuguesa. Enquanto célula base de organização da sociedade, a mesma regula a organização familiar, sem se alhear do institucionalismo que caracteriza o direito da família, na medida em que o legislador se limita a reconhecer esse direito que decorre da organização e da vivência da própria família dentro dos princípios constitucionais vigentes. O legislador dispensa particular atenção às crianças, aos seus direitos e à regulação de responsabilidades parentais. O legislador constitucional consagrou o princípio da igualdade dos cônjuges e o princípio da atribuição aos pais do poder dever de educação e de manutenção dos filhos (artigo 36.º, n.ºs 3 e 5 da CRP). Para uma compreensão cabal deste último poder dever consagrado, procedemos a uma análise do regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais no ordenamento jurídico português.

Palavras-chave: Estado de Direito e família; Regulação de responsabilidades parentais.

Abstract: *The family is a primary institution of the democratic state, protected by the principle of family protection, enshrined in Article 67 of the Constitution of the Portuguese Republic. As the basic cell for the organization of society, it regulates family organization, without being detached from the institutionalism that characterizes family law, insofar as the legislator limits itself to recognizing this right that arises from the organization and experience of the family itself within the constitutional principles in force. The legislator pays*

¹ Professora Auxiliar na Universidade Lusíada em Lisboa, Portugal. Investigadora do Centro de Estudos Jurídicos, Económicos, Internacionais e Ambientais (CEJEIA).

particular attention to children, their rights and the regulation of parental responsibilities. The constitutional legislator has enshrined the principle of equality between spouses and the principle that parents have the duty to raise and maintain their children (Article 36(3) and (5) of the CRP). In order to gain a full understanding of this last duty, we analyze the system for regulating the exercise of parental responsibilities in the Portuguese legal system.

Keywords: Rule of law and family; Regulation of parental responsibilities.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conteúdo das responsabilidades parentais. 3. Exercício das responsabilidades parentais. 4. O conceito de questões de particular importância. 5. Audição do menor. 6. Regulação do exercício das responsabilidades parentais por acordo. 7. Requerimento de homologação pelo Conservador do Registo Civil do acordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais. Bibliografia.

Summary: 1. Introduction 2. Content of parental responsibilities 3. Exercise of parental responsibilities. 4. The concept of issues of particular importance. 5. Hearing the minor. 6. Regulating the exercise of parental responsibilities by agreement. 7. Application for approval by the Civil Registry Office of the agreement on the exercise of parental responsibilities. Bibliography.

1. Introdução.

A família constitui uma instituição primária do Estado democrático, objeto de proteção pelo princípio da proteção à família, consagrado no artigo 67.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).² Enquanto célula base de organização da sociedade, a mesma regula a organização familiar, de forma mais ou menos profunda, sem se alhear do institucionalismo que caracteriza o direito da família, na medida em que o legislador se limita a reconhecer esse direito que decorre da organização e da vivência da própria família dentro dos princípios constitucionais vigentes. Tendo presente que a família não depende do quadro legal vigente para se organizar, mas nem todas as formas de organização da família são reconhecidas e tuteladas pelo legislador.

Nesta medida, dentro da vivência e da organização da própria família, e dentro do quadro legal vigente, o legislador dispensa particular atenção às crianças, aos seus direitos e à regulação das responsabilidades parentais. No que diz respeito a estas últimas, e como decorrência do princípio da igualdade dos cônjuges – consagrado no artigo 36.º, n.º 3 da

² Cujó n.º 1 prevê que “[a] família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.”

CRP –, consagra a nossa lei fundamental, no artigo 36.º, n.º 5, o princípio da atribuição aos pais do poder-dever de educação e manutenção dos filhos, ao prever que “[o]s pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.” Naturalmente que os preceitos constitucionais nesta matéria são também tributários do Direito Internacional que regula os direitos das crianças e o exercício das responsabilidades parentais. Iremos assim começar por fazer uma breve abordagem das principais previsões em matéria de instrumentos internacionais, passando, após, para uma revisão da temática à luz do nosso texto constitucional e, em seguida, para a análise do regime substantivo e adjetivo do exercício das responsabilidades parentais no nosso país, incluindo o conteúdo dos acordos quanto ao exercício das responsabilidades parentais por acordo dos progenitores.

1.a. Instrumentos internacionais

No que diz respeito aos direitos das crianças, a comunidade internacional tem adotado diversos instrumentos para a proteção das crianças, consagrando-lhes direitos. A primeira referência a direitos da criança num instrumento internacional surge com a Declaração de Genebra de 26 de setembro de 1924, adotada pela Sociedade das Nações em 1924. Este instrumento abre com a previsão de que “[a] criança deve ser colocada em condições de se desenvolver de maneira normal, material e espiritualmente.”³

Seguiu-se-lhe a Declaração dos Direitos da Criança de 1959.⁴ No seu considerando 3.º, prevê este instrumento que:

(...) a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento. A declaração consagra nove princípios. O segundo princípio prevê que “[a] criança gozará de uma protecção especial e beneficiará de oportunidades e serviços dispensados pela lei e outros meios, para que possa desenvolver-se física, intelectual, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis

³ Pelo interesse que tem este instrumento internacional, reproduzimos os artigos 2.º, 4.º e 5.º. “Artigo 2º - A criança que tem fome deve ser alimentada; a criança doente deve ser cuidada; a criança que está atrasada deve ser encorajada; a criança em conflito com a lei deve ser recuperada; a criança órfã e abandonada deve ser recolhida e resgatada. Artigo 4º - A criança deve ter meios de subsistência e deve ser protegida contra toda exploração. Artigo 5º - A criança deve ser educada com o sentimento de que suas melhores qualidades devem ser colocadas a serviço do próximo.”

⁴ Proclamada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 1386 (XIV), de 20 de novembro de 1959.

com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança."^{5 6}

Seguiu-se-lhe a Convenção sobre os Direitos da Criança, assinada em Nova Iorque em 26 de janeiro de 1990⁷, cujo artigo 3.º, n.º 2, prevê que "[os] Estados Partes comprometem-se a garantir à criança a proteção e

⁵ Também outros princípios assumem especial importância na proteção das crianças, como é o caso dos princípios 4.º, 6.º e 7.º, que se transcrevem. "*Princípio 4.º - A criança deve beneficiar da segurança social. Tem direito a crescer e a desenvolver-se com boa saúde; para este fim, deverão proporcionar-se quer à criança quer à sua mãe cuidados especiais, designadamente, tratamento pré e pós-natal. A criança tem direito a uma adequada alimentação, habitação, recreio e cuidados médicos. Princípio 6.º - A criança precisa de amor e compreensão para o pleno e harmonioso desenvolvimento da sua personalidade. Na medida do possível, deverá crescer com os cuidados e sob a responsabilidade dos seus pais e, em qualquer caso, num ambiente de afecto e segurança moral e material; salvo em circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não deve ser separada da sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas têm o dever de cuidar especialmente das crianças sem família e das que careçam de meios de subsistência. Para a manutenção dos filhos de famílias numerosas é conveniente a atribuição de subsídios estatais ou outra assistência. Princípio 7.º - A criança tem direito à educação, que deve ser gratuita e obrigatória, pelo menos nos graus elementares. Deve ser-lhe ministrada uma educação que promova a sua cultura e lhe permita, em condições de igualdade de oportunidades, desenvolver as suas aptidões mentais, o seu sentido de responsabilidade moral e social e tornar-se um membro útil à sociedade. O interesse superior da criança deve ser o princípio directivo de quem tem a responsabilidade da sua educação e orientação, responsabilidade essa que cabe, em primeiro lugar, aos seus pais. A criança deve ter plena oportunidade para brincar e para se dedicar a actividades recreativas, que devem ser orientadas para os mesmos objectivos da educação; a sociedade e as autoridades públicas deverão esforçar-se por promover o gozo destes direitos.*"

⁶ É reconhecida a necessidade que ainda subsiste de serem garantidos e mais bem promovidos os direitos das crianças. Estas são aquelas que sofrem o impacto mais direto e imediato da existência de crises, desde as do foro familiar às crises económicas internacionais e conflitos, situações essas que continuam a assolar a sociedade em que vivemos. Esses impactos, sendo de diversa ordem, podem incidir na dificuldade das crianças no acesso ao alimento, na garantia de uma habitação saudável, ao seu abandono precoce do sistema de ensino, bem como, o afastamento da família ou o impedimento da sua integração plena na construção da sociedade. As crianças em Portugal não são exceção e estão expostas a estas possibilidades, sendo por isso imprescindível que lhes seja garantido um ambiente inclusivo, saudável, que promova o desenvolvimento.

⁷ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 8 de junho de 1990. Esta convenção, consiste no primeiro instrumento de direito internacional a conceder força jurídica internacional aos direitos da criança. A diferença fundamental entre este texto e a Declaração dos Direitos da Criança, consiste no facto de a Convenção tornar os Estados, que nela são partes, juridicamente responsáveis pela realização dos Direitos da Criança e por todas as ações que tomem em relação às crianças enquanto a Declaração de 1959 impunha meras obrigações de carácter moral.

os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a seu cargo e, para este efeito, tomam todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.⁸

Por fim a Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, que foi formalmente adotada em Nice, em 7 de dezembro de 2000, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão.

Este instrumento internacional, consagra o Artigo 24.^o aos direitos das crianças, prevendo que:

“1. As crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade.

2. Todos os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.

3. Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses.”

1.b. A Constituição da República Portuguesa

No que respeita ao exercício das responsabilidades parentais, a Constituição da República Portuguesa, prevê em especial, no seu artigo 36.^o, n.^o 5, que “[o]s pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.”⁹

Desta previsão, resulta que os progenitores têm o direito fundamental e o dever de educação e manutenção dos filhos, que se configura como uma obrigação de cuidado parental.¹⁰ Os pais têm um direito de educar

⁸ Também assumem especial relevância os artigos 3.^o, n.^o 1 e 5.^o, que ora se transcrevem: Artigo 3.^o n.^o 1 - “Todas as decisões relativas às crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o superior interesse da criança.” Artigo 5.^o - “Os Estados Partes respeitam as responsabilidades, direitos e deveres dos pais e, sendo caso disso, dos membros da família alargada ou da comunidade nos termos dos costumes locais, dos representantes legais ou de outras pessoas que tenham a criança legalmente a seu cargo, de assegurar à criança, de forma compatível com o desenvolvimento das suas capacidades, a orientação e os conselhos adequados ao exercício dos direitos que lhes são reconhecidos pela presente Convenção.”

⁹ Trata-se de um direito e de um dever dos pais em relação aos filhos que foi introduzido no texto constitucional na revisão constitucional de 1989, cujo texto original previa “Os pais tem o direito e o dever de educação dos filhos.”

¹⁰ Assim, CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República*

e manter os filhos, atuando no superior interesse dos filhos,^{11 12} por lhes ser atribuído o primado da definição do interesse dos mesmos,¹³ mas fazendo-o com vista à sua própria realização pessoal.^{14 15} Tal direito e dever de educação não se confina ao ensino, envolve quer a formação, quer a educação propriamente dita¹⁶, sendo que os pais têm prioridade na escolha do género de educação a dar aos filhos.¹⁷ No que respeita ao direito e

Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora: 2007, p. 565.

¹¹ Sobre a proveniência do princípio do superior interesse da criança, no sentido de ter inspiração no instituto inglês do *parens patriam* que estabelecia a prerrogativa do rei em proteger aqueles que não podiam fazê-lo, LANÇA, Hugo Cunha – *Cartografia do Direito das Famílias, Crianças e Adolescentes*, Edições Silabo: 2018, p. 39.

¹² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17/06/2024, Proc. n.º 7833/21.2T8PRT.P1, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/5f78978d2481cbad80258b57004994bf?OpenDocument>. “O interesse superior da criança deve ser entendido como o “direito da criança ao desenvolvimento são e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social em condições de liberdade e de dignidade” e está relacionado com o exercício efetivo dos seus direitos o que significa que no confronto dos vários interesses em presença, porventura legítimos, deve dar-se preferência e prevalência à solução que melhor garante o exercício dos seus direitos.”

¹³ Assim, MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2005, p. 413.

¹⁴ Neste sentido, MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.º Edição, revista, atualizada e ampliada, Coimbra Editora, 2010, p. 828, “Na perspectiva constitucional, a educação e a manutenção dos filhos constitui, não apenas um dever – e daí a doutrina e a legislação mais recente preferiam pôr o acento tónico, mais do que na ideia de um poder paternal, na afirmação das responsabilidades parentais – mas de um direito fundamental dos pais, contribuindo para a sua plena realização pessoal.”

¹⁵ Corolário desta previsão é o facto de pais e filhos se deverem mutuamente respeito (Artigo 1874.º, n.º 1 Código Civil). Sobre o facto de a relação de filiação não ser só tarefa dos pais, mas também dos filhos, como decorre da existência de deveres mútuos e de não ser só estabelecida no interesse dos filhos, mas também dos pais, entendendo que “[a] filiação traduz-se numa progressiva humanização entre pais e filhos através de estreitas relações de interdependência e comunicação”, CAMPOS, Diogo Leite de/ CAMPOS, Mónica Martinez de – *Lições de Direito da Família*, 6.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina: 2024, p. 443.

¹⁶ Que CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora: 2007, p. 565, descrevem como o processo global de socialização e aculturação, na medida em que ele é realizável dentro da família.

¹⁷ Assim MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.º Edição, revista, atualizada e ampliada, Coimbra Editora, 2010, p. 828.

dever de manutenção, considera-se que se trata do direito e dever de prover ao sustento dos filhos, dentro das possibilidades económicas dos pais e enquanto durarem as necessidades dos filhos, com as limitações legais (enquanto os pais tenham condições ou sejam obrigados a tal).¹⁸

Esse poder-dever de cuidado da família em relação à criança, consubstancia-se no exercício das responsabilidades parentais, o qual se configura como um conjunto de faculdades atribuídas aos pais no interesse dos filhos (assegurar o seu sustento, a sua saúde, a sua segurança, a administração dos seus bens e a sua representação) por mero efeito da filiação.^{19 20}

2. Conteúdo das responsabilidades parentais

As responsabilidades parentais, enquanto poder/dever de educação dos filhos, de conteúdo funcional e de carácter altruísta, exercido pelos pais no interesse dos filhos, não são uma mera faculdade, uma possibilidade concedida pela lei aos progenitores de uma criança.

Trata-se de um direito e de uma verdadeira obrigação – prevista

¹⁸ Considerando que “[q]uanto ao direito e ao dever de manutenção, ele envolve especialmente o dever de prover ao sustento dos filhos, dentro das capacidades económicas dos pais, até que eles estejam em condições (ou tenham obrigação de o fazer)”, CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora: 2007, p. 565.

¹⁹ Assim, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02-05-2017, no Processo n.º 897/12.1T2AMD-F.L1-1, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/50f92da258c65acc80258131003df2ce?OpenDocument>. “O exercício das responsabilidades parentais configura-se como um conjunto de faculdades cometidas aos pais no interesse dos filhos em ordem a assegurar convenientemente o seu sustento, saúde, segurança, a representação e a administração dos seus bens (artigo 1878.º do Código Civil). Os pais ficam automaticamente investidos na titularidade das responsabilidades parentais, independentemente da sua vontade e por meio efeito da filiação, não podendo renunciar a estas nem a qualquer dos direitos que as mesmas especialmente lhes conferem, sem prejuízo do que legalmente se dispõe a propósito da adopção (artigo 1882.º do Código Civil). As responsabilidades parentais são um meio de suprimento da incapacidade de exercício de direitos por parte da criança (artigo 124.º do Código Civil) e são preenchidas por um complexo conjunto de poderes e deveres funcionais atribuídos legalmente aos progenitores para a prossecução dos interesses pessoais e patrimoniais de que o filho menor não emancipado é titular.”

²⁰ No sentido de que “[a]s responsabilidades parentais consistem num conjunto de situações jurídicas que, normalmente, emergem do vínculo de filiação e incumbem aos pais com vista à proteção e promoção do desenvolvimento integral do filho menor não emancipado (arts. 1877.º e 1878.º)”, PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito da Família Contemporâneo*, 8.ª Edição, Gestlegal: 2023 p. 285-286.

constitucionalmente no artigo 36.º do nosso texto fundamental –, dos pais de alimentarem, proverem à segurança e saúde, educarem, sustentarem, representarem, ainda que nascituros, e administrarem os bens dos seus filhos, praticando todos os atos necessários para a prossecução de tais finalidades.

As responsabilidades parentais sobre as crianças e os jovens compreendem deveres quer quanto à sua pessoa, quer quanto ao seu património.

No que respeita à pessoa da criança ou do jovem, quanto ao dever de educação,²¹ cabe aos pais no exercício das responsabilidades parentais relativamente à pessoa dos filhos,²² e de acordo com as suas possibilidades,²³ promover o seu desenvolvimento físico, intelectual e moral, tendo em conta, em especial quanto aos filhos diminuídos física e mentalmente, a necessidade de proporcionar-lhes adequada instrução geral e profissional, correspondente às aptidões e inclinações de cada um, conforme se prevê no artigo 1885.º do C.C..

O artigo 1886.º consagra a educação religiosa dos filhos, reconhecendo aos pais dos menores de dezasseis anos competência para decidir so-

²¹ Que à luz do artigo 36.º, n.º 5 da CRP compete aos pais, os quais têm o direito e o dever de educação dos filhos.

²² No sentido de que “a atribuição aos pais, pelo artigo 1878.º, n.º 1, da competência para dirigir a educação dos filhos se deve entender como uma “reserva absoluta”, uma vez que os pais ou as pessoas em quem estes delegarem, têm o exclusivo da direção da educação dos filhos”, CAMPOS, Diogo Leite de/CAMPOS, Mónica Martinez de – Lições de Direito da Família, 6.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina: 2024, p. 445.

²³ O dever de educação depende das possibilidades económicas dos progenitores. Como escrevem PITÃO, José António de França/PITÃO, Gustavo França – *Responsabilidades parentais e alimentos*, Quid Iuris: 2018, p. 49, “[e]sta responsabilidade parental está balizada pelas possibilidades dos progenitores. Assim se pai e mãe são trabalhadores por conta de outrem, auferindo cada um deles o salário mínimo nacional, não é exigível que proporcionem ao filho menor as mesmas condições que podem ser dadas por um casal com rendimentos abastados. Contudo, não pode deixar de ter-se em conta o papel primordial do Estado na participação na educação dos filhos, desde a nascença e até completarem a sua formação profissional, como resulta dos artigos 67.º, n.º 2, alíneas b) e c), 68.º, n.º 1, 70.º, n.º 1, 73.º, n.º 1 e 74.º, todos da Constituição da República Portuguesa. Deles resulta a obrigatoriedade da defesa do Estado Social, proporcionando aos cidadãos o acesso a creches para os filhos, desde a infância destes, e bem assim, o acesso à educação, estabelecendo o ensino obrigatório, tendencialmente gratuito, das crianças e jovens em escolas públicas.” A estas facilidades, acrescem as previstas na designada proteção social no que respeita à maternidade, paternidade e adoção. Sobre esta matéria, ACÚRSIO; Carla – *A proteção social no regime das responsabilidades parentais*, Quid Iuris: 2010, p. 15 e ss.

bre a matéria.²⁴

Acresce ainda mencionar o dever de sustento, este caracterizado como dever de manutenção dos filhos é imposto constitucionalmente pelo disposto no artigo 36.º, n.º 5 da Constituição da República Portuguesa. Este dever compreende a habitação, o vestuário, a alimentação e como refere Jorge Duarte Pinheiro,²⁵ “...todas as situações jurídicas em que se desdobram as responsabilidades parentais (v.g. prestações de saúde e a segurança, exigidas pelo poder de guarda, ou com a educação, decorrentes do poder-dever de educar).”

Quanto ao património dos filhos, os pais têm a incumbência de prover à administração dos bens dos filhos, praticando todos os necessários atos ao alcance desse desiderato.²⁶

A administração dos bens de criança vem prevista nos artigos 1888.º²⁷ e seguintes do C.C.. A administração pode ser realizada pelo progenitor a quem for atribuído o exercício das responsabilidades parentais sobre a criança, ou pelo outro progenitor, conforme o que se preveja no acordo, no entanto, se nada ficar expressamente previsto quanto à matéria da administração do património da criança, entende-se que o mesmo é administrado pelo progenitor que exerce as responsabilidades parentais.

A administração dos bens do filho, é sempre realizada no interesse dele e em certas situações os pais ficam afastados da administração²⁸ e

²⁴ O artigo 11.º n.º 1, da Lei da Liberdade Religiosa, prevê que os pais têm o direito de educação religiosa dos filhos “em coerência com as próprias convicções em matéria religiosa, no respeito da integridade moral e física dos filhos e sem prejuízo da saúde destes.”

²⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito da Família Contemporâneo*, 8.ª Edição, Gestlegal: 2023, p. 302.

²⁶ Nos termos do disposto no art.º 1888.º do C.C.: “1 – Os pais não têm a administração: a) Dos bens que procedam de sucessão da qual os pais tenham sido excluídos por indignidade ou deserção, b) Dos bens que o menor tenha recebido por sucessão ou doação contra a vontade dos pais, c) Dos bens deixados ou doados ao filho com exclusão da administração dos pais, e ainda, d) Dos bens adquiridos pelo filho maior de dezasseis anos pelo seu trabalho. 2 – A exclusão da administração, nos termos da al. c) do número anterior, é permitida mesmo relativamente a bens que caibam ao filho a título de legítima.”.

²⁷ Quanto à primeira situação, em que os pais não têm a administração dos bens dos bens do filho, o legislador identifica quatro situações no art.º 1888.º do C.C.: os bens que procedam de sucessão da qual os pais tenham sido excluídos por indignidade ou deserção, dos bens que o menor tenha recebido por sucessão ou doação contra a vontade dos pais, dos bens deixados ou doados ao filho com exclusão da administração dos pais e ainda dos bens adquiridos pelo filho maior de dezasseis anos pelo seu trabalho.

²⁸ Nos termos do artigo 1888.º e relativamente aos bens do filho que procedam de sucessão da qual os pais tenham sido excluídos por indignidade ou deserção, dos bens

noutras e relativamente à prática de certos atos, os pais não podem agir sem autorização do tribunal, como a alienação ou oneração de bens, a votação, nas assembleias gerais das sociedades, de deliberações que importem a sua dissolução, repúdio de herança ou de legado, aceitação de herança, de doação ou de legado com encargos, entre outros, conforme disposto no artigo 1889.º do C.C..

Ambas as vertentes se enquadram no conceito de direito e dever de cuidado da família em relação à criança, protagonizado em primeiro lugar pelos progenitores.

3. Exercício das responsabilidades parentais

3.a. Exercício das responsabilidades parentais na constância do matrimónio e quanto à filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que vivem em condições análogas às dos cônjuges ou que não vivem em condições análogas às dos cônjuges, mas que exercem em comum as responsabilidades parentais

Na constância do matrimónio, o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os cônjuges (artigo 1901.º CC).²⁹ Tal significa que os progenitores exercem as responsabilidades parentais de comum acordo³⁰ e se faltar o acordo quanto a questões de particular importância, qualquer dos progenitores pode recorrer ao tribunal que tentará o acordo (art.º 1901, 1/2 e art.º 44 do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro³¹).³²

Este mesmo regime é aplicável no que respeita à filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que vivam em condições análogas às dos cônjuges e ainda quanto à filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que não vivem em condições análogas às dos cônjuges, mas que

que tenham advindo ao filho por doação ou sucessão contra a vontade dos pais, dos bens deixados ou doados ao filho com exclusão da administração dos pais, dos bens adquiridos pelo filho maior de dezasseis anos pelo seu trabalho.

²⁹ No caso de os progenitores serem casados entre si, têm ambos iguais direitos e deveres quanto à manutenção e educação dos filhos, nos termos do disposto no artigo 36, n.º 3 da CRP, conforme assinalámos supra.

³⁰ Tal como resulta dos n.ºs 1 e 2 do artigo 1901.º do C.C..

³¹ Sobre esta providência tutelar cível, GOMES, Ana Sofia – *As recentes alterações legislativas ao direito das crianças em Portugal*, in *Direitos das Crianças: Novos Regimes Nacionais e Direito Transnacional*, Ana Sofia da Silva Gomes (coordenação), Universidade Lusíada Editora: 2018, p. 15-45, 38 e ss.

³² Neste sentido, CRUZ, Rossana Martingo – *Noções gerais de Direito da Família e das Crianças*, Gestlegal: 2024, pp. 113-114.

exercem em comum as responsabilidades parentais.

Por força da Lei n.º 137/2015, de 7 de setembro, que introduziu o novo artigo 1904.º-A ao código civil, também se aplica ao exercício conjunto das responsabilidades parentais pelo único progenitor e pelo seu cônjuge ou unido de facto, com algumas particularidades de regime.

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 1911.º CC e no n.º 2 do artigo 1912.º, este regime é aplicável também no que respeita à filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que vivem em condições análogas às dos cônjuges ou que não vivem em condições análogas às dos cônjuges mas que exercem em comum as responsabilidades parentais.

3.b. Exercício das responsabilidades parentais por apenas um dos progenitores

No caso de um dos progenitores não puder exercer as responsabilidades parentais por motivo de ausência, incapacidade ou outro impedimento decretado pelo tribunal, caberá esse exercício ao progenitor não impedido ou, em caso de impedimento deste, e por decisão judicial, ao cônjuge ou unido de facto de qualquer dos progenitores, ou a alguém da família de qualquer dos progenitores (artigo 1903.º/1).³³ Em face da ausência de familiares de qualquer dos progenitores, será de deferir o exercício das responsabilidades parentais a um terceiro que tenha um vínculo especial com a criança ou jovem e reúna condições para tanto.

3.c. Exercício conjunto das responsabilidades parentais pelo único progenitor e o seu cônjuge ou unido de fato

As responsabilidades parentais podem também ser exercidas conjuntamente pelo único progenitor e pelo seu cônjuge ou unido de facto (artigo 1904.º – A) introduzido pela Lei n.º 137/2015, de 7 de setembro.³⁴ Nesta medida, o direito e o dever de cuidado da família em relação à

³³ Quanto a esta situação escreve LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito da Família*, Almedina: 2024, p. 265, que “[n]o caso de um dos progenitores se encontrar impedido de exercer as responsabilidades parentais por ausência, incapacidade ou outro impedimento decretado pelo tribunal, caberá esse exercício ao outro progenitor, ou em caso de impedimento deste, por decisão judicial, ao cônjuge ou unido de facto de qualquer dos pais, ou a alguém da família destes (art.º 1903.º, n.º 1 do C.C.).”

³⁴ Sobre esta possibilidade escreve LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito da Família*, Almedina: 2024, p. 266, que “[e]fectivamente, a lei agora determina que, quando a filiação se encontre estabelecida apenas quanto a um dos pais, as responsabilidades parentais podem também ser atribuídas, por decisão judicial, ao cônjuge ou unido de facto deste, passando este também a exercê-las em conjunto com o progenitor (Artigo 1904.º – A, n.º 1).”

criança, estende-se para além da família biológica, à família dos afetos.

Tal alteração visa a plena integração da criança na estrutura familiar, adaptando-se às necessidades com que a realidade atual nos surpreende,³⁵ sinal inequívoco da aceitação legal da permeabilidade do direito da família às transformações sociais.³⁶

A realidade sociológica ultrapassa o paradigma jusfamiliar tradicional, estabelecido em estreita ligação com as conceções morais, sociais e políticas,³⁷ alterando-o e dotando-o de novas potencialidades.

A noção de família, consolidada do ponto de vista jurídico, e consolidada na existência de laços familiares, conhece contornos inovadores do ponto de vista sociológico³⁸ e afetivo,³⁹ fundados na necessidade de recomposição familiar.

As funções desempenhadas tradicionalmente pela instituição familiar, bem como a extensão da mesma, vêm conhecendo novas vertentes, por cuja via se adaptam as realidades às suas necessidades prementes. Muito se vem comentando sobre a designada família dos afetos e a sua relação e a sua distinção relativamente à família biológica, sendo a conclusão em sentido crescente da sua incontornável necessidade para a sociedade contemporânea, tão fechada sobre si mesma, como carecida de contactos e de abertura face

³⁵ Neste sentido se manifestam CÔRTE-Real, Carlos Pamplona/PEREIRA, José Silva - *Direito da Família* - Tópicos para uma reflexão crítica, 2.^a Edição actualizada, AAFDL: 2011, p. 200-201.

³⁶ A que aludem COELHO, Francisco Pereira/ OLIVEIRA, Guilherme - *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.^a Edição (Reimpressão), Coimbra Editora: 2014, p. 147.

³⁷ Considerando que "(...) o direito da família se encontra em estreita ligação com as concepções morais, sociais e políticas até, que em cada momento são dominantes uma determinada sociedade", RAMOS, Rui Manuel Moura - A evolução recente do direito internacional privado da Família, in *Direito da Família e dos Menores. Que direitos no século XXI?*, Maria Eduarda Azevedo/Ana Sofia Gomes (Coordenação), Universidade Lusíada Editora: 2014, pp. 67-82, 67.

³⁸ Com influência determinante da posição de independência da mulher na sociedade atual, como salienta OLIVEIRA, Mário Ferraz - *Algumas Reflexões do carácter comportamental e sociológico sobre o casamento*, in *Direito da Família e dos Menores. Que direitos no século XXI?*, Maria Eduarda Azevedo/Ana Sofia Gomes (Coordenação), Lisboa, Universidade Lusíada Editora: 2014, p. 61-65.

³⁹ Como nota PEREIRA, Margarida Silva - *Direito da Família, Elementos de Estudo*, Lisboa, Editora AAFDL: 2014, p. 69, "...seja pela celebração de novo casamento, seja pela união com companheiro, gera[-se] uma nova família. Criam-se as mais das vezes laços de intimidade entre o novo cônjuge ou companheiro de cada progenitor e a criança do casamento prévio. Em muito casos, novas natalidades, permitem o surgimento de "meios-irmãos" que, pela proximidade etária e pela educação parcialmente conjunta, se afirmam como relações de verdadeira irmandade."

aos outros e à necessidade de atenção destes. Se, em geral, a natureza social do homem indica a necessidade de o mesmo viver em comunhão, no mundo infantil, a necessidade de partilha é muito mais acentuada, motivando a sociedade a descobrir formas alternativas de bem-estar e de equilíbrio. De reconstituição, na medida do possível, e na falta de uma família biológica estruturada e presente, de um ambiente familiar de referência para a criança, tendo sempre presente que é nesse ambiente familiar que a criança projeta os seus afetos e sentimentos, em função dos afetos e sentimentos que lhe são projetados.⁴⁰ É através dessa família e do amor e da estabilidade que a mesma lhe assegura, que a criança tem a primeira visão do seu eu, que é aquela que lhe é transmitida pelo seu núcleo familiar. Esta necessidade que é sentida e expressa desde os tempos mais remotos, pode ser concretizada no mundo contemporâneo na adoção e na consagração de soluções que só a genética pode oferecer com vista à ultrapassagem de dificuldades procriativas, estendendo-se também ao domínio fundamental do exercício das responsabilidades parentais. Atualmente, o ordenamento jurídico português, que já previa o exercício das responsabilidades parentais por terceiros, passou a prever o exercício conjunto das responsabilidades parentais pelo único progenitor da criança e pelo seu cônjuge ou unido de facto. Privilegia-se, assim, em geral, para além dos laços de sangue, os laços de afeto e a experiência de uma partilha de vida. Foi esta a linha seguida pelo legislador ao aprovar a Lei n.º 137/2015, de 7 de setembro, que altera o regime de exercício das responsabilidades parentais, estendendo a possibilidade do seu exercício ao cônjuge ou companheiro do progenitor da criança.⁴¹ No entanto, tal possibilidade só

⁴⁰ Sobre a influência e o alcance dos afectos no âmbito familiar, DINIZ, João Seabra – *Família Lugar dos Afectos*, in Estudos em homenagem a Rui Epifânio, Armando Leandro/Álvaro Laborinho Lúcio/Paulo Guerra (Coord.), Almedina: 2010, pp. 143-162 149, no sentido de que “[o] filho pensa-se, vê-se, sente-se a partir do que os pais pensam, veem e sentem dele. Mais tarde, organizará as suas próprias ideias e a sua maneira de pensar. Mas é bem mais difícil distanciar-se da maneira de sentir que recebeu desse mundo do afeto dos pais, em que começou por se encontrar mergulhado e situado. Na maior parte das vezes, essa maneira de sentir fica a condicionar para sempre a tonalidade de base que marca o humor da pessoa e o seu sentimento do mundo. Ou mais precisamente, o sentimento de si no mundo.”

⁴¹ Acautelando os interesses das crianças e jovens que viviam e vivem em famílias monoparentais, fruto também de inseminações artificiais, e na companhia do cônjuge ou unido de facto do seu progenitor, permitindo aprofundar os laços relacionais com estes. Neste sentido, PITÃO, José António de França/PITÃO, Gustavo França – *Responsabilidades parentais e alimentos*, Quid Iuris: 2018, p. 90, consideram que “[o] objetivo do legislador foi certamente o de acautelar os interesses de tantas crianças e jovens, sobretudo em famílias monoparentais, cujo progenitor conhecido, que tem aquele a seu cargo, decidiu em determinado momento prosseguir a sua vida com outra pessoa, por via do casamento ou da união de facto.

é admitida nos casos em que a filiação se encontra estabelecida apenas em relação a um progenitor e fica dependente de pedido a formular pelo progenitor e pelo seu cônjuge ou unido de facto, sendo determinada por decisão judicial.⁴² Trata-se, como defende Rui Moura Ramos, de uma consagração legal “(...) em estreita ligação com as concepções morais, sociais e políticas até, que em cada momento são dominantes numa determinada sociedade.”⁴³

O início e a extinção das responsabilidades parentais, nestas circunstâncias, ficam dependentes de decisão judicial.

Na sequência lógica da adoção dessa disposição, o legislador veio consagrar a aplicação a uma situação de divórcio, separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, separação de facto ou cessação da coabitação entre os corresponsáveis parentais, do regime previsto nos artigos 1905.º e 1906.º, ambos do Código Civil, com as devidas adaptações.⁴⁴ Esta solução consagra a perenidade das relações psicológicas profundas, da relação estabelecida entre a criança e o cônjuge ou unido de facto do progenitor e, vem plasmar, com as necessárias obrigações e direitos, situações que já vinham ocorrendo na nossa sociedade em que havendo rutura da relação entre o progenitor e o seu cônjuge ou unido de facto, se mantinha uma ligação afetiva com a criança ou jovem. Pressupõe agora, quanto ao progenitor e ao ex-cônjuge ou ex-companheiro, uma capacidade de negociação e de cooperação⁴⁵ no interesse da criança.

Este novo regime, suscita um número apreciável de questões. A regulação do exercício das responsabilidades parentais ao abrigo de tais disposições legais, pressupõe a determinação dos responsáveis pelo exercício das responsabilidades parentais, a fixação da residência^{46 47} da crian-

⁴² Nos termos do disposto no artigo 1904.º-A, n.º 4.

⁴³ RAMOS, Rui Manuel Moura – *A evolução recente do direito internacional privado da família*, in *Direito da Família e dos Menores: que direitos no século XXI?*, Maria Eduarda Azevedo/Ana Sofia Gomes (Coord.), Universidade Lusíada Editora: 2014, pp. 67-82 67.

⁴⁴ Nos termos do disposto no artigo 1904.º-A, n.º 5.

⁴⁵ Trata-se da mesma capacidade de negociação e cooperação, pressuposta quanto ao exercício em conjunto das responsabilidades parentais pelos progenitores a que aludem CAMPOS, Diogo Leite de/CAMPOS, Mónica Martinez de – *Lições de Direito da Família*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 412.

⁴⁶ Entendendo que “[é] pela necessidade de propiciar condições para o exercício das responsabilidades parentais que a lei fixou a residência do filho junto dos pais”, OLIVEIRA, Guilherme – *Manual de Direito da Família*, 2.ª Edição, Almedina: 2024, p. 582.

⁴⁷ A residência do filho pode ser acordada ou determinada pelo tribunal junto de um ou de ambos os progenitores. A designada residência alternada ganhou novo fôlego com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, pois anteriormente era muito comum a residência

ça ou do jovem, de um regime de visitas e da fixação da contribuição para o seu sustento, a título de alimentos.

Para além destes aspetos, outros poderão/deverão também ser tidos em consideração, como seja a possibilidade de subsunção de tal situação ao disposto no artigo 1793.º do código civil, relativamente à atribuição do uso da casa de morada de família, que conta, entre os seus pressupostos, com o interesse dos filhos do casal. Solução contrária, pode significar uma discriminação dos filhos de um dos membros do casal, cujo exercício da responsabilidade parental esteja entregue ao ex-casal.

A consagração de um impedimento matrimonial decorrente da existência de uma anterior relação de responsabilidades parentais, surge, assim, em conformidade com o novo regime instituído (artigo 1602.º, alínea b) do CC).

O impedimento de um dos progenitores para exercer as responsabilidades parentais, determina o respetivo exercício pelo outro progenitor e, se existir impedimento deste, por decisão judicial, serão as mesmas exercidas em primeiro lugar pelo cônjuge ou unido de facto de qualquer dos progenitores, e, em segundo lugar, por alguém da família dos progenitores (artigo 1903.º CC).

Em caso de morte de um dos progenitores, as responsabilidades parentais são exercidas pelo progenitor sobrevivente, e, em caso de impedimento deste, aplica-se o regime previsto no artigo 1903.º do CC, sem prejuízo de o tribunal dever ter em conta disposição testamentária do progenitor falecido, que designe tutor para a criança (1904.º, n.º 2 CC).

3.d. Exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento

O artigo 1906.º do C.C., aplica-se à regulação das responsabilidades parentais em caso de divórcio,⁴⁸ separação judicial de pessoas e bens, de-

ser estabelecida junto da progenitora. Para tal acordo ou decisão não será, atualmente, de considerar a figura de referência, uma vez que ambos os progenitores estão igualmente preparados para assumir o tratamento dos filhos e acompanhar as suas rotinas, como defende OLIVEIRA, Guilherme – *Ascensão e queda da doutrina do «cuidador principal»*, *Lex familiae*, 8 (2011), pp. 5-17. Neste sentido, considera PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito da Família Contemporâneo*, 8.ª Edição, Gestlegal: 2023, p. 318, que [o] critério da figura primária de referência constitui elemento característico de sistemas de regulação do exercício das responsabilidades parentais que discriminam entre progenitores e que descriminam entre filhos (consoante os respetivos progenitores vivam ou não juntos)."

⁴⁸ Naturalmente que não devemos olvidar que em caso de divórcio, deve haver recurso prévio à mediação familiar, sendo obrigatória a informação aos cônjuges sobre

claração de nulidade ou anulação do casamento. Prevê o mencionado preceito que “*As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.*” A redação conferida pela Lei n.º 61/2008, veio cometer o exercício das responsabilidades parentais a ambos os progenitores, exceto quando se mostrar contrário ao interesse do filho. Nesse caso, deve o tribunal decidir que as responsabilidades parentais são apenas exercidas por um dos progenitores mediante decisão fundamentada (art.º 1906.º/2 CC). Considera-se que o exercício em comum das responsabilidades parentais pode ser julgado contrário aos interesses do filho nas situações em que for decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contato entre os progenitores ou estiverem em grave risco os direitos e a segurança da vítima de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus-tratos ou abuso sexual de crianças (art.º 1906.º-A CC).⁴⁹

3.e. Exercício das responsabilidades parentais por um terceiro

O exercício das responsabilidades parentais, pode, na falta ou impossibilidade dos progenitores ou outros familiares, conforme referido anteriormente, ser cometido a um terceiro,⁵⁰ familiar ou não (artigo 1907). No entanto, a pessoa com quem a criança ou jovem passa a residir, não

a existência e a possibilidade de recurso ao serviço de mediação familiar, a qual pode desempenhar um papel fundamental para o alcance de um acordo, salvaguardando também o superior interesse da criança na preservação de boas relações entre os seus progenitores. Sobre a mediação familiar ver SEVERINO; Rita – *As Rupturas Conjugais e as Responsabilidades parentais, mediação familiar em Portugal*, Universidade Católica Editora: 2012, GOMES, Ana Sofia – *Responsabilidades parentais*, 3ª Edição: Quid Iuris: 2012, pp. 125 e ss.

⁴⁹ Em consonância com esta alteração ao código civil, introduzida pela Lei n.º 47/2017, de 24 de maio, foi também aditado o artigo 44.º-A ao que Regime Geral do Processo Tutelar Cível (pela Lei n.º 24/2017, de 24 de maio) que estabelece “[q]uando seja decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores ou se estiver em grave risco os direitos e a segurança das vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças, o Ministério Público requer, no prazo máximo de 48 horas após ter conhecimento da situação, a regulação ou alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais.”

⁵⁰ No sentido de o exercício das responsabilidades parentais poder ser exercido pelo padrinho no âmbito do apadrinhamento civil, AMARAL; Jorge Augusto Pais de – *Direito da Família e das Sucessões*, 6.ª Edição, Almedina: 2022, p. 249-251, PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito da Família Contemporâneo*, 8.ª Edição, Gestlegal: 2023, p. 310-311.

exerce integralmente as responsabilidades parentais, apenas recebe os poderes e deveres que se tornem indispensáveis para o adequado desempenho das suas funções.⁵¹

4. O conceito de questões de particular importância

O conceito de questões de particular importância já se encontrava consagrado no artigo 1901.º n.º 2, na redação do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro.

A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, veio introduzir esse conceito ao nível do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento.

4.a. Questões de particular Importância

Importa determinar o que são questões de particular importância.⁵² Trata-se de um conceito indeterminado cujo conteúdo tem vindo a ser fixado pela doutrina e pela jurisprudência, e que permite acolher as

⁵¹ Assim, GONZÁLEZ; José Alberto – *Código Civil Anotado*, Vol. V, 2.ª Edição, Quid Iuris: 2021, p. 413, que entende que em consequência disso “(...) os progenitores conservam o que resta, ainda que dependam de decisão judicial para que se definam os termos do seu exercício.”

⁵² Entendem PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA in *Código Civil Anotado*, Vol. V, Coimbra Editora: 1995, pp. 393-394, que “A particular importância do acto parece, no entanto, que deve medir-se pelas suas qualidades objectivas, tendo em conta a pessoa ou o pecúlio do menor e não apenas o relevo subjectivo que lhe atribua qualquer dos progenitores.” Considerando que “[a] doutrina e a jurisprudência têm elencado uma lista mais ou menos extensa sobre as situações concretas que devem enquadrar-se dentro do conceito geral de questão de particular importância para a vida do filho, a que se referem o n.º 2 do artigo 1901: e o n.º 2 do artigo 1906, ambos do Código Civil”, PITÃO, José António de França/PITÃO, Gustavo França – *Responsabilidades parentais e alimentos*, Quid Iuris: 2018, p. 124-125. Assim elencam os autores uma enumeração exemplificativa que inclui: decisões sobre intervenções cirúrgicas do filho que não sejam absolutamente necessárias, saída do filho para o estrangeiro mesmo em período de férias, obtenção de licença para a condução de ciclomotores, escolha entre o ensino público e o ensino particular, mudança de escola, actos de administração dos bens do filho que envolvam oneração, educação religiosa do filho até aos dezasseis anos, pratica de atividades desportivas que envolvam risco para a saúde ou integridade física, autorização para casamento, orientação profissional do filho, participação em programas de televisão que possam ter consequências negativas para o filho, participação em casting para cinema ou telenovela, participação da criança em anúncios com divulgação de imagem, divulgação da fotografia da criança em redes sociais, exercício de uma atividade profissional pela criança, mudança de residência da criança para local distante da residência habitual, requisição de passaporte.

especificidades e necessidades da vida de cada criança.⁵³ Tal conceito constitui a pedra basilar do exercício das responsabilidades parentais, devendo ser encontrado por contraposição ao conceito de atos da vida quotidiana do menor que o artigo 1906, n.º 3 designa como “*actos da vida corrente*”⁵⁴ e que cabem ao progenitor com quem o filho habitualmente reside, ou ao progenitor com quem o mesmo se encontra temporariamente. Porém, neste último caso, o progenitor com quem o menor não reside, “...*não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente.*”

Constituem atos da vida corrente da criança todos os atos do dia-a-dia da criança, que se traduzem em atos de gestão diária da sua vida, como sejam a alimentação, a higiene, o vestuário e o calçado, ir levar e buscar à escola e acompanhar nos estudos, efetuar a matrícula escolar, ocupação dos tempos livres com especial atenção ao uso de computadores para fins lúdicos, utilização de telemóveis, cuidados urgentes, acompanhamento a consultas médicas, marcação de consultas, decisão sobre os contatos sociais e saídas especialmente à noite, a disciplina.⁵⁵

⁵³ No sentido de que a densificação desse conceito só pode ser efetuada mediante a valoração das circunstâncias concretas, PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito da Família Contemporâneo*, Reimpressão da 3.ª Edição, Lisboa, aafdl, 2011, p. 344.

⁵⁴ Assim, MELO, Helena Gomes de/ RAPOSO, João Vasconcelos/ CARVALHO; Luís Batista/ BARGADO, Manuel do Carmo/ LEAL, Ana Teresa/ D’OLIVEIRA – *Felicidade, Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, Lisboa, Quid Iuris, 2009, p. 136. No mesmo sentido, COELHO, Carla Xavier – *Questões de particular Importância – Breves Notas*, in *Vida Intrauterina, Início da Personalidade, Família e Crianças, Direito Interno e Transnacional*, Ana Sofia Gomes (Coordenação), Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2023, p. 10.

⁵⁵ No mesmo sentido, RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *O divórcio e questões conexas*, Lisboa, Quid Iuris, 2009, p. 148, considera que “...são atos da vida corrente todos aqueles que se relacionem com o dia-a-dia do filho, com o seu quotidiano, nomeadamente: as decisões relativas à disciplina, ao tipo de alimentação, dieta, atividades de ocupação dos tempos livres, contactos sociais, cuidados urgentes, levar e ir buscar o filho regularmente à escola, verificar as lições da semana e acompanhar nos trabalhos escolares, efectuar a matrícula escolar, decisões quanto à sua higiene diária, ao seu vestuário e calçado, a imposição de regras, decisões sobre as idas ao cinema e a sair de casa, em especial à noite, das consultas médicas de rotina, sobre o tipo de programas televisivos que pode assistir, sobre o uso e utilização de telemóvel.” Também no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2 de maio de 2017, proferido no processo n.º 897/12.1T2AMD-F.L1-1, supra citado, são indicados a título exemplificativo “...as decisões relativas à disciplina, ao tipo de alimentação, dieta, atividades e ocupação de tempos livres, as decisões quanto aos contatos sociais, o ato de levar e ir buscar o filho regularmente à escola, acompanhar nos trabalhos escolares; as decisões quanto à higiene diária, ao vestuário e ao calçado; a imposição de regras, as decisões sobre idas ao cinema, ao teatro, a espetáculos ou saídas à noite, as consultas médicas de rotina.”

Quanto ao conceito de questões de particular importância entendemos que se tratam de questões sensíveis para a vida da criança, relativamente às quais se impõe uma ponderação conjunta e consensual por parte dos progenitores⁵⁶, mas que variam de criança para criança,⁵⁷ da sua sensibilidade e características, embora possam ser identificadas em geral (sem prejuízo de novas e futuras situações).

Saúde. Trata-se de questões que relacionadas com a saúde,⁵⁸ designadamente no que diz respeito a intervenções cirúrgicas das quais possa resultar perigo para a vida ou saúde da criança. Uma intervenção cirúrgica que não seja imperiosa, constituirá, por via de regra, uma questão de particular importância para a vida da criança ou jovem,⁵⁹ é o caso das cirurgias estéticas que não sejam efetuadas para correção de qualquer deformação grave, como é o caso de intervenções com o objetivo de perda de peso (lipoaspiração ou outras), aumento ou redução mamária, ou puras intervenções estéticas.⁶⁰ Mas as intervenções médicas suscetíveis de

⁵⁶ Assim, MELO, Helena Gomes de/ RAPOSO, João Vasconcelos/ CARVALHO, Luís Batista/ BARGADO, Manuel do Carmo/ LEAL, Ana Teresa/ D'OLIVEIRA - Felicidade, ob. cit, p. 138, entendem-nas como "(...) o conjunto dos atos de fundo que constituem as traves mestras da vida da criança ou do adolescente e que compõem o núcleo essencial dos seus direitos." Para BOLIERO, Helena/ GUERRA, Paulo - *A criança e a família - uma questão de Direito(s). Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 175, nota 24, "a exposição de motivos que integra os trabalhos preparatórios da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, (...) dá uma diretiva, esclarecendo que tais assuntos são aqueles que se resumem a questões existenciais graves e raras na vida de uma criança, questões essas que «pertencem ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças»".

⁵⁷ Neste sentido, entendendo que as questões de particular importância devem variar de acordo com cada criança, tendo em atenção a sua personalidade e os costumes de cada família, SOTTOMAYOR, Maria Clara - *A regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio*, 6.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2014, p. 320.

⁵⁸ Sobre a saúde pediátrica ver PINHEIRO, Jorge Duarte, *Temas de Direito Pediátrico*, Coimbra, Gestlegal: 2021, p. 137-200, bem como, do mesmo autor, *Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança*, Gestlegal: 2020.

⁵⁹ Neste sentido, PITÃO, José António de França/PITÃO, Gustavo França - *Responsabilidades parentais e alimentos*, Quid Iuris: 2018, p. 124.

⁶⁰ Quanto a tatuagens, suscita COELHO, Carla Xavier - *Questões de particular Importância - Breves Notas*, in *Vida Intrauterina, Início da Personalidade, Família e Crianças, Direito Interno e Transnacional*, Ana Sofia Gomes (Coordenação), Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2023, p. 12, a questão de saber se a realização das mesmas se enquadra no conceito de questão de particular importância ou não. Pela nossa parte entendemos que sim, na medida em que se trata de uma intervenção estética não essencial.

serem caracterizadas como questão de particular importância podem ser mais alargadas se se tratar de uma criança ou adolescente com saúde frágil, o que poderá incluir as próprias consultas médicas.

Educação. Também enquadrámos como questões de particular importância as decisões relativas à educação do menor,⁶¹ se deve estudar em estabelecimento de educação público ou privado,⁶² ou mesmo as alterações de uma escola privada para outra⁶³ ou se deve seguir uma educação religiosa⁶⁴.

Atividades extracurriculares. Nelas se enquadram também as atividades extracurriculares, que possam implicar risco acrescido para o menor, como a prática de desportos radicais,⁶⁵ considerados mais perigosos.

Deslocações ao estrangeiro. Ainda as deslocações ao estrangeiro, mesmo em períodos de férias,⁶⁶ para destinos perigosos, em virtude de perturbação da ordem interna, guerra, epidemia ou outra.

Alteração da residência. Também as alterações de residência podem configurar uma questão de particular importância,⁶⁷ quando sejam para local que impossibilite a manutenção das rotinas na atual residência da criança, por motivo de distância. A questão não é discutível se se tratar de uma mudança de residência para um país estrangeiro, pois nesse caso, em regra, ficam comprometidas as rotinas da criança e os regimes de visitas

⁶¹ Entendendo que “[é] legítimo o poder de correção englobado na educação, mas apenas entendido de forma mitigada em repreensões, privação de divertimentos, etc., mas não em castigos corporais ou outros tratamentos humilhantes.” CHAVES, João Queiroga – Casamento Divórcio e União de Facto, 2.^a Edição, Lisboa, Quid Iuris, 2010, p. 226.

⁶² Assim PITÃO, José António de França/PITÃO, Gustavo França – *Responsabilidades parentais e alimentos*, Quid Iuris: 2018, p. 124.

⁶³ Na medida em que possa ser considerada de superior qualidade em termos da sua classificação no ranking de escolas.

⁶⁴ Neste sentido nos pronunciámos em *Responsabilidades parentais*, 3.^a Edição, Quid Iuris, 2012, p. 25. Também neste sentido, PITÃO, José António de França/PITÃO, Gustavo França – *Responsabilidades parentais e alimentos*, Quid Iuris: 2018, p. 124.

⁶⁵ Não existe uma enumeração de desportos que se enquadrem nesta classificação, embora se possa considerar: Speed Boat, Rappel, Canyoning, Passeios de Bicicleta, Paintball, Mergulho, Kayak, esqui e equitação.

⁶⁶ Acrescentando que mesmo em período de férias, PITÃO, José António de França/PITÃO, Gustavo França – *Responsabilidades parentais e alimentos*, Quid Iuris: 2018, p. 124

⁶⁷ Neste sentido OLIVEIRA, Guilherme – *Manual de Direito da Família*, 2.^o Edição, Almedina: 2024, p. 583, PITÃO, José António de França/PITÃO, Gustavo França – *Responsabilidades parentais e alimentos*, Quid Iuris: 2018, p. 124.

por parte do outro progenitor, ou em caso de residência alternada, a impossibilidade da sua manutenção, sendo caracterizadas como questões de particular importância. Mas pode ser alvo de ponderação se a alteração de residência se efetuar dentro do próprio país para elevada distância, como será o caso de Cascais para Vila Franca de Xira, ou do Porto para Braga, em qualquer destes casos e noutros envolvendo maiores distâncias, não é possível manter as mesmas rotinas, pelo menos sem acrescido prejuízo para o repouso da criança ou do jovem e noutros mesmo com esse prejuízo, fica inviabilizada totalmente a manutenção das rotinas em virtude da distância.

Obtenção de licença de ciclomotores. Entendemos que a obtenção de licença de ciclomotores, dado o risco acrescido que a sua condução provoca, também deve ser objeto de decisão concertada entre os progenitores.⁶⁸

Orientação profissional do filho. A indicação de qual o caminho a seguir em matéria de estudos, de acordo com as preferências do filho, deve também ser objeto de reflexão e decisão por ambos os progenitores.⁶⁹

5. Audição do menor

Para além do reforço do superior interesse da criança, através do cometimento a ambos os progenitores do poder de decisão relativo às questões de particular importância, também o direito à audição da criança tem vindo a ser reforçado na legislação portuguesa desde a sua consagração no artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989. Na verdade, começou por ser consagrado na legislação portuguesa de proteção de crianças e jovens em risco e na lei tutelar educativa.⁷⁰ Passou posteriormente, com a reforma de 1977 ao Código Civil, a estar consagrada a participação da criança nas questões de particular importância, restringida à idade de 14 anos. A reforma operada em 2008, eliminou este limite de idade do atual 1901, n.º 3 do Código Civil, norma que apesar de se aplicar às responsabilidades parentais na constância do casamento, deve aplicar-se analogicamente à questão da residência das crianças após o divórcio, tese reforçada pelo teor do artigo 1878.º, n.º 2, 2.ª

⁶⁸ No mesmo sentido, PITÃO, José António de França/PITÃO, Gustavo França – *Responsabilidades parentais e alimentos*, Quid Iuris: 2018, p. 124

⁶⁹ Respeitando as inclinações da criança ou jovem, reconhecendo-lhes autonomia na organização da sua vida. Também no sentido supra, PITÃO, José António de França/PITÃO, Gustavo França – *Responsabilidades parentais e alimentos*, Quid Iuris: 2018, p. 124

⁷⁰ Sobre o direito de participação e de audição da criança nos processos de promoção e proteção, SOARES; Odete Severino – *O direito de participação e audição das crianças nos processos judiciais, Promoção e proteção (fase judicial) e tutelar cível*, Edições Sílabo: 2024.

parte do Código Civil que prevê que os pais devem ter em conta a opinião dos filhos nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da sua vida, de acordo com a sua maturidade.⁷¹

O Regime Geral do Processo Tutelar Cível⁷² veio consagrar o direito de audição das crianças nos artigos 4.º, n.º 1, al. c) e 5.º, não obstante o mesmo direito já se encontrasse consagrado na lei de proteção de crianças e jovens em risco, prevendo agora a forma e condições em que a audição é realizada.⁷³

A audição é obrigatória relativamente a todas as decisões que digam respeito à criança, sendo preferencialmente realizada com o apoio da assessoria técnica ao tribunal.

No que respeita à regulação do exercício das responsabilidades parentais, prevê o artigo 35, n.º 3 o direito de audição da criança com idade superior a doze anos de idade e da criança com idade inferior, com capacidade para compreender os assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, salvo se a defesa do seu superior interesse o desaconselhar.⁷⁴

A criança deve ser ouvida pelo tribunal, não só em caso de desacordo, mas também em caso de acordo dos progenitores. No caso de a falta de maturidade não permitir a audição, o Tribunal deve auscultar os sentimentos da criança através de profissionais de psicologia.⁷⁵

⁷¹ Neste sentido, SOTTOMAYOR, Clara - *Temas de Direito das Crianças*, Almedina: 2020, p. 172.

⁷² Aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.

Tal inovação, a guarda conjunta ou, atualmente, residência alternada.

⁷³ Sobre a al. c) do n.º 1 do artigo 4.º, RAMIÃO, Tomé d'Almeida - *Regime geral do processo tutelar cível, anotado e comentado*, 4.ª Edição, Quid Iuris: 2020, p. 28. Considera o mencionado autor que esta disposição se inspirou no texto do artigo 3.º da Convenção Europeia sobre os direitos das crianças, que estabelece que “À criança que á luz do direito interno se considere ter discernimento suficiente deverão ser concedidos, nos processos perante uma autoridade judicial que lhe digam respeito, os seguintes direitos, cujo exercício ela pode solicitar. A) Obter todas as informações relevantes; b) Ser consultada e exprimir a sua opinião; C) Ser informada sobre as possíveis consequências de se agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as possíveis consequências de qualquer decisão.”

⁷⁴ Na prática dos tribunais, acontece com frequência a audição de crianças com idade a partir dos cinco anos.

⁷⁵ No mesmo sentido, SOTTOMAYOR, Clara, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina: 2020, p. 172.

6. Regulação do exercício das responsabilidades parentais por acordo

6.a. Acordo dos progenitores que vivem separados

A Lei n.º 5/2017, de 2 de março, veio consagrar o regime de regulação de responsabilidades parentais por acordo junto das Conservatórias do Registo Civil, nos casos de separação de facto e de dissolução da união de facto e entre pais não casados nem unidos de facto.⁷⁶

Os progenitores, podem agora regular por mútuo acordo o exercício das responsabilidades parentais respeitantes a filhos menores ou solicitar a alteração de acordo já homologado, junto das Conservatórias do Registo Civil, sem prejuízo de o poderem fazer também no tribunal, nos termos do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.⁷⁷

6.b. Conteúdo do acordo

O acordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais deve regular o exercício das responsabilidades parentais por ambos os progenitores, a residência das crianças, o regime de visitas, os períodos de férias escolares, o dia de aniversário do menor e o dia de aniversário dos seus progenitores, a pensão de alimentos, podendo conter outras matérias como as saídas para o estrangeiro, contatos telefónicos, informações sobre o estado de saúde, aproveitamento escolar, encarregado de educação, atividades extracurriculares e o convívio com irmãos e ascendentes.

Quanto ao conteúdo dos acordos, convém precisar que em certos casos, acordos com cláusulas muito rígidas levantarão maiores dificuldades de cumprimento. Se os progenitores forem particularmente sensíveis e rigorosos, qualquer desvio à letra do acordado pode suscitar a apresentação de um requerimento de incumprimento em tribunal. Recomenda-se a formulação de cláusulas flexíveis dentro do limite em que seja possível determinar um conteúdo mínimo.

Por outro lado, há que saber encontrar a fórmula que permita manter um bom nível de entendimento entre os progenitores.

6.c. Exercício das responsabilidades parentais

A nova redação do artigo 1906.º do Código Civil, introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, prevê que as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho, são exercidas em comum por ambos os progenitores. Só esta realidade

⁷⁶ Conferindo nova redação aos artigos 1909, 1911 e 1912 do Código Civil e aditando os artigos 274-A a 274-C do Código Civil.

⁷⁷ Neste sentido, AMARAL, Jorge Augusto Pais de - *Direito da Família e das Sucessões*, 6.ª Edição, Almedina, 2022, p. 246-249 247.

pode ser objeto de acordo, uma vez que o exercício das responsabilidades parentais por apenas um dos progenitores, nas situações em que o exercício das mesmas em comum por ambos os progenitores, seja julgado contrário aos interesses do filho, carece de decisão fundamentada pelo tribunal, nos termos do disposto no artigo 1906, n.º 2 do Código Civil.

Como referimos *supra*, no n.º 1 do art.º 1906.º, o legislador utilizou um conceito indeterminado, e, por esse motivo, sempre será aconselhável identificar expressamente quais as questões que os progenitores entendem ser de particular importância para a vida dos filhos. Tal enumeração no texto do acordo, não limita, contudo, os poderes do tribunal, que sempre poderá ajuizar, em cada momento, se uma dada questão concreta constitui ou não uma questão de particular importância para a vida da criança ou do jovem e, portanto, ser uma questão sujeita a consenso dos progenitores e na sua falta, de recurso ao tribunal para decisão em conformidade.

6.d. Residência da criança

Do acordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais tem de resultar que os menores residem com um ou com ambos os progenitores⁷⁸, com o progenitor e o seu cônjuge ou unido de facto, ou com terceira pessoa⁷⁹.

Para que seja possível uma situação de residência alternada,⁸⁰ devem os progenitores ter presente os interesses da criança, acautelando, designadamente, que tal situação não implique um esforço desproporcionado por parte desta. Tal instituto visa possibilitar a concretização do interesse da criança em manter uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores. Nem sempre tal situação será viável. Desde logo, há que ter em conta a disponibilidade de cada progenitor, os períodos temporais

⁷⁸ Tal inovação, a guarda conjunta ou, atualmente, residência alternada, foi introduzida pela Lei n.º 84/95, de 31 de agosto, ao n.º 2 do art.º 1906.º do Código Civil, que passou a prever expressamente que a guarda podia caber a qualquer dos progenitores, no entanto foi com a Lei 61/2008, de 31 de outubro, que a questão da residência alternada ganhou grande impacto na opinião pública e aplicação prática crescente no nosso país, quer por via dos acordos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, quer por via de sentenças judiciais.

⁷⁹ Um familiar ou amigo que venha mantendo uma relação de grande proximidade com a criança ou jovem ou que efetivamente já venha residindo com a criança ou jovem e que mantenha a sua disponibilidade para continuar a fazê-lo.

⁸⁰ Em caso de não existir acordo, compete ao tribunal determinar o destino dos filhos, no qual se englobam a sua residência e os direitos de visita de acordo com o seu superior interesse. Neste sentido, GOMES, Joana Salazar – *O superior interesse da criança e as novas formas de guarda*, Universidade Católica Editora: 2017, p. 54.

em que os pais desejam ter a criança a viver consigo, as circunstâncias específicas da sua vida, se esta frequenta um determinado estabelecimento de ensino, se tem atividades extracurriculares e se não resulta qualquer prejuízo para esta em termos da manutenção das suas rotinas.

Ao optarem pelo regime da residência alternada, devem os progenitores ponderar em primeiro lugar, sobre a disponibilidade de ambos para assegurarem, no período em que a criança lhes fica confiada, todas as suas atividades escolares e extracurriculares. Sem disponibilidade efetiva não é possível estabelecer a residência alternada.⁸¹

Por outro lado, a residência alternada só será aceitável se se destinar a proporcionar à criança o convívio com ambos os progenitores, alternadamente, por períodos temporais mínimos que entendemos não deverem ser inferiores a uma semana.⁸²

Tal entendimento resulta da constatação de que a alteração constante da residência em que a criança pernoita, não será apta a garantir-lhe estabilidade psicológica, porque a sujeita a permanente alteração do seu espaço, do convívio com os distintos familiares e a uma quebra permanente das rotinas nos respetivos agregados familiares.⁸³

A criança tem de viver num quadro de estabilidade e impor-se que numa noite conviva com uma família e na noite seguinte com outra, levando a um corte permanente nas vivências com cada uma das famílias, o que se mostra em desacordo com o interesse da mesma, até pela necessidade de um acompanhamento efetivo pelo menos durante um lapso temporal mínimo, por parte do mesmo progenitor.⁸⁴

⁸¹ O que não significa que o progenitor não possa ter ajuda de familiares, como seja o caso dos avós ou dos tios da criança ou do jovem, ou ainda contratar os serviços de autocarro de transporte de crianças para esse efeito.

⁸² Embora, na prática, existam crianças que não conseguem estar afastadas dos progenitores tanto tempo e prefiram períodos de quatro em quatro dias ou outra solução. Há que auscultar as crianças ou dos jovens para encontrar a solução que melhor contribua para o alcance do seu superior interesse.

⁸³ De outro ponto de vista, se dirá que a logística que tal situação implicaria (o transporte permanente dos seus livros, equipamentos, etc., de um lado para o outro, para atender às necessidades de cada dia da vida da mesma), poderia tornar-se demasiado violenta para a criança.

⁸⁴ Note-se que o objetivo da residência alternada consiste na possibilidade de facultar ao menor o convívio efetivo com os seus progenitores. Se do exercício do regime convencionado, resultar que o menor em vez de viver com o progenitor respetivo, vive com outras pessoas, por exemplo com os avós, tal situação deve ser ponderada para efeitos de se concluir pela manutenção do interesse do menor, já que é pressuposta a execução do acordo nos exatos termos em que o mesmo é celebrado. Não significa esta alusão que o menor não tenha interesse em conviver com outros familiares, tem e deve conviver tanto

A residência alternada deve ter a duração mínima de uma semana para acautelar a manutenção das rotinas da criança, ou caso se preveja a duração por um período superior, deverá, em qualquer caso, ser acautelada a convivência deste com o progenitor com quem não está a residir nesse período, como adiante referiremos ao abordar as possibilidades de acordo quanto ao regime de visitas.

No entanto, é admissível que se estabeleça um período inferior se se puder concluir pelo interesse que tal solução possa revestir para a criança.

Por vezes as crianças preferem, apesar de isso poder implicar esforço da sua parte, passar metade da semana com cada progenitor para não ficarem com muitas saudades do progenitor com quem não se encontram.

No caso de ambos os pais residirem em localidades próximas ou na mesma localidade, assegurado um período de duração mínima, a opção pela residência alternada não suscitará dificuldades, desde que se encontre assegurada a disponibilidade dos progenitores.

Nessa situação é possível assegurar a frequência do estabelecimento de ensino, das atividades extracurriculares e do convívio com os amigos, sem excessivos incómodos para a criança.

Caso se trate da regulação do exercício das responsabilidades parentais relativamente a mais do que uma criança ou jovem, deve ter-se em conta que o superior interesse das crianças impõe que as mesmas continuem a viver juntas.⁸⁵ Não devem separar-se os irmãos. As crianças devem ter a possibilidade de privar tanto com ambos os progenitores como com os seus irmãos e ascendentes, como são os avós e os bisavós. O que se diz quanto à residência é extensível a todos os demais aspetos relacionados com o exercício das responsabilidades parentais.

6.e. Regime de visitas

Qualquer acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais tem de conter o regime de visitas ao progenitor com quem a

com os familiares da linha paterna, quanto com os familiares da linha materna. De resto, prevê a lei no art.º 1877.º-A do Código Civil, que os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes. Mas, como bem se compreende, uma coisa é o convívio, e outra é após se alcançar um acordo sobre a residência alternada, cometer a responsabilidade pela residência da criança a outra pessoa. Naturalmente que se por razões laborais se tornar imperioso que a criança ou jovem pernoite algum dia com os avós ou tios, será uma situação completamente justificada e compreensível e que em nada compromete o superior interesse da criança ou do jovem.

⁸⁵ A partilha de experiência e de afetos assume um papel extremamente importante no dia-a-dia, nas rotinas e vivências inter-relacionais das crianças, estreitando laços afetivos que perduram para o resto das suas vidas.

criança não reside. Sendo a residência alternada, também fará sentido estabelecer um regime de visitas se o período temporal que a criança passa com cada um dos progenitores for de uma semana. Nesse caso, é aconselhável prever uma visita com pernoita, a meio da semana. O regime de visitas mais usual em termos de residência atribuída apenas a um dos progenitores é aquele em que se estabelece que a criança passa com o outro progenitor um fim-de-semana de quinze em quinze dias e um dia a meio da semana com pernoita.

Visitas menos regulares só serão aceitáveis por motivos geográficos, por exemplo o progenitor com quem a criança não reside, vive numa cidade distante ou até mesmo fora do país, ou por imperativos laborais desse progenitor, que pode trabalhar em horários rotativos ou até mesmo ao fim-de-semana⁸⁶ ou pode estar ausente por períodos semanais.⁸⁷

Para estes efeitos, o fim-de-semana começa normalmente à sexta-feira, sendo admissível que o progenitor possa ir recolher a criança à escola que esta frequenta ou em horário mais tardio, mas nunca depois da hora em que a criança deva estar a dormir.

É igualmente normal que seja acordado que o fim-de-semana se inicie ao sábado a certa hora.⁸⁸

É importante que se estabeleça uma hora, para que todos possam organizar as suas ocupações e que não haja desentendimentos.

A entrega na residência do progenitor com quem a criança reside deve fazer-se até domingo à noite, e preferivelmente antes do jantar, para possibilitar à criança o necessário descanso e tempo para a organização da sua semana.

A entrega direta da criança no estabelecimento de ensino à segunda-feira, também é possível.⁸⁹

Claro que tal regime dificilmente poderá ser aplicado a crianças mui-

⁸⁶ Nesses casos também é possível estabelecer-se que a criança ou jovem passe com o outro progenitor determinados dias durante a semana, desde que tal não se mostre prejudicial para a sua rotina. Nessas situações, o convívio entre o progenitor e a criança ou o jovem será menos intenso, mas sempre é preferível que assim seja, do que não exista. Note-se, ainda, que nos casos de o progenitor com quem a criança não reside, viver em local bastante afastado, exerce uma influência determinante a comunicação por vídeo chamada a realizar com alguma assiduidade.

⁸⁷ O que pode acontecer relativamente a certas atividades laborais, como será o caso dos trabalhadores de companhias aéreas a prestar serviços nos voos de longo curso.

⁸⁸ Normalmente de manhã, após o descanso da criança ou do jovem.

⁸⁹ Embora possa invocar-se que a entrega ao domingo permite à criança ou jovem organizar melhor a sua semana, a verdade é que também essa circunstância depende das crianças. Algumas preferem a alteração da semana na escola, outras em casa.

to pequenas, ou que sejam ainda muito dependentes de um dos progenitores.

Quanto a bebés que estejam a ser amamentados, deve estabelecer-se um período de visita de apenas algumas horas, durante as quais o progenitor poderá estar sozinho com a criança. Tal período pode ser acordado para um dos dias do fim-de-semana ou para os dois dias.

Mesmo que não se encontrem a ser amamentadas, sendo as crianças muito pequenas, poderá ser desaconselhado que passem um fim-de-semana completo com o outro progenitor se forem ainda muito dependentes de cuidados e acompanhamento permanente, pode ser bastante violento sujeitar a criança de muito tenra idade a grandes alterações da sua rotina.

Pode acontecer que o progenitor com quem a criança não reside, pretenda ter uma relação mais próxima daquela que é proporcionada pela convivência de quinze em quinze dias, e assim, também será possível estabelecer que esse progenitor passará mais fins de semana por mês com a criança, por exemplo que passa três fins de semana seguidos e o outro um fim-de-semana e assim sucessivamente.

O importante é que se salvguarde também que o progenitor com quem a criança reside, possa também privar com esta ao fim-de-semana, por forma a poder proporcionar-lhe a vivência normal para uma criança da sua idade, fazer fins de semana fora, atividades, levá-la a espetáculos culturais, visitar monumentos, etc.⁹⁰

Para além das visitas ao fim-de-semana, podem os progenitores estabelecer visitas durante a semana, as quais podem passar por proporcionar à criança jantar com o outro progenitor durante a semana, uma ou duas noites, ou ainda que o outro progenitor vá buscar a criança à escola pernoitando a mesma em sua casa, levando-a novamente à escola no dia seguinte.⁹¹

O número de dias e a modalidade, depende do acordo a que cheguem os pais, os quais podem prever dias fixos ou dois dias a combinar previamente, ou um dia para jantar ou dois. Havendo bom entendimento entre os progenitores, pode dizer-se que quase tudo é possível, desde que apto a salvaguardar os interesses da criança ou do jovem, sendo os mesmos os maiores beneficiários.

⁹⁰ Os fins de semana são os períodos mais gratificantes ao nível do convívio afetivo entre a criança ou do jovem e os seus progenitores, tanto na perspetiva dos filhos, como na dos pais, por esse motivo só num regime transitório ou em caso de impossibilidade laboral por parte de algum dos progenitores, se admitirá a exclusão de fins de semana.

⁹¹ Trata-se, esta última hipótese da situação mais acolhida na prática dos acordos de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

6.f. Dia de aniversário da criança

O dia do aniversário da criança é um dia esperado com grande expectativa. Para a criança, será, supostamente, um dos melhores e mais importantes dias do ano, por isso não deve ser desapontada. Dada a importância de poder conviver com ambos os progenitores nesse dia particularmente especial, poderá o acordo prever que a mesma tome uma refeição principal com um dos progenitores e outra refeição principal com o outro, sempre que tal não implique prejuízo para as suas atividades, designadamente escolares e para o seu descanso.

Se tal não for possível, deve ser proporcionado à criança passar o dia de aniversário com um dos progenitores, alternadamente em cada ano, e bem assim que o fim-de-semana seguinte ao seu aniversário seja passado com o progenitor com quem não esteve nesse dia, ou dividido entre ambos os progenitores para efeitos de organização das respetivas celebrações.⁹²

6.g. Dia de aniversário dos seus progenitores e o dia do pai e o dia da mãe

É, igualmente, importante proporcionar à criança o convívio com cada um dos progenitores nos respetivos dias de aniversário, bem como no dia da mãe e no dia do pai. Deve prever-se no acordo, que o menor passará o respetivo dia e dia de aniversário com cada progenitor, sempre que tal não implique prejuízo para as suas atividades, designadamente escolares e para o seu descanso.⁹³

6.h. Véspera e dia de Natal, passagem de ano, domingo de Páscoa e/ou outros dias festivos

Os dias festivos deverão constar do acordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais, e deverão constar no sentido de que se deve antecipar com quem os mesmos serão passados em cada ano.

Caso os progenitores residam próximo um do outro, o regime mais comum será o que prevê a passagem da véspera de Natal com um dos progenitores e o dia de Natal com o outro, alternadamente em cada ano,

⁹² Quando há bom entendimento entre os progenitores e boa relação com os respetivos agregados familiares, a opção por uma festa conjunta parece configurar a melhor opção, que permite um convívio mais gratificante e alargado com os principais familiares da criança ou jovem.

⁹³ Quando tal não se mostre possível por impossibilidade laboral ou outra do respetivo progenitor aniversariante, deve acautelar-se a possibilidade de convívio e de celebração dos respetivos aniversários ou dia da mãe e dia do pai, para a primeira data imediatamente disponível.

tal como a passagem de ano⁹⁴ e o domingo de Páscoa,⁹⁵ devendo identificar-se com quem o menor passa cada uma dessas datas naquele ano em que o acordo é celebrado.

Se os progenitores viverem em países diferentes, ou se nisso virem mais conveniência, poderão estipular que em cada ano a criança ou o jovem passa o Natal com um e a passagem de ano com o outro, ou apenas a passagem de ano com um dos progenitores alternadamente em cada ano, e não incluírem a Páscoa ou determinarem que a Páscoa é passada alternadamente em cada ano com cada um dos progenitores.

6.i. Períodos de férias escolares

Do acordo deve ainda constar a forma como são distribuídos os períodos de convívio com cada progenitor nos períodos de férias escolares.

Normalmente os acordos referem apenas as férias de verão, altura em que a criança ou o jovem passará quinze dias de férias com o progenitor com o qual não reside, no entanto pode prever-se que a criança ou jovem passa metade de todos os períodos de férias escolares com esse progenitor.

No caso de residência alternada, o regime em aplicação é o que determina que os períodos de férias são passados na proporção de metade com cada progenitor.

Por forma a agilizar a marcação concreta das datas, pode acordar-se que o período de férias de verão, Natal e Páscoa, com o progenitor com quem a criança não reside, é transmitido por esse ao outro progenitor até ao final do mês de março de cada ano, e que caso tal não se verifique, poderá o outro progenitor proceder à marcação dos períodos e transmitir a respetiva informação ao outro interessado.

Em alternativa pode determinar-se no acordo que a criança passa metade de todas os períodos de férias escolares com cada um dos progenitores alternadamente em cada ano, começando nesse ano a passar a primeira metade de todos os períodos com o progenitor que se identifica.

6.j. Saídas para o estrangeiro

Se os progenitores nisso virem interesse e por uma questão de comodidade para ambos, poderão as saídas do menor para o estrangeiro

⁹⁴ No caso da passagem de ano, muitos progenitores optam por acordar em passar em bloco (véspera e dia) a passagem de ano alternadamente em cada ano, juntando também a sua parte das férias de Natal.

⁹⁵ No caso da Páscoa, também muitos progenitores acordam em que a mesma seja passada, bem como as respetivas férias com cada progenitor, alternadamente em cada ano.

ficar expressamente autorizadas no acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais.⁹⁶

Se tal não ficar previsto, salienta-se que a opção mais segura é de fazer uma autorização específica com a intervenção de ambos os progenitores de cada vez que o menor se ausente do território nacional para fora do espaço Schengen, sozinho ou na companhia de um ou de outro.⁹⁷

A autorização prévia evita incómodos e ainda eventuais dificuldades que possam surgir no futuro entre os progenitores.

Não obstante seja possível esta autorização, o progenitor que se ausente para o estrangeiro com a criança ou o jovem, deve desse facto dar conhecimento ao outro progenitor, indicando local do alojamento e meio de contato, e mantê-lo sempre informado de todas as situações relevantes da vida da criança ou do jovem.

Tal autorização não deve constar do acordo sempre que haja a mínima possibilidade de tal ato possibilitar o rapto internacional de crianças,⁹⁸ ou a saída dos mesmos com um dos progenitores sem conhecimento do outro e sem que delas, crianças, se saiba parte.

6.1. Contactos telefónicos

Do acordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais pode, ainda, constar a previsão de contactos telefónicos regulares com a criança. É importante proporcionar à criança um contacto permanente com ambos os progenitores, com aquele com quem não reside, mas também com aquele com quem reside nos momentos em que não se encontra com o mesmo. Trata-se de uma forma de comunicação importante, especialmente se a criança se encontra distante de um dos seus progenitores. O contacto telefónico pode fazer-se para um telemóvel da própria criança.⁹⁹

⁹⁶ Evitando desinteligências e ter-se de recorrer ao tribunal para resolver uma questão de desacordo entre os progenitores com os incómodos e custos que daí advêm.

⁹⁷ Salienta-se que nesta temática não existe uma postura uniforme por parte dos serviços fronteiriços, por vezes é solicitada a autorização mesmo quando a deslocação é realizada no interior do espaço Schengen e outras vezes não é solicitada qualquer autorização, sendo que por regra é solicitada em deslocações para fora do espaço Schengen.

⁹⁸ Hipótese normalmente mais potenciada quando um dos progenitores não é português ou tem uma forte ligação a algum outro Estado, ou seja de supor que o acordo apenas sirva para que seja alcançado esse fim.

⁹⁹ O que é sobretudo recomendável nas situações em que não exista contato entre os progenitores ou exista um contato difícil. Obviamente que a possibilidade de a criança ou o jovem ter um telemóvel pode ser objeto de acordo entre os progenitores e apenas poderá existir em idade superior recomendável de seis anos ou mais. Há que sensibilizar

Esta previsão pode, caso não haja ponderação na regularidade dos contactos, conduzir a resultados distorcidos. Em vez de se conseguir estreitar laços ou permitir um acompanhamento constante da criança, pode-se favorecer uma intromissão na vida privada da família. Telefonemas constantes tornam-se bastantes incomodativos, sobretudo se forem acompanhados de perguntas sobre o que está a família a fazer, conversar, comer, etc... Por esse motivo, caso seja possível prever situações de descontrolo, não nos parece aconselhável prever essa possibilidade no acordo.

Em alternativa aos contactos telefónicos sem limites, pode prever-se um contacto diário com hora previamente estabelecida.

6.m. Informação sobre o estado de saúde da criança

A saúde da criança é considerada uma circunstância essencial da sua vida. Qualquer alteração significativa,¹⁰⁰ deve ser comunicada ao progenitor com quem a mesma não se encontre. Tal dever de comunicação pode ser previsto no acordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais, no entanto, ainda que não exista essa previsão, devem os progenitores conformar as suas condutas de acordo com a ponderação e responsabilidade que a situação impõe. Ao dever do progenitor que está na companhia da criança, corresponde o direito do outro progenitor a ser informado do estado de saúde da mesma, nos parâmetros supramencionados. Qualquer situação mais grave em que seja recomendável uma intervenção cirúrgica, por exemplo, deve ser precedida do consentimento de ambos os progenitores.

6.n. Informação sobre o aproveitamento escolar da criança

Incumbe aos pais, nos termos do disposto no artigo 1885.º do C.C. e de acordo com as suas possibilidades, promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos, sendo sua obrigação proporcionar-lhes, especialmente aos diminuídos física e mentalmente, adequada instrução

os progenitores mais ansiosos para o facto de não poderem estar sempre a usar este meio de comunicação, sob pena de a sua conduta ser considerada desconforme com os interesses da criança ou jovem. Deve assim fazer-se uma utilização parcimoniosa deste meio de comunicação.

¹⁰⁰ O conceito de alteração significativa é um conceito indeterminado. Supõe-se que uma dor de cabeça ligeira ou uma mera febre não será de molde a suscitar a informação ao outro progenitor, exceto se puser em risco uma visita ao mesmo. Mas qualquer problema que suscite recurso ao serviço de urgências, que pressupõe alguma gravidade, deverá ser transmitida ao outro progenitor atempadamente.

geral e profissional¹⁰¹ tendo em consideração as aptidões e inclinações de cada um. A educação da criança, constitui uma questão de particular importância, por esse motivo, tudo o que respeite à educação da mesma, será objeto de decisão conjunta pelos progenitores. O aproveitamento escolar da criança constitui matéria extremamente importante para o seu desenvolvimento e, no seu interesse e benefício, devem os progenitores estar devidamente informados para poderem tomar as diretrizes que sejam mais ajustadas a cada circunstância.¹⁰² Tal dever pode ficar expressamente previsto no acordo de regulação de responsabilidades parentais para não suscitar dúvidas.

6.o. Encarregado de educação

Sendo o exercício das responsabilidades parentais exercido em comum por ambos os progenitores, podem ambos ser encarregados de educação da criança, desempenhando de comum acordo tais funções. No entanto, a situação normal é a de existir apenas um encarregado de educação e em qualquer caso, na escola pública, apenas um deles pode constar do sistema informático como encarregado de educação.¹⁰³ O encarregado de educação deve acompanhar a educação da criança, comparecer nas reuniões na escola, tomar conhecimento dos resultados da avaliação, providenciar o que se mostre adequado ao seu melhor aproveitamento em cada momento. Se cada encarregado de educação tiver a sua perspetiva sobre o tipo de intervenção requerida em cada momento, e se as perspetivas não forem convergentes, em vez de a figura do encarregado de educação contribuir para melhorar o desempenho da criança ou do jovem, vai dificultá-lo.¹⁰⁴

6.p. Atividades extracurriculares

As atividades extracurriculares são desenvolvidas pela grande maioria das crianças. Pelo facto de se tratar de uma prática generalizada, é comum encontrarmos referências à sua prática pelas crianças, nos acordos

¹⁰¹ Nos termos do disposto no n.º 2 do mesmo artigo.

¹⁰² Se a criança ou jovem começar a ter notas menos boas ou negativas, urgirá a tomada de medidas pelos progenitores, pelo que a situação deve ser imediatamente reportada pelo progenitor com quem a criança ou jovem se encontre ao outro progenitor.

¹⁰³ Sendo até de salientar que uma vez que esteja registado um progenitor como encarregado de educação, existem constrangimentos à sua alteração no sistema informático das escolas públicas.

¹⁰⁴ Podendo suscitar a intervenção do tribunal para suprir a falta de acordo dos encarregados de educação.

quanto ao exercício das responsabilidades parentais. Tais referências destinam-se normalmente a identificar a comparticipação dos progenitores no custo respetivo.

Não deve existir uma identificação expressa da atividade extracurricular X ou Y porque as crianças gostam de novidades e não raras vezes mudam as suas atividades. Se houver uma troca de uma atividade por outra, naturalmente que a comparticipação deveria fazer-se nos termos previstos no acordo. No entanto, a prática traz-nos ao conhecimento situações caricatas de recusa de comparticipação apenas fundada no facto de o progenitor respetivo apenas se ter obrigado a participar a atividade X e não outra. Como se pretende que os acordos vigorem pelo máximo lapso temporal possível, todas as dúvidas de interpretação devem ser evitadas.¹⁰⁵

6.q. Convívio com os irmãos, ascendentes e outros familiares

Os irmãos não devem ser separados, não devem ficar privados da partilha de vida e de experiências em comum, por esse motivo, só em casos muito excecionais – e face à impossibilidade de impor outra solução –, deve ser aceite essa situação. Mesmo em situação de adoção, as autoridades desenvolvem todos os esforços para que os irmãos sejam adotados pela mesma família. É do interesse da criança conviver com os seus irmãos, tal como é do seu interesse conviver com os ascendentes e com outros membros da família, especialmente com primos da mesma idade com quem podem desenvolver relações de grande cumplicidade.

Reconhecendo o interesse da criança em conviver com os seus familiares, consagrou o legislador numa das alterações ao C.C. vigente, introduzida pela Lei n.º 84/95, de 31 de agosto, uma disposição que tem por epígrafe “*Convívio com irmãos e ascendentes*”. No artigo 1887.º-A, inserido sistematicamente na Subsecção II dedicada às responsabilidades parentais relativamente à pessoa dos filhos, após o abandono do lar, veio o legislador prever que os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com tais familiares. Quando o legislador se refere a irmãos, não estabelecendo qualquer distinção entre irmãos germanos ou unilaterais (consanguíneos ou uterinos), temos que concluir que tal privação não

¹⁰⁵ O que convoca a necessidade de previsão da prática de atividades extracurriculares em termos amplos, por exemplo, prever que o pagamento das despesas associadas à prática da atividade extracurricular é assegurada por ambos os progenitores, na proporção de metade cada um (se isso corresponder aos rendimentos de ambos os progenitores, pois aquele que auferir rendimentos superiores deve contribuir em função do seu rendimento) e que é no presente momento a atividade X.

pode ocorrer quanto a qualquer deles.

Quanto aos ascendentes, teve o legislador em mente sobretudo os avós, atenta a esperança média de vida, mas referiu-se a todos os ascendentes em geral, pelo que também se incluem os bisavós. É requerido um laço de consanguinidade, um vínculo de parentesco. Quaisquer pessoas que tenham acompanhado o menor na qualidade de companheiros dos avós, na falta de um vínculo de consanguinidade, não podem recorrer a esta disposição legal.

O legislador restringiu a proteção da criança aos contactos com os parentes mais próximos, tendo em vista garantir o contacto com os mesmos, mas sem provocar excessivo melindre, nem obrigar os progenitores a terem de se relacionar com outros parentes.

No acordo quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais podem constar referências ao convívio com os avós aos fins de semana, nos aniversários, no dia dos avós, nas férias em geral e no Natal. Naturalmente que estando os pais separados, o convívio com os avós de cada lado da família deve ser assegurado pelos respetivos progenitores.¹⁰⁶

6.r. Dos alimentos a prestar à criança

Por alimentos, entende-se tudo o que é indispensável ao sustento, habitação, vestuário, instrução e educação dos menores. Tal é a noção que resulta dos n.ºs 1 e 2 do art.º 2003.º do C.C..

Os alimentos à criança -ou seja, o custeio das despesas com a sua educação e sustento-, são limitados pelas possibilidades dos seus progenitores.

O critério legal a considerar para a fixação de alimentos em geral, traduz-se no binómio necessidade de quem os solicita e possibilidade da pessoa ou pessoas, a quem os mesmos são solicitados.¹⁰⁷

No concreto caso das crianças, a sua necessidade está, na maioria das

¹⁰⁶ São, sobretudo, mais frequentes as referências à passagem do dia de aniversário e dia dos avós, com os avós, mas nada impede que se prevejam convívios nas férias e no Natal à semelhança do que acontece nas decisões proferidas em ações instauradas pelos avós contra os progenitores, para exercerem o seu direito ao convívio com os seus netos. Nos casos em que os progenitores impedem os avós de conviver com as crianças ou os jovens, nem sempre há recurso ao tribunal, na maior parte das vezes por desconhecimento da existência da consagração legal deste direito e noutras tantas por má gestão das crises familiares, que tantas vezes deixam marcas profundas em todos os familiares. Não se pense, no entanto, que a regulação do exercício do direito ao convívio com os netos é tão ampla quanto é a regulação entre os progenitores, porque está longe de o ser.

¹⁰⁷ O n.º 1 do artigo 2004.º do Código Civil prevê: “Os alimentos são proporcionados aos meios daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver que recebê-los.”.

vezes, assente, exceto se as crianças tiverem património ou rendimentos que permitam fazer face ao seu próprio sustento, pois nesse caso não estão os progenitores obrigados ao pagamento de alimentos.¹⁰⁸

A inexistência de uma tabela fixa, que determine o montante das prestações alimentares das crianças, suscita muitas dúvidas práticas aos interessados relativamente à fórmula de elaboração do respetivo cálculo. No entanto, a sua inexistência é compreensível e desejável atenta a diversidade de situações sociais a que se deve atender, tendo em vista a fixação da prestação alimentar.¹⁰⁹

Como ponto de partida, deverão os interessados ter presente que a criança não deve ser prejudicada pela rutura de vida em comum dos seus progenitores, ou seja, à criança deve ser garantida a manutenção do mesmo nível de vida que gozava quando os seus progenitores viviam juntos,¹¹⁰ ou pelo menos do mesmo tipo de atividades.

Não se trata apenas, de manutenção de um certo estatuto -que é legítimo manter-, trata-se de minimizar o impacto que a separação dos progenitores causa às crianças ou jovens, sobretudo em termos psicológicos. O esforço deve ser direcionado no sentido da mínima perturbação das rotinas da criança, o que implica que seja aconselhável, continuar a viver na mesma casa, a frequentar a mesma escola, manter os seus amigos, praticar as mesmas atividades nos tempos livres e passar o máximo de tempo possível com ambos os progenitores e respetivas famílias.

A fixação da pensão alimentar, não é, pois, uma questão puramente económica, mas antes um meio que poderá permitir a manutenção de uma estabilidade psicológica mínima, nos termos elencados. Não somos alheios às dificuldades que podem resultar da tentativa de manutenção do mesmo tipo de vida a que a criança está habituada, pois, inevitavelmente, a separação de uma economia comum em que vivia a família, em duas economias separadas, pode inviabilizar essa aspiração. Não sendo

¹⁰⁸ Prevê o artigo 1879.º que “Os pais ficam desobrigados de prover ao sustento dos filhos e de assumir as despesas relativas à sua segurança, saúde, e educação na medida em que os filhos estejam em condições de suportar, pelo produto do seu trabalho ou outros rendimentos, aqueles encargos.”

¹⁰⁹ Neste sentido, cfr. Ac. STJ, de 11-02-2003, proferido no Proc. n.º 03B2747, cujo sumário se transcreve: “Em ação de regulação do poder paternal, a fixação quantitativa dos alimentos a prestar pelo requerido a seus filhos, balizada pelo respeito da norma do art.º 2004.º do CCivil, releva de um juízo de conveniência ou oportunidade – e de decisões proferidas segundo este tipo de juízo ou critério não é admissível recurso para o STJ.”

¹¹⁰ Sendo certo que a separação dos progenitores obriga, não raras vezes, a que os mesmos passem a custear sozinhos as despesas da casa, o que implica, inevitavelmente uma perda de qualidade de vida ou de nível de vida.

possível tal possibilidade, devem os progenitores ponderar sobre o valor da contribuição de cada um deles para o sustento da criança, tendo em conta as considerações anteriormente expendidas.

Sendo este o ponto de partida para a fixação da pensão alimentar, temos ainda de considerar, obviamente, as possibilidades de cada progenitor e saber se a criança fica a residir com um ou com ambos os progenitores.

Por isso, é de afastar liminarmente uma ideia bastante generalizada quanto à contribuição dos progenitores, que é a de que cada um deles deve participar nas despesas da criança na proporção de metade.¹¹¹

Tal ideia não tem qualquer aplicação nesta matéria. Não só porque os progenitores são obrigados a contribuir na proporção das suas possibilidades, o que determina que se um progenitor tiver rendimentos superiores ao outro, deve contribuir em proporção superior para o sustento do seu filho. Mas também porque, ficando a criança a residir com apenas um dos progenitores, esse progenitor deve contribuir com uma prestação inferior, devido ao encargo que por si só representa ter a residência do filho, trata-se de uma compensação pelo esforço acrescido que desenvolve diariamente.¹¹²

Pode dar-se o caso de um dos progenitores não ter qualquer possibilidade de contribuir para alimentos ao filho, por estar incapacitado de trabalhar e ter rendimentos muito reduzidos, por exemplo, fixados por uma pensão de invalidez, sob pena de por em risco a sua própria subsistência. Neste sentido já decidiu o Tribunal Constitucional.¹¹³

¹¹¹ Neste sentido, cfr. Ac. Rel. Porto, proferido em 27-03-2008, no Processo n.º 0831087, nos termos do qual: “I – A titularidade das responsabilidades parentais que integram o conteúdo do poder paternal, bem como o seu exercício, cabem a ambos os progenitores, em condições de plena igualdade – art.º 36.º, n.º 3, da CRP. II – Com tal princípio não pretende a lei que cada progenitor contribua com metade do necessário à manutenção dos filhos, antes se visa que sobre cada um deles impenda a responsabilidade de assegurar, na medida das suas possibilidades, o que for necessário ao sustento, habitação e vestuário (alimentos naturais), bem como à instrução e educação do menor (alimentos civis).”

¹¹² Ao desenvolver todas as atividades inerentes à vida da criança ou do jovem, acordá-lo, dar-lhe banho, vesti-lo, calçá-lo, levá-lo à escola, manter a casa limpa, lavar a sua roupa e passa-la a ferro, levá-lo às atividades extracurriculares, ao médico, acompanhar na doença, etc. tudo atividades que o progenitor que não vive com a criança não tem de desenvolver diariamente e implicam, naturalmente, um desgaste acrescido para o respetivo progenitor, sendo justo que deva ser compensado, contribuindo com um valor inferior a título de alimentos à criança ou ao jovem.

¹¹³ No Acórdão n.º 306/2005 (publicado no D.R., II S, de 5 de Agosto) foi decidido: Julgar inconstitucional, por violação do princípio da dignidade humana, contido no

Ficando a criança a residir com ambos os progenitores, em lapsos temporais semelhantes, e se ambos tiverem rendimentos semelhantes, poderá acordar-se que nenhum dos progenitores entrega quaisquer valores ao outro a título de pensão de alimentos, uma vez que cada um dos progenitores, fica responsável pelo respetivo sustento nos períodos em que a criança reside consigo.

Essa possibilidade pode não ser aplicada, se houver que fazer face a encargos escolares decorrentes da frequência de estabelecimentos do ensino particular¹¹⁴ e sempre será desejável que o acordo contemple ou a comparticipação das despesas extraordinárias de educação e saúde por ambos os progenitores numa certa percentagem, ou mesmo que serão suportadas por apenas um deles.

Uma última consideração se torna obrigatória, é que com exceção da situação de residência alternada, os acordos têm de prever a contribuição, a título de alimentos, do progenitor com quem a criança não reside, pois as responsabilidades parentais são irrenunciáveis e a contribuição dos progenitores é obrigatória.¹¹⁵ Note-se, porém, que por vigorar um regime de residência alternada, tal não significa, por si só, que não deva ser estabelecida uma pensão de alimentos. A ideia é muito comum, mas não tem fundamento legal. O princípio consagrado em matéria de alimentos, é o de que os mesmos serão proporcionados às necessidades de quem pede e às possibilidades da pessoa a quem se pede. Tal princípio continua a aplicar-se às situações de residência alternada. Assim, se um dos progenitores tiver rendimentos superiores ao outro, deve contribuir com pensão de alimentos ao menor.¹¹⁶

princípio do Estado de direito, com referência aos n.os 1 e 3 do artigo 63.º da Constituição, a norma da alínea c) do n.º 1 do art.º 189.º da OTM, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro, interpretada no sentido de permitir a dedução, para satisfação de prestação alimentar a filho menor, de uma parcela da pensão social de invalidez do progenitor, que prive este do rendimento necessário para satisfazer as suas necessidades essenciais.

¹¹⁴ E caso não possam ambos contribuir na mesma proporção.

¹¹⁵ Nem mesmo sob a invocação de que um dos progenitores se encontra em situação de desemprego, devem os Tribunais homologar o acordo a que se alude, pois os pais são obrigados a providenciar quanto ao sustento dos seus filhos. Se for introduzida uma explicação como esta que se refere, é expectável que a homologação seja recusada, salvo em situações muito excecionais e devidamente comprovadas como será o caso de se invocar, por exemplo, que o pai não contribui manifestamente por não ter quaisquer meios e estar impossibilitado de os obter, como é o caso apreciado no Ac. referido *supra* e também de o progenitor ser tetraplégico e auferir uma pensão de sobrevivência de muito diminuto valor e não ter outros rendimentos.

¹¹⁶ A conclusão a que chegámos, resulta do princípio mencionado e consagrado no

Pode ainda acontecer que, por acordo, obtido por via extrajudicial ou no âmbito de processo judicial, fique a criança confiada a terceira pessoa,¹¹⁷ nesse caso, devem os seus progenitores contribuir nos mesmos termos para a sua alimentação e sustento.

6.s. Desde quando são devidos os alimentos

No presente capítulo, estamos a analisar a fixação de alimentos por acordo dos progenitores nos termos do disposto no artigo 2006.º do Código Civil, os alimentos são devidos desde a data do próprio acordo,¹¹⁸ desde que devidamente homologado, ou da data em que o devedor entrou em mora, ou seja, da data em que se verificou a falta de pagamento pontual da prestação alimentar.

Caso seja solicitada a fixação de prestação alimentar com carácter de urgência,¹¹⁹ recorrendo-se à regulação provisória do exercício das res-

artigo 2004.º, n.º 1 do C.C.. Se a mãe tem um nível de vida elevado e o pai um nível de vida baixo, haverá de encontrar-se um equilíbrio, estabelecendo-se uma pensão de alimentos a favor da criança ou do jovem, que lhe permita ter o mesmo estilo de vida nas duas casas e manter as atividades extracurriculares quer nas semanas que está com a mãe, quer nas semanas que está com o pai.

¹¹⁷ Sobre a possibilidade a que se alude, cfr. Ac. Rel. Lisboa, proferido em 14-11-2007, no processo n.º 4398/2007-7, nos termos do qual: “O pedido de revisão de sentença estrangeira que homologou a delegação voluntária do exercício do poder paternal de um menor no seu avô paterno não ofende os princípios de ordem pública internacional do Estado Português [artigo 1096.º, alínea f) do Código de Processo Civil].”

¹¹⁸ Para fixarem a prestação alimentar por acordo, os progenitores devem ter em consideração as despesas do menor, designadamente, despesas com habitação (uma parcela do valor da renda de casa ou do pagamento do empréstimo bancário respetivo, seguros que incidam sobre o imóvel Imposto Municipal sobre Imóveis), despesas com alimentação em casa e fora de casa, despesas com vestuário e calçado, despesas de educação que podem ser repartidas por ambos os progenitores na proporção dos rendimentos de cada um, assim como no que respeita às despesas de saúde. A ideia, muito generalizada, de que os pais devem compartilhar o pagamento das despesas de saúde e de educação na proporção de metade, não corresponde ao critério legal estabelecido no artigo 2004.º do Código Civil. Deve, ainda, ter-se em consideração que o progenitor com quem a criança ou o jovem reside, deve, ainda que ambos os progenitores tenham idênticos rendimentos, compartilhar com uma percentagem ligeiramente inferior, como supra mencionado.

¹¹⁹ Sobre os alimentos provisórios escreve GONZÁLEZ; José Alberto – Código Civil Anotado, Vol. V, 2.ª Edição, Quid Iuris: 2021, p. 498, que “[d]ada a forte necessidade que tipicamente o credor tem na obtenção da prestação de alimentos, permite-se que a respetiva obrigação se constitua provisoriamente (isto é, antes de a sua indispensabilidade estar irreversivelmente fixada). Torna-se imprescindível, para isso, que o alimentando o peça ao tribunal, a menos que se trate de pessoa menor de idade, caso em que este o deve decretar oficiosamente.”

ponsabilidades parentais, conforme disposto no artigo 28.º do RGPTC, apresenta-se requerimento acompanhado da prova pertinente, sendo designada conferência de pais, na qual o tribunal, se assim o entender, pode desde logo fixar provisoriamente a prestação alimentar.

Em alternativa, pode o tribunal solicitar relatórios sociais à equipa multidisciplinar de assessoria aos Tribunais (EMAT), a fim de determinar as reais necessidades da criança e as condições de vida de cada progenitor, bem como as suas possibilidades para contribuírem a título de pensão de alimentos à criança, após o que será proferida a decisão.

Nesse caso, deve ser apresentado o pedido de regulação definitiva das responsabilidades parentais.

6.t. Até quando são devidos os alimentos – Os alimentos a filhos maiores ou emancipados

Os alimentos fixados na menoridade são devidos até ao máximo de vinte e cinco anos. A Lei n.º 122/2015, de 1 de setembro, no que respeita ao regime de alimentos em caso de filhos maiores ou emancipados, aditou um n.º 2 ao artigo 1905: do código civil. Tal aditamento veio consagrar que a pensão estabelecida a favor dos filhos, estabelecida durante a menoridade destes, em virtude de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, se mantém para efeitos do disposto no artigo 1880 do C.C. até aos vinte e cinco anos de idade. A alteração legislativa vem introduzir a manutenção das pensões de alimentos estabelecidas quanto a filhos menores de idade, após o alcance da maioridade se estes se encontrarem a concluir a sua formação profissional ou escolar e até completarem vinte e cinco anos de idade.¹²⁰

A manutenção da obrigação alimentar a favor dos filhos maiores ou emancipados que se encontrem, no momento em que alcancem a maioridade ou que sejam emancipados, a concluir o seu processo de formação profissional, depende de continuar a ser razoável exigir aos pais o seu cumprimento e pelo tempo normalmente necessário para que aquela formação se complete (artigo 1880 CC).¹²¹

¹²⁰ Trata-se de uma inovação que já anteriormente havia sido acolhida pela jurisprudência. Neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça proferido no Proc. n.º 04B1171, de 6 de julho de 2005.

¹²¹ Sobre a *ratio legis* da alteração legislativa, o nosso trabalho, As recentes alterações legislativas ao direito das crianças em Portugal, in *Direito das Crianças: novos regimes nacionais e direito transnacional*, Ana Sofia da Silva Gomes (Coord.), Universidade Lusíada Editora: 2018, pp. 15-45, no qual defendemos que “[a] justificação para a introdução desta obrigação alimentar no nosso ordenamento jurídico radicou no facto de os pais serem

Continua a exigir-se, para a manutenção da pensão de alimentos, o bom aproveitamento do filho na conclusão da formação profissional ou escolar, como acontecia antes da entrada em vigor deste regime.¹²²

A tudo acresce que o anterior regime de prestação de pensão de alimentos a filhos maiores ou emancipados, impunha a esses filhos a instauração de uma ação contra o progenitor que não se predispucesse a pagar os alimentos necessários,¹²³ enquanto que este novo regime prevê

responsáveis pelo crescimento e educação dos filhos, por um lado, e de ter sido reduzida a idade em que se alcança a maioridade, por outro. É que sendo os pais responsáveis pelo sustento dos filhos e pela sua educação e tendo sido reduzida a idade em que se alcança a maioridade, dificilmente terão os filhos completado a sua formação profissional aos dezoito anos, sendo compreensível que o auxílio dos pais se prolongue até à data de conclusão dessa formação, desde que disponham dos meios suficientes e seja razoável exigir-lhes essa prestação. Por outro lado, a crescente competitividade no mercado de trabalho sugere uma especialização proporcionada pela formação acrescida. Circunstâncias que apontam no sentido da necessidade do apoio dos progenitores tendo em vista a preparação de cidadãos válidos para a sociedade."

¹²² Neste sentido, cfr. Ac. STJ, proferido em 08-04-2008, no Proc. n.º 08A493, cujo sumário se transcreve: "I) – O que está na base do normativo do art.º 1880 do Código Civil é a incapacidade económica do filho maior para prover ao seu sustento e educação, quando as circunstâncias impõem aos pais, não obstante a maioridade do filho, a obrigação de, em nome do bem-estar e do futuro deste, continuar a suportar tais despesas. II) – A obrigação excepcional prevista neste normativo tem um carácter temporário, balizado pelo "tempo necessário" ao completar da formação profissional do filho, e obedece a um critério de razoabilidade – é necessário que, nas concretas circunstâncias do caso, seja justo e sensato, exigir dos pais a continuação da contribuição a favor do filho agora de maioridade. III) – Daí que, para aferir dessa razoabilidade, importa saber se o filho carece, com justificação séria, do auxílio paternal, em função do seu comportamento, "in casu", como estudante; não seria razoável exigir dos pais o contributo para completar a formação profissional se, por exemplo, num curso que durasse cinco anos, o filho cursasse há oito, sem qualquer êxito, por circunstâncias só a si imputáveis. IV) – Compete ao embargante, devedor de alimentos, fazer a prova de que a falta de aproveitamento escolar da filha se deveu a seu comportamento censurável, em termos de cumprimento das obrigações escolares universitárias; porque, a entender-se a sentença como estabelecendo, peremptoriamente, que a perda de aproveitamento implicaria a cessação da prestação de alimentos, isso seria um facto extintivo da obrigação do devedor e, por tal, do seu ónus de prova – art.º 342.º, n.º 2, do Código Civil. V) – Aplicando-se a o regime legal da prescrição de curto prazo à dívida de alimentos em causa, existindo sentença transitada em julgado que reconhece o direito em relação ao qual foi invocada a prescrição, passa a aplicar-se o prazo ordinário de prescrição e não o prazo curto, porquanto o título executivo é agora a decisão judicial."

¹²³ De acordo com o artigo 5.º, n.º 1, al. a) do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro. Esta solução legal, acarretava inconvenientes de monta, pois, não raras vezes, o progenitor visado exercia influência sobre o filho para o inibir de instaurar a ação, ou então, podia ser o próprio filho que não queria instaurar uma ação contra o seu progenitor. Para além de que, quando o filho se decidia a instaurar a ação, ainda podia arriscar-se

a atribuição de legitimidade ao progenitor que assume a título principal o encargo de pagar as despesas dos filhos maiores ou emancipados para exigir do outro progenitor o pagamento de uma contribuição para o sustento e educação dos filhos, deslocalizando o conflito entre pais e filhos, centrando-o entre os progenitores. Para além disso, permite proteger o progenitor que poderia ficar prejudicado com a inércia do filho maior ou emancipado e consigo residente.¹²⁴

Outra inovação que visa compatibilizar o novo regime com o alcance da maioridade consiste na possibilidade de entrega da pensão de alimentos ao progenitor que a recebia durante a menoridade do filho, ou ao filho maior ou emancipado. O valor da pensão de alimentos pode, por decisão judicial ou acordo dos progenitores, passar a ser entregue, no todo ou em parte, aos filhos maiores ou emancipados (artigo 989, n.º 4 do Código de Processo Civil).

6.u. Impossibilidade de compensação das pensões alimentares

Os alimentos devidos às crianças ou aos jovens são prestados no valor pecuniário fixado por acordo, ou sentença, salvo se houver acordo ou disposição legal em sentido contrário, ou se ocorrerem motivos que justifiquem medidas de exceção (artigo 2005.º, n.º1 Código Civil).

No entanto, se aquele que for obrigado a prestar alimentos, provar que não tem possibilidade de os prestar como pensão, mas apenas em sua casa e companhia, poderá o tribunal decidir que sejam prestados dessa forma (artigo 2005.º, n.º 2 Código Civil).

Caso se tenha estabelecido que a prestação de alimentos se faz mediante a entrega de uma prestação pecuniária, não é tal valor substituível por qualquer outro tipo de bem, nem compensável com outro tipo de prestação, conforme se dispõe no n.º 2 do art.º 2008.º do C.C.. O progenitor obrigado à prestação alimentar, não pode, por exemplo, por entender que a criança precisa de um qualquer bem, comprar-lhe esse bem, descontando o respetivo valor na pensão alimentar. Pode oferecer à criança o que tiver por conveniente, mas está impossibilitado de invocar a aquisição de bens quaisquer que eles sejam, enquanto causa justificativa de incumprimento da pensão alimentar.

Da mesma forma, a existência de quaisquer créditos e débitos entre ambos os progenitores, não pode ser invocada a nenhum título, relativa-

a que contra ele fosse invocada a indignidade, sob a forma de suposto abandono do filho relativamente ao pai, que não quereria manter qualquer relação com o pai, apenas mantendo interesse em receber alimentos do deste.

¹²⁴ Nos termos do artigo 989, n.º 3 do Código de Processo Civil.

mente à obrigação de entrega da pensão de alimentos, pois esses créditos ou dívidas não são compensáveis através da pensão de alimentos.

Assim, se um dos progenitores entender que é credor do outro, com quem a criança reside e a quem deve entregar a pensão de alimentos para o seu filho, não pode, pura e simplesmente operar a compensação de créditos e débitos, ou seja não pode descontar as supostas dívidas que o outro progenitor tenha para com a sua pessoa, no valor da pensão de alimentos à criança que por lei está obrigado a entregar-lhe.

A pensão de alimentos é entregue a esse progenitor não por ser ele que tem direito a recebê-la,¹²⁵ mas apenas por ele ser o legal representante da criança. Trata-se de um direito da criança e a pensão que for acordada é-lhe entregue, através do seu legal representante, enquanto contributo para a sua alimentação e sustento.

Se o progenitor descontar esses valores está a incumprir a obrigação de prestar alimentos.¹²⁶

6.v. Entrega da prestação de alimentos

A lei não prevê uma forma específica para se proceder à entrega do valor a que se vem fazendo referência, tanto pode ser entregue em dinheiro, cheque, transferência bancária, vale postal ou por qualquer outra via, podendo os progenitores acordar sobre a forma que lhes pareça mais ajustada às suas conveniências.

No entanto, deve o progenitor que procede ao pagamento, fazê-lo de forma que possa comprovar que o fez, nesta perspetiva sempre será recomendável o pagamento por transferência bancária, cómodo, prático e eficiente. É que, apesar de o progenitor que recebe a prestação estar obrigado a emitir o respetivo recibo, isso nem sempre acontece e podem levantar-se dúvidas quanto ao cumprimento atempado da prestação, que serão facilmente dissipadas com a apresentação de documentos.

Por esse motivo se entende ser verdadeiramente desaconselhável a entrega da pensão de alimentos em dinheiro.

¹²⁵ Poderá o outro progenitor ter direito a uma pensão de alimentos para si próprio e nesse caso não se aplica o raciocínio expendido, visto que nessa situação é ele próprio o titular do direito.

¹²⁶ Podendo ser suscitado o competente incidente de incumprimento da pensão alimentar, nos termos do disposto no artigo 48.º do RGPTC, disposição de cuja existência resulta a exclusão da possibilidade de instauração de uma ação executiva. Neste sentido, RAMIÃO, Tomé d'Almeida - *Regime geral do processo tutelar cível, anotado e comentado*, 4.^a Edição, Quid Iuris: 2020, p. 203.

6.x. Atualização do valor da pensão de alimentos

O acordo não fica completo, sem a inclusão de um número na cláusula respeitante aos alimentos devidos à criança, que preveja a sua atualização anual, normalmente indexada à taxa de inflação publicada pelo Instituto Nacional de Estatística.

Existem várias taxas de inflação que são publicadas anualmente pelo referido Instituto, pode optar-se por qualquer delas, no entanto, a mais elevada é normalmente a taxa de inflação fixada para o consumidor com habitação própria.

Podem ser consideradas outras soluções, como a que preveja o aumento da pensão de alimentos de acordo com a percentagem de aumento da remuneração do progenitor obrigado à prestação, ou ainda em certa percentagem acima do aumento efetivo da remuneração, podendo incidir sobre o pagamento de prémios, que mais não será do que proporcionar ao filho as mesmas condições de vida de que o seu progenitor usufrui.¹²⁷

6.z. Efeitos fiscais do estabelecimento da pensão de alimentos

É necessário ter presente que o progenitor que contribui com um certo valor a título de alimentos aos filhos, desde que tal contribuição tenha por base um acordo homologado pelo tribunal, pode apresentar tais valores na sua declaração de rendimentos, sendo estabelecido em cada ano, em cada orçamento do Estado o limite aceite para efeitos de dedução fiscal.¹²⁸

É importante que o progenitor obrigado a prestar alimentos tenha noção de que esse encargo representa ao mesmo tempo o cumprimento da sua obrigação de contribuir para o sustento do filho e uma dedução fiscal ao valor do seu rendimento tributável.

Obviamente, da disponibilização desses valores, tem o outro progenitor que dar conta à administração fiscal, declarando-os na sua declaração de rendimentos, o que vai onerar os tributos a entregar ao Estado, pois o valor da pensão é adicionado aos demais rendimentos, aumentando a tributação.

7. Requerimento de homologação pelo Conservador do Registo Civil do acordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais

Alcançado o acordo, será redigido um requerimento dirigido ao Conservador do Registo Civil, solicitando a homologação do mesmo nos

¹²⁷ Que corresponde ao princípio geral assente em matéria de pagamento de pensões de alimentos a filhos menores de idade, ou maiores ou emancipados.

¹²⁸ Caso o acordo não se encontre homologado pelo tribunal, ou pelo Conservador do Registo Civil, caso tenha sido solicitada a sua homologação a um Conservador do Registo Civil, tais valores não são aceites para efeitos fiscais.

termos do disposto no artigo 1905.º do C.C. e preenchido o necessário formulário fornecido pelo Instituto dos Registos e do Notariado, devidamente assinado pelos progenitores.

Caso o requerimento seja subscrito pelos progenitores, devem os mesmos apresentar na Conservatória do Registo Civil os respetivos bihetes de identidade e proceder às assinaturas na presença do funcionário que recebe o requerimento.

Se os requerentes se fizerem representar por advogados, o requerimento será subscrito pelos mandatários e para além do acordo, serão juntas as competentes procurações forenses.

O requerimento é remetido ao Ministério Público para pronúncia¹²⁹ e, posteriormente, homologado pelo Conservador do Registo Civil.

Bibliografia:

ACÚRSIO; Carla – *A proteção social no regime das responsabilidades parentais*, Quid Iuris: 2010.

AMARAL; Jorge Augusto Pais de – *Direito da Família e das Sucessões*, 6.ª Edição, Almedina: 2022.

BOLIERO, Helena/ GUERRA, Paulo – *A criança e a família – uma questão de Direito(s). Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

CAMPOS, Diogo Leite de/ CAMPOS, Mónica Martinez de – *Lições de Direito da Família*, 6.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina: 2024.

CAMPOS, Diogo Leite de/ CAMPOS, Mónica Martinez de – *Lições de Direito da Família*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora: 2007.

CHAVES, João Queiroga – *Casamento Divórcio e União de Facto*, 2.ª Edição, Lisboa, Quid Iuris, 2010.

COELHO, Carla Xavier – *Questões de particular Importância – Breves Notas*, in Vida Intrauterina, Início da Personalidade, Família e Crianças, Direito Interno e Transnacional, Ana Sofia Gomes (Coordenação), Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2023.

COELHO, Francisco Pereira/ OLIVEIRA, Guilherme – *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª Edição (Reimpressão), Coimbra Editora: 2014.

CÔRTE-Real, Carlos Pamplona/ PEREIRA, José Silva, *Direito da Família – Tópicos para uma reflexão crítica*, 2.ª Edição actualizada, AAFDL:2011.

CRUZ, Rossana Martingo – *Noções gerais de Direito da Família e das Crianças*, Gestleg: 2024.

DINIZ, João Seabra – *Família Lugar dos Afectos*, in Estudos em homenagem a Rui Epifânio, Armando Leandro/ Álvaro Laborinho Lúcio/ Paulo Guerra (Coord.), Almedina:

¹²⁹ O qual pode rejeitar o projeto de acordo e ainda propor redação para alguma ou algumas das cláusulas do acordo apresentado.

2010, pp. 143-162.

GOMES, Ana Sofia – *As recentes alterações legislativas ao direito das crianças em Portugal*, in *Direitos das Crianças: Novos Regimes Nacionais e Direito Transnacional*, Ana Sofia da Silva Gomes (coordenação), Universidade Lusíada Editora: 2018, p. 15-45.

GOMES, Ana Sofia, *Responsabilidades parentais*, 3.^a Edição, Quid Iuris, 2012.

GOMES, Joana Salazar – *O superior interesse da criança e as novas formas de guarda*, Universidade Católica Editora: 2017.

GONZÁLEZ; José Alberto – *Código Civil Anotado*, Vol. V, 2.^a Edição, Quid Iuris: 2021.

LANÇA, Hugo Cunha – *Cartografia do Direito das Famílias, Crianças e Adolescentes*, Edições Silabo: 2018.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito da Família*, Almedina: 2024.

MELO, Helena Gomes de/ RAPOSO, João Vasconcelos/ CARVALHO; Luís Batista/ BARGADO, Manuel do Carmo/ LEAL, Ana Teresa/ D'OLIVEIRA – *Felicidade, Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, Lisboa, Quid Iuris, 2009.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^o Edição, revista, atualizada e ampliada, Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme – *Manual de Direito da Família*, 2.^a Edição, Almedina: 2024.

OLIVEIRA, Guilherme – *Ascensão e queda da doutrina do «cuidador principal»*, in *Lex familiae*, 8 (2011), pp. 5-17.

OLIVEIRA, Mário Ferraz, *Algumas Reflexões do carácter comportamental e sociológico sobre o casamento*, in *Direito da Família e dos Menores. Que direitos no século XXI?*, Maria Eduarda Azevedo/ Ana Sofia Gomes (Coordenação), Lisboa, Universidade Lusíada Editora: 2014, p. 61-65.

PEREIRA, Margarida Silva – *Direito da Família, Elementos de Estudo*, Lisboa, Editora AAFDL: 2014.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 8.^a Edição, Gestlegal: 2023.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança*, Gestlegal: 2020.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Temas de Direito Pediátrico*, Coimbra, Gestlegal: 2021.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, Reimpressão da 3.^a Edição, Lisboa, aafdl, 2011.

IREs DE LIMA, ANTUNES VARELA in *Código Civil Anotado*, Vol. V, Coimbra Editora: 1995.

PITÃO, José António de França/PITÃO, Gustavo França – *Responsabilidades parentais e alimentos*, Quid Iuris: 2018.

RAMIÃO, Tomé d'Almeida – *Regime geral do processo tutelar cível*, anotado e comentado, 4.^a Edição, Quid Iuris: 2020.

RAMIÃO, Tomé d'Almeida, *O divórcio e questões conexas*, Lisboa, Quid Iuris, 2009.

RAMOS, Rui Manuel Moura – *A evolução recente do direito internacional privado da Família*, in *Direito da Família e dos Menores. Que direitos no século XXI?*, Maria Eduarda Azevedo/ Ana Sofia Gomes (Coordenação), Universidade Lusíada Editora: 2014, pp. 67-82.

SEVERINO; Rita – *As Rupturas Conjugais e as Responsabilidades parentais, mediação familiar em Portugal*, Universidade Católica Editora: 2012.

SOARES; Odete Severino – *O direito de participação e audição das crianças nos processos judiciais*, Promoção e proteção (fase judicial) e tutelar cível, Edições Sílabo:2024.

SOTTOMAYOR, Clara – *Temas de Direito das Crianças*, Almedina: 2020.

SOTTOMAYOR, Maria Clara – *A regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio*, 6.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2014.

A CONSTITUIÇÃO JUDICIÁRIA DA VERSÃO ORIGINÁRIA DE 1976 AOS NOSSOS DIAS ¹

THE JUDICIAL CONSTITUTION FROM THE ORIGINAL 1976 VERSION TO THE PRESENT DAY

António Barbas Homem²

DOI: <https://doi.org/10.34628/P5XN-G357>

Resumo: Nos cinquenta anos da versão originária da Constituição de 1976 pergunta-se se a Constituição ainda é a mesma. A resposta é negativa: as revisões constitucionais de 1982, 1989, 1992 e 1997 alteraram significativamente o texto da Constituição, também na constituição judiciária.

Palavras-chave: Constituição; Jurisdição; Supremo Tribunal de Justiça; Ministério Público; Tribunais Administrativos.

Abstract: Fifty years after the original version of the 1976 Constitution, the question is whether the Constitution is still the same. The answer is negative: the constitutional revisions of 1982, 1989, 1992 and 1997 significantly changed the text of the Constitution, including in the judicial constitution.

Keywords: Constitution; Jurisdiction; Supreme Court; Public prosecution; Administrative Courts.

I. Após a revolução de 1974 e até ao início dos trabalhos da Assembleia Constituinte de 1975/76 foram tomadas decisões que irão marcar o modelo organizativo da justiça previsto na versão originária da Constituição de 1976.

Na verdade, a identidade do modelo de justiça português resulta de uma simbiose entre vertentes que remetem para o liberalismo monárquico, outras para o Estado Novo e, finalmente, para decisões fundamen-

¹ Texto a ser publicado na Revista Democracia e Liberdade, do Instituto Amaro da Costa.

² Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

tais tomadas após a revolução de 1974 e acolhidas na Constituição.

Do liberalismo vêm os traços estruturais da separação de poderes, da independência dos tribunais e da organização dos tribunais comuns em duas instâncias, a que acresce o Supremo Tribunal de Justiça.

Em 1974 estavam em vigor o Código Civil, com a sua visão das fontes de direito e função judiciária, e os longos Estatutos Judiciários – com institutos que ainda hoje permanecem, como as inspecções e a avaliação do mérito do trabalho dos juízes e a ideia de carreira judicial, com as suas regras de promoção. Um direito constitucional subterrâneo, fora dos holofotes da constituição formal.

Após a revolução, são alteradas por via legislativa e de modo dramático algumas outras linhas estruturais que também vinham do liberalismo.

Lembremos algumas dessas decisões.

Em primeiro lugar, é cortada a relação entre o governo e o Ministério Público. A nova organização do Ministério Público rejeita qualquer tipo de instruções que o governo possa dar ao Procurador-Geral da República. Contudo, é apenas com a revisão constitucional de 1989 que o conceito de autonomia do Ministério Público é inscrito no texto da Constituição.

Em segundo lugar e em decorrência de uma nova pré-compreensão política decorrente da crítica ao regime anterior, suprime-se um elemento que caracterizava a justiça portuguesa desde o liberalismo: a carreira no Ministério Público deixa de ser preambular à judicial.

Em terceiro lugar e face a uma situação secular em que a justiça era um assunto de homens, em 1975 admitem-se as mulheres na magistratura. No início do século XXI, as mulheres tornaram-se a maioria.

O associativismo e sindicalismo judiciários e do Ministério Público são novas realidades da democracia, que trazem também novas exigências para princípios estruturantes da justiça, como o da imparcialidade e o dever de reserva dos juízes.

Uma visão nova de uma problemática antiga, a do governo da magistratura, leva à criação dos conselhos superiores, solução, aliás, inspirada em órgãos que já tinham existido no passado, mas agora assente numa ideia de participação e eventualmente de autogoverno. Em termos formais, o Conselho Superior da Magistratura tem consagração logo na versão originária de 1976; o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais e o Conselho Superior do Ministério Público em 1989.

Finalmente, o texto constitucional de 1976 tem também de responder a desafios colocados pela própria dinâmica revolucionária, nomeadamente os processos levantados a juízes e procuradores intervenientes em julgamentos políticos nos tribunais plenários do Estado Novo e os excessos de uma pretensa justiça popular.

II. O espírito das instituições judiciárias da Constituição de 1976 é assim uma associação entre coisas antigas e coisas novas.

O novíssimo príncipe revolucionário, as forças armadas, ainda está presente nas competências do Conselho da Revolução, nomeadamente e para o que aqui importa, em matéria de fiscalização da constitucionalidade das leis.

A sua extinção em 1982 marca simbolicamente o fim da revolução, também no plano judicial.

A criação do Tribunal Constitucional com a revisão constitucional de 1982 é assim um marco fundamental, a um tempo político e jurisdicional. Órgão do poder político e também órgão judicial, desde 1982, a inserção sistemática do Tribunal Constitucional na parte da Constituição dedicada aos tribunais sublinha esta natureza. O método de designação de dez dos seus juízes por eleição do Parlamento e de três por cooptação pelos seus pares está fixado desde esse momento. Soluções inspiradas no direito constitucional alemão, é também dessa experiência que vem a regra do mandato dos juízes, primeiro fixado em seis anos e, com a revisão constitucional de 1997, em nove anos, não renováveis.

III. O debate político e judiciário iniciado em 1975/76 é ainda marcado por ambiguidades em relação a duas matérias com dignidade constitucional, o estatuto do Ministério Público e a existência autónoma de uma jurisdição administrativa e tributária.

Quanto ao Ministério Público, expressa a opção fundamental de romper a sua ligação ao Governo, existem opções fundamentais que se mantêm desde a versão originária. A ênfase colocada na qualificação dos agentes como magistrados é completada na lei ordinária com uma carreira que é paralela à dos juízes.

A natureza hierárquica dos agentes do Ministério Público é um dos traços identitários desta magistratura desde 1976, sendo o vértice dessa hierarquia constituído pelo Procurador-Geral da República.

Em 1989 é constitucionalizado um órgão já previsto em legislação ordinária, o Conselho Superior do Ministério Público, com membros eleitos de entre os próprios magistrados.

É controverso se opções tomadas no plano legislativo são conformes com o modelo pensado pelos pais fundadores da Constituição. Ainda hoje a Constituição consagra um modelo jurisdicional da instrução criminal, pensado para superar os traumas do passado da intervenção da polícia política e do governo em matérias criminais. Esta vertente contrasta profundamente com as competências alargadas que o Ministério Público foi adquirindo ao longo dos anos.

Mais tarde, com a revisão constitucional de 1997, dispõe-se que o Ministério Público participa na definição da política criminal pelos órgãos de soberania.

IV. Quanto aos tribunais administrativos e fiscais, a sua existência, que vinha do liberalismo, não está expressamente prevista na versão originária da Constituição. O debate sobre a natureza destes tribunais vinha, aliás do século XIX, e Marcelo Caetano entendia que os tribunais administrativos integravam o poder administrativo. Em 1974, o Supremo Tribunal Administrativo era tutelado pela Presidência do Conselho de Ministros e a execução das suas decisões cabia ao Governo.

Desde 1974 aos nossos dias, aliás, existiram diversas propostas de fusão das duas ordens jurisdicionais. Contudo, a revisão constitucional de 1989 expressamente consagrou esta jurisdição, com o Supremo Tribunal Administrativo no seu vértice.

Como solução de compromisso perante a existência de duas jurisdições distintas, cada uma com o seu corpo de juízes, mantém-se a exigência de um estatuto único para todos os juízes. Também neste plano, afastando a solução da escolha governamental dos juízes.

V. Outra preocupação dos constituintes de 1976 é a consagração de uma solução para o governo da magistratura. A composição do Conselho Superior da Magistratura está especialmente prevista e até 1989 a sua presidência do CSM era exercida pelo Presidente da República, à imagem da França. Desde essa data a presidência passa a ser exercida pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça. Se a composição deste órgão é um tema controvertido, observe-se que a Constituição estabelecia a paridade da composição do Conselho, entre juízes eleitos pelos seus colegas e outros membros eleitos pela Assembleia da República e dois designados pelo Presidente da República. Um dos membros designados pelo PR deve ser juiz, mas esta obrigação desaparece na revisão constitucional em 1997, embora se tenha mantido na prática como um costume constitucional.

VI. Podemos assim observar a dinâmica da vida constitucional ao longo deste período. Considerando as disposições legislativas que se tornam normas constitucionais mais tarde, podemos interrogar-nos acerca da essência da política portuguesa e da configuração de uma constituição informal que se desenvolve ao lado e à margem da Constituição e dos processos constituintes.

Apenas como exemplo, a integração na Constituição do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais e do Conselho Superior

do Ministério Público não veio senão dotar de superior força normativa órgãos que já tinham existência.

Esta observação ganha ainda outra pertinência quando se pensa nas transformações que têm nas decisões dos tribunais europeus e do Tribunal Constitucional.

A jurisdição constitucional, nomeadamente nas suas decisões sobre os assentos, os poderes do juiz de instrução criminal, as inspecções judiciais, o estatuto do Ministério Público, ou sobre as normas e os princípios constitucionais acerca da sua própria competência, tem vindo a fixar novos conteúdos para a função jurisdicional e o estatuto dos juízes.

Do mesmo modo, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em matérias como o dever de decisão em prazo razoável ou os deveres de imparcialidade dos juízes, apenas para mencionar duas problemáticas, também tem vindo a densificar matérias simultaneamente previstas na Convenção e na Constituição.

Concluimos com uma resposta clara à pergunta inicial: a constituição judiciária já não é a mesma de 1976. Mas a dinâmica do movimento jurisdicional dos nossos dias também nos indica que as transformações futuras dessa constituição judiciária não resultam do impulso do legislador constituinte, mas da dinâmica das instituições criadas pela Constituição e do seu diálogo com as jurisdições europeias.

**A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL NO
ESTADO DE DIREITO.
APONTAMENTOS SOBRE O FINALISMO ALEMÃO
E SUA HERANÇA NA CIÊNCIA PENAL**

*THE INTERPRETATION OF CRIMINAL LAW IN
THE RULE OF LAW.
NOTES ON GERMAN FINALISM
AND ITS LEGACY IN CRIMINAL SCIENCE*

Cláudio Cintra Brandão¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/TD8W-MG59>

Resumo: A corrente teórica da ciência penal mais discutida na atualidade é a funcionalista. Entretanto, o seu principal desenvolvedor, nomeadamente Claus Roxin, afirma que o funcionalismo partiu de uma “descoberta” anterior a ele: os elementos subjetivos do injusto, que é produto direto da interpretação finalista da ciência penal. Nesse contexto, o finalismo deixou uma herança perene para a epistemologia penal, cuja investigação é objeto do presente estudo.

Palavras-chave: Finalismo; Tipo subjetivo; Ética penal.

Abstract: *The most discussed theoretical current of criminal science today is functionalism. However, its main developer, namely Claus Roxin, claims that functionalism started from a “discovery” that preceded it: the subjective elements of unlawful type, which is a direct product of the finalist interpretation of criminal science. In this context, finalism left a legacy for criminal epistemology, the investigation of which is the object of this study.*

Keywords: *Finalism; Subjective type; Criminal ethics.*

Sumário: 1. Introdução. Contextualização do sistema finalista do delito. 2. A construção welzeliana: a finalidade e o domínio do fato enquanto elementos de ruptura e viragem do método da ciência penal.

¹ Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas Gerais.

cia do direito penal. 3. Síntese conclusiva. 4. Referências.

Summary: 1. Introduction. Contextualisation of the finalist system of crime. 2. The Welzelian construction: the purpose and the domain of the fact as elements of rupture and change in the method of the science of criminal law. 3. Concluding summary. 4. References.

1. Introdução. Contextualização do sistema finalista do delito.

O finalismo foi uma revolução científica que deixou uma herança perene no método penal. Deve-se ao finalismo as bases da conceituação atual do injusto, que é a ação típica e antijurídica. É o mais importante autor funcionalista da atualidade, nomeadamente Claus Roxin, que reconhece que a formulação de injusto criada por Welzel foi seguida amplamente pela doutrina a ele posterior ². Do testemunho de Roxin, infere-se com facilidade que o finalismo foi uma teoria de rutura, que demarcou uma fronteira nunca antes proposta. Com efeito, até esse sistema era impensável a estruturação do dolo fora do âmbito da culpabilidade, o que impedia uma conceção pessoal de injusto ³. Para compreender o sistema finalista, entretanto, o primeiro passo é investigar as causas de seu eco, para depois voltar-se às instituições que compõe a teoria do crime com uma visão de conjunto com os elementos que as justificam.

Depois a derrota militar e política do nazismo após a segunda grande guerra o finalismo proposto por Hans Welzel assumiu o protagonismo na história das ideias penais, porque ele propôs um modelo que visava substituir o utilitarismo penal. Note-se que o utilitarismo nazista era baseado no aniquilamento dos sujeitos tidos pelo regime como perigosos e inimigos, por meio da pena criminal. O finalismo, pela compreensão ética que limita o direito penal à aplicação de uma sanção de um fato passado considerado como pessoalmente reprovável, representou uma crítica ácida àquela corrente. O método finalista recolocou o direito penal no escrutínio de uma conduta humana que violava a uma proibição anterior de natureza penal, vez que o fundamento material que

² Na nota 4 do Tratado de Roxin textualmente se lê: “Esta distinção se verificou em adesão a Welzel, Direito Penal, 52, e hoje é amplamente predominante”. Tradução livre de “Diese Unterscheidung hat sich im Anschluss na Welzel, StrafR, 52, heute weitgehend durchgesetzt”. ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. München: Beck. 2006. P.601.

³ Segundo Taipa de Carvalho: “Foi a teoria finalista que, como vimos, subjectivou, poder-se-á dizer definitivamente, o tipo de ilícito. A partir dela, a concepção pessoal do ilícito penal, com a sua tónica no desvalor da acção, jamais deixou de se afirmar”. TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Direito Penal. Parte Geral. T.II*. Porto:Universidade Católica Portuguesa. 2006, p.126.

propunha, exigia que a prevenção fosse abandonada porquanto a pena estaria limitada ao reconhecimento da culpabilidade de um fato ocorrido antes da manifestação da jurisdição e a ele absolutamente vinculado. Essa noção é uma decorrência da limitação do poder penal presente nos Estado Democrático de Direito, porquanto a culpabilidade presume a capacidade de escolha autônoma e independente do indivíduo pelo comportamento antijurídico⁴. Para chegar a essa conclusão, Welzel partiu de uma inquietação filosófica bem delimitada, pois questionara tanto a relação entre ser e dever ser, quanto a base de validade do direito penal⁵, o que gerou uma limitação das valorações jurídico-penais propostas pela revolução científica anterior – o neokantismo penal – com elementos de composição do sentido normativo não criados pela norma, mas sim presentes na realidade objetiva, chamadas pelo autor de estruturas lógico-objetivas (*sachlogischen strukturen*). Tais elementos podem ser exemplificados em três dados fundantes: a ação, a vontade e o livre-arbítrio, os quais representam verdadeiros limites negativos ao legislador. Isto significa que, por meio das estruturas lógico-objetivas, não se dizia o conteúdo da norma jurídica e, conseqüentemente, do direito, mas sim o que não podia ser conteúdo da norma e do direito.

Consigne-se que o direito penal nacional-socialista dirigia o direito penal para o futuro, através da eliminação de sujeitos considerados perigosos antes que eles cometessem qualquer ação, por esse motivo, seu norte justificador se encontrava na convergência de dois vetores, a saber: (a) a pena é o meio de purificar biologicamente o povo; e (b) justo é o que se traduz em útil para o povo. Tal convergência anulou as garantias de um Direito Penal democrático, bem como

*“pôs no lugar dos sujeitos indivíduo e sociedade os seus valores centrais: povo, nação e raça. Também intensificou as tendências utilitárias e naturalistas (biológicas), mas o certo é que pode se referir às teorias estabelecidas anteriormente.”*⁶

⁴ MANGIAMELI aponta que a autodeterminação possui uma especial relevância no plano dos direitos fundamentais, em face da visão antropológica derivada da substância da própria carta constitucional e das relações jurídicas dela decorrentes. Cf. MANGIAMELI, Stelio. *Autodeterminação: um direito constitucional?* In *In utroque jure* (BRANDÃO et al, coord.). Belo Horizonte: D'Plácido. 2024, p. 37 et seq. No direito penal, a concretização da autodeterminação se dará por meio da culpabilidade, que terá, para além da função de elemento do delito, a função hermenêutica de um princípio reitor da ciência penal, que concretizará a liberdade como uma limitação do *jus puniendi*.

⁵ WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: De Gruyter. 1975, p. 1 et seq.

⁶ WELZEL, Hans. *La teoria de la acción finalista*. Buenos Aires: Astrea. 1951, p.11.

Note-se que as posições dogmáticas de Welzel não tinham eco durante a era nazista, vez que elas eram abertamente hostis à opinião dominante – e controlada pelo partido político que detinha o poder⁷. Welzel sublinhou que o sistema proposto visava compatibilizar o poder penal ao Estado Democrático de Direito. Por esse motivo, denominou sua função de ético-social, na medida em que – afastando a utilização preventiva da violência institucionalizada por meio da aniquilação daqueles considerados inimigos pelos detentores do poder político – ela teria por requisito o estabelecimento de tipos penais claros, vez que deveriam delimitar com precisão a definição do que era considerado intolerável pelo Direito e, portanto, digno de uma pena criminal. Welzel afirma que:

“O fato de o nacional-socialismo ter podido ocupar um bastião atrás do outro da vida cultural e política, com relativa pouca resistência, baseou-se, e não no último momento, em fazer seus, com extrema habilidade, conceitos tradicionais, aproveitados em seu benefício. Assim o fez com os conceitos de “nacional” e “social”, e assim também com uma série de conceitos jurídicos importantes. Porém, por outra parte, não de pode menosprezar que determinados conceitos e teorias jurídicas, sem se dar conta disso, ajudaram o nacional-socialismo a se estabelecer”⁸

Porquanto o direito penal nazista se caracterizou pela indeterminação da conduta típica, o que, de um lado, permitia que o direito penal atingisse com a pena o sujeito tido como inimigo e, de outra parte, paralisava a liberdade social dos indivíduos, sua superação não poderia ser feita

⁷ Consulte-se a irreprochável análise de Kubiciel: *“Por mais difícil que seja responder à pergunta sobre o motivo do sucesso de Welzel, aparentemente é fácil apontar o momento de sua descoberta: o pós- guerra. Os primeiros anos foram difíceis, dizem. Welzel estava em uma posição minoritária sem esperança até 1945. De acordo com Hirsch, suas visões dogmáticas não tinham sentido durante a era nazista, já que seu sistema de síntese equivalia a um “ato revolucionário” contra a opinião predominante. Somente a partir de 1945 Welzel influenciou a discussão da doutrina do direito penal e foi o mais importante dogmático do direito penal desde Karl Binding. Tradução livre de: “So schwierig die Frage nach dem Grund für Welzels Erfolg zu beantworten ist, so leicht fällt es offenbar, den Zeitpunkt des Durchbruchs zu bestimmen: die Nachkriegszeit. Die Anfangsjahre seien schwierig gewesen, heißt es. Welzel habe sich bis 1945 in einer hoffnungslosen Minderheitsposition befunden. Seine dogmatische Auffassung, meint Hirsch, sei in der NS-Zeit bedeutungslos gewesen, da sein Systementwurf einem „revolutionären Akt“ gegen die herrschende Meinungs gleichgekommen sei. Erst nach 1945 habe Welzel die strafrechtsdogmatische Diskussion geprägt und sei zum bedeutendsten Strafrechtsdogmatiker seit Karl Binding.”. KUBICIEL, Michael. Welzel und die Anderen “Positionen und Positionierungen Welzels vor 1945. In FRISCH, Wolfgang et alii (Hrsg.). Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels. Tübingen: Mohr. 2015, p. 136.*

⁸ WELZEL, Hans. *La teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Astrea. 1951, p.9-10.

pelo simples retorno à teoria científica anterior àquela⁹. Seria necessário estabelecer novos mecanismos de contenção na teoria científica penal para que sistemas penais totalitários não pudessem se estabelecer com relativa facilidade: as estruturas lógico-objetivas e suas consequências no âmbito das instituições penais.

2. A construção welzeliana: a finalidade e o domínio do fato enquanto elementos de ruptura e viragem do método da ciência do direito penal.

O finalismo é uma teoria de ruptura, que propôs alterações substanciais no método do Direito Penal. Para compreendê-lo, é necessário partir de uma advertência feita por Hans Welzel, que se refere à função da ação: somente poderemos compreender os elementos da teoria do crime à luz do conceito de conduta¹⁰. Isto significa que a conduta é o elemento que produz o enlace entre as instituições que penais que compõe o injusto, como também entre elas e a culpabilidade. Com efeito, Welzel enfatiza que uma ação se converte em delito quando a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade – que estão relacionadas logicamente de modo que o elemento posterior pressuporá o elemento anterior – estabelecerem que a conduta infringiu o ordenamento e o seu autor é reprovável. Nesse contexto, os elementos do crime são valorações

⁹ “Por eso, cuando queremos vencer la corrupción del derecho por el totalitarismo, no podemos sencillamente volver al estado de cosas en que estábamos antes de su aparición, sino que hemos de revisar en lo referente a sus límites, las teorías anteriores, que en parte hemos defendido nosotros mismos o bajo las cuales nos hemos educado. Estos límites se dejan ver con relativa facilidad en un ejemplo en el cual, para el nacionalsocialismo, era especialmente fácil continuar teorías anteriores y desvirtuarlas en su sentido.” WELZEL, Hans. *La teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Astrea. 1951, p. 11.

¹⁰ Segundo Welzel: “A teoria da ação desenvolvida é a própria teoria do “crime” (ou seja, a ação social- ético-significativa em seu modo de existência jurídica). Aliás, isso mostra outra diferença entre nosso ponto de vista e a teoria naturalista da ação: neste caso, a ação (o processo causal) era apenas a “subestrutura” física sobre a qual se ergueu o mundo jurídico de valores (como “superestrutura”) completamente diferente, pelo que a independência delas foi enfatizada com bastante clareza”. Tradução livre de: “Die entwickelte Handlungslehre ist die „Verbrechens“lehre selbst (d. h. die sozialethisch-bedeutsame Handlung in ihrer rechtlichen Daseinsweise). Darin zeigt sich übrigens ein weiterer Unterschied unseres Standpunktes gegenüber der naturalistischen Handlungslehre: bei dieser war die Handlung (der Kausal Vorgang) lediglich der seinsmäßige „Unterbau“, auf dem sich die völlig andersgeartete rechtliche Wertwelt (als „Überbau“) erhob, wobei man die Unabhängigkeit dieser von jener scharf genug betonte”. WELZEL, Hans. *Studien zum System des Strafrechts*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. V. 58. 1939, p. 125.

jurídicas realizadas em face da ação, que funcionará como o elo que os harmonizará e possibilitará sua vinculação sistemática.

Welzel nos indica que para compreendermos o conceito de ação devemos buscar na raiz aristotélica um ensinamento: a finalidade concretiza a essência da ação humana e a incorpora a uma dimensão controladora da causalidade. Esse ensinamento do estagirita ganhou eco por toda a teoria do conhecimento a ele posterior e somente foi eclipsada no século dezanove, por conta das características do positivismo¹¹.

A característica final da ação humana, nesse contexto, é o ponto de partida para a reflexão penal, na qual se deve pontuar que:

“Dado que a finalidade se baseia na capacidade da vontade de prever dentro de limites as consequências do processo causal e em face disso ela é dirigida a um plano para a concretização do fim, é a vontade consciente do fim que rege o acontecer causal, ela é a coluna vertebral da ação final”¹².

Segundo Welzel, o primeiro penalista a debruçar-se sobre o conceito final de ação foi Samuel Pufendorf, o qual, baseado em Aristóteles, distinguiu os movimentos do homem, para somente considerar ação àqueles movimentos dirigidos pelo intelecto e pela vontade. Desse modo, a imputação dos efeitos dos movimentos humanos que causavam resultados exteriores era limitada pelo domínio do intelecto e da vontade¹³.

A ciência penal, nesse panorama, desenvolve-se em torno da ação final, até ser obstaculizado pelo positivismo. O método positivista era baseado no paradigma das ciências naturais, que por sua vez possuem uma estrutura epistemológica inadequada e limitada para a compreensão do Direito e, em especial, do Direito Penal. O Direito Penal não é uma ciência ideal, mas sim uma ciência da vida, da vida prática, que é impregnada de valorações. Ao contrário, as ciências da natureza, que são

¹¹ Con esta caracterización de la esencia de la acción humana nos incorporamos a una gran tradición Filosófica. Desde que ARISTÓTELES (Ética de Nicomach, 1 112 b) mostrara la estructura de la acción, por primera vez a finalidad, esta comprensión se impuso en la Edad media (ante todo por obra de SANTO TOMÁS) y quedó reconocida generalmente hasta HEGEL. Sólo a fines del siglo XIX, cuando las ciencias mecánicas naturales invaden el campo del derecho, se trató de hacer también de la acción un proceso causal exterior. WELZEL, Hans. *La teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Astrea. 1951, p. 18-19.

¹² Tradução livre de: “Da die Finalität auf der Fähigkeit des Willens beruht, in bestimmtem Umfange die Folgen des kausalen Eingreifens vorrauszusehen und dadurch dieses zur Zielerreichung hin planvoll zu steuern, ist der zielbewußte, das kausale Geschehen lenkende Wille das Rückgrat der finalen Handlung.” WELZEL, Hans. *Das Deutsches Strafrechts*. Berlin: De Gruyter. 1958, p.28-29.

¹³ WELZEL, Hans. *Das Deutsches Strafrechts*. Berlin: De Gruyter. 1958, p. 60.

valorativamente neutras, possuem estruturas – como o é a causalidade – invariáveis no tempo e no espaço, e, por conta disso, incompatíveis com o Direito Penal. Essa advertência Welzel fez desde os primórdios da sua proposição, antes do finalismo ganhar importância no âmbito da ciência penal. Com efeito, diz ele que:

“Vamos finalmente levar a sério a ideia, tantas vezes enfatizada, de que a realidade jurídica é a realidade da vida prática. Esta realidade prática da vida é infinitamente mais rica do que o ser das ciências naturais. Tem estruturas que não cabem na terminologia científica, mas que não são menos reais e que têm uma importância crucial para o direito! É por isso que perdemos desde o início as estruturas mais relevantes do ser se, no rastro da época naturalista, pensamos que o que é primeiramente dado é uma mera realidade “natural” (naturalista) da qual omitimos a realidade jurídica de um determinado ponto de vista valorativo.”¹⁴

3. Síntese conclusiva.

Welzel confere um novo contorno aos elementos do crime, partindo da estrutura finalista da ação. Atribui-se tanto ao injusto, isto é: a ação típica e antijurídica, quanto à culpabilidade, elementos que não se lhe atribuía o estágio anterior da referida dogmática. Para ele, toda ação é uma atividade dirigida finalisticamente pelo homem, isto é, toda ação é dirigida a um fim. Se ação é finalista, a temática da vontade dirigida a uma finalidade, que é a forma normal de dolo, não poderá se localizar em outro lugar senão na ação. Por sua vez, a ação representa o núcleo do tipo penal, logo, o dolo reside no tipo. Ele é um elemento que se extrai da própria estrutura da ação e é definido como vontade livre e consciente de realizar os elementos objetivos do tipo.

Após concretizado o juízo de tipicidade, concretiza-se no plano da ciência penal uma conduta digna de pena por ter violado um bem jurídico, por essa razão qualifica-antinormativa. Em princípio, toda conduta antinormativa será contrária ao Direito – rectius – antijurídica, exceto se estiver acobertada por uma causa de justificação.

Zaffaroni, que se declara metodologicamente ligado à epistemologia

¹⁴ Tradução livre de: *“Machen wir endlich einmal Ernst mit dem so oft betonten Gedanken, daß die rechtliche Wirklichkeit die Wirklichkeit des praktischen Lebens ist. Diese praktische Lebenswirklichkeit ist unendlich viel reicher als das naturwissenschaftliche Sein. Sie besitzt Strukturen, die in die naturwissenschaftliche Begriffswelt gar nicht eingehen können, die aber darum nicht weniger real sind und die gerade für das Recht von entscheidender Bedeutung sind! Darum verfehlen wir von vornherein die maßgeblichsten Seinsstrukturen, wenn wir im Nachklang an die naturalistische Epoche meinen, primär gegeben sei eine bloße „natürliche“ (sc. naturalistische) Wirklichkeit, aus der wir unter einem bestimmten bewertenden Gesichtspunkt die rechtliche Wirklichkeit auslösen”.* WELZEL, Hans. *Studien zum System des Strafrechts. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.* V. 58. 1939, p. 124.

do finalismo, ao explicar o injusto, aponta a substância da diferença científica entre a antinormatividade da tipicidade e a antijuridicidade ou ilicitude:

*“A abstração esquemática do tipo penal permite ao tipo fático (ou preceito de comportamento fático) assumir todas as formas possíveis cujas particularidades não interessam à proibição, mas não pode deixar de admitir que, em certos casos, essas particularidades significam que, justamente, a ação típica, faz parte do exercício da liberdade do agente. O levantamento particularizado dessas circunstâncias se expressa nos preceitos permissivos. Esses preceitos permissivos são chamados de causas de justificação ou ilicitude, e é um segundo capítulo dialético dentro da teoria do injusto, imposto pela inevitável necessidade legislativa de circunscrever o que é antinormativo para evitar que se transforme em proibição quando afetaria a liberdade de forma irracional”.*¹⁵

Assim, enquanto a relação entre a tipicidade e a antinormatividade é necessária, a relação entre a tipicidade e a antijuridicidade é contingente. Isto se fundamenta na possibilidade estatal de autorizar a realização do comportamento típico, o que se concretiza por meio das causas de justificação¹⁶.

À antijuridicidade, por meio de sua definição negativa através das causas de justificação, também será associado um elemento de natureza subjetiva: o *animus defendendi*, vez que o significado ético-social da ação e da correspondente vontade dirigida a um fim não é compatível com a subversão subjetiva para o atingimento de fins reprováveis em si mesmos, mesmo que associados a uma situação objetivamente autorizada. A culpabilidade, por sua vez, será composta apenas de elementos normativos: aos já existentes elementos imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa será acrescentada a consciência potencial de antijuridicidade,

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul el ali. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires:Ediar. 2002, p. 589.

¹⁶ Em obra anterior, já escrevemos que: “A teoria da antijuridicidade tem por escopo, pois, estabelecer que condutas típicas – e, deste modo, antinormativas – podem ser cometidas. Ela dá a autorização para a realização da conduta antinormativa, não a considerando como contrária ao direito, quer por conta de uma situação de fato reconhecida pelo direito (é o caso tanto do estado de necessidade, quanto da legítima defesa), quer por conta de uma atuação do direito no mundo dos fatos (é o caso tanto do estrito cumprimento de um dever legal, quanto do exercício regular de um direito). Assim, a realização das condutas previstas nos tipos penais é em certos casos adequadas às disposições permissivas que impedem que a norma abstrata e geral (o tipo penal) se converta em dever jurídico concreto e que permitam, por isso, a realização típica. Tais disposições permissivas são chamadas de causas de justificação”. BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra:Almedina, 2014, p. 40

vista como um elemento autônomo que possibilita valorizar a liberdade em face da escolha do que foi percebido pelo agente como contrário ao Direito¹⁷.

4. Referências.

BRANDÃO, Claudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2014.

MANGIAMELLI, Stelio. *Autodeterminação: um direito constitucional?* In *In utroque jure* (Brandão et al., coord.). Belo Horizonte: D'Placido. 2024.

KUBICIEL, Michael. *Welzel und die Anderen Positionen und Positionierungen Welzels vor 1945*. In FRISCH, Wolfgang et al. (Hrsg.). *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Tübingen: Mohr. 2015.

ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. München: Beck. 2006.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Direito Penal. Parte Geral. T.II*. Porto: Universidade Católica Portuguesa. 2006.

WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: De Gruyter. 1975.

WELZEL, Hans. *Das Deutsches Strafrechts*. Berlin: De Gruyter. 1958.

WELZEL, Hans. *La teoría de la Acción Finalista*. Buenos Aires: Astrea. 1951.

WELZEL, Hans. *Studien zum System des Strafrechts. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. V. 58. 1939.

ZAFFARONI, Eugenio Raul et al.. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar. 2002.

¹⁷ Nesse contexto, Welzel afirmou que: “O objeto central da atribuição da culpabilidade é a decisão valorativa da vontade em favor do injusto”. Tradução de: “Zentraler Gegenstand des Schuldvorwurfs ist, wie wir sahen, eine besondere Art der Wertentscheidung des Willens zugunsten des Unrechts.” WELZEL, Hans. *Studien zum System des Strafrechts. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. V. 58. 1939, p. 153.

ESTADO DE DIREITO E PODER JUDICIAL A EXPERIÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

RULE OF LAW AND THE JUDICIARY THE EXPERIENCE OF THE EUROPEAN UNION

Cristina Aragão Seia¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/9WTC-BR17>

Resumo: Uma das prioridades da União Europeia é a defesa e o respeito pelo Estado de Direito. Neste âmbito, um dos principais desafios tem sido a manutenção da independência judicial, que, nos últimos anos, tem sofrido reveses que a EU, só a muito custo, tem conseguido resolver. Algumas das reformas judiciais implementadas pelos Estados-Membros - em especial os que se encontram na direção de uma governação autocrática e populista - acabaram por comprometer seriamente a independência judicial, ameaçando os princípios da separação de poderes, os direitos humanos, a própria democracia e a credibilidade do poder judicial junto das populações. Em alguns casos, o poder judicial tornou-se vulnerável ao poder político, tornando-se mesmo um alvo de corrupção, influenciado por interesses económicos vários. Estas alterações institucionais, por vezes inconstitucionais, em alguns casos assentam nas próprias leis fundamentais nacionais, em clara contradição com o primado do direito da União, violando os valores europeus fundamentais e obrigando as instituições da UE a intervir. Como pode, então, a independência judicial ser protegida da influência política? Esta é a questão central que o presente documento pretende abordar. Dada a importância e relevância desta questão para a integridade da UE - e porque se trata de um desafio dinâmico que ultrapassa o âmbito académico - este trabalho explorará as soluções que a União Europeia tem utilizado na resposta aos Estados-Membros que têm vindo a ameaçar a independência judicial e avaliará a eficácia dessas medidas. Através do exame de estudos de casos, da análise crítica dos mecanismos da UE e da revi-

¹ Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto, Portugal. Investigadora integrada do CEJEIA – Centro de Estudos Jurídicos, Económicos, Internacionais e Ambientais. Email: cas@por.ulusiada.pt.

são de decisões recentes do Tribunal de Justiça da União Europeia, procuraremos destacar os instrumentos jurídicos, políticos e económicos que podem ajudar a restaurar, com êxito, a independência judicial e o Estado de Direito a nível europeu.

Palavras-chave: União Europeia; Estado de Direito; Independência judicial; Estatuto dos juízes.

Abstract: *One of the European Union's priorities is the defence of and respect for the rule of law. In this context, one of the main challenges has been to maintain judicial independence, which in recent years has suffered setbacks that the EU has only been able to resolve at great cost. Some of the judicial reforms implemented by member states - especially those in the direction of autocratic and populist governance - have ended up seriously jeopardising judicial independence, threatening the principles of the separation of powers, human rights, democracy itself and the credibility of the judiciary among the people. In some cases, the judiciary has become vulnerable to political power, even becoming a target for corruption, influenced by various economic interests. These institutional changes, which are sometimes unconstitutional, are in some cases based on fundamental national laws themselves, in clear contradiction to the primacy of EU law, violating fundamental European values and forcing the EU institutions to intervene. How, then, can judicial independence be protected from political influence? Given the importance and relevance of this issue for the integrity of the EU - and because it is a dynamic challenge that goes beyond the academic realm - this paper will explore the solutions that the European Union has used in response to Member States that have been threatening judicial independence and assess the effectiveness of these measures. By examining case studies, critically analysing EU mechanisms and reviewing recent decisions by the Court of Justice of the European Union, we will seek to highlight the legal, political and economic instruments that can help to successfully restore judicial independence and the rule of law at European level.*

Keywords: European Union; Rule of law; Judicial Independence; Judges' statute.

Sumário: 1. O Estado de Direito enquanto valor da União Europeia. 2. Estado de Direito e a independência judicial. 3. Ameaças ao Estado de Direito na União Europeia. 4. Mecanismos de proteção do Estado de Direito e da independência judicial. 5. Observações finais. 6. Referências.

Summary: 1. *The rule of law as a value of the European Union.* 2. *The rule of law and judicial independence.* 3. *Threats to the rule of law in the European Union.* 4. *Mechanisms for protecting the rule of law and judicial independence.* 5. *Concluding remarks.* 6. *References.*

1. O Estado de Direito como um valor da União Europeia

O artigo 2.º do Tratado da União Europeia (TUE) estabelece os valores em que assenta a União: respeito pela dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade, respeito pelos direitos humanos, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias, e Estado de Direito. Esta é a nossa identidade comum e a pedra angular da nossa sociedade. Uma sociedade em que o pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a

solidariedade e a igualdade entre mulheres e homens devem prevalecer, como a mesma disposição deixa claro.² Ursula von der Leyen refere-se a uma comunidade de valores e de leis.³

Embora os Tratados não contenham uma disposição que ofereça uma definição, o Estado de Direito encontra-se consagrado no artigo 2º como um dos valores fundamentais da União. *While there is no hierarchy among Union values, respect for the Rule of Law is essential for the protection of the other fundamental values on which the Union is founded, such as freedom, democracy, equality, and respect for human rights. Respect for the Rule of Law is intrinsically linked to respect for democracy and for fundamental rights. There can be no democracy and respect for fundamental rights without respect for the Rule of Law and vice versa.*⁴ Nas palavras de Koen Lenaerts, Presidente do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), a integração através do Estado de Direito define o que a União Europeia representa atualmente.^{5 6}

De acordo com a Comissão Europeia, o Estado de Direito é um princípio bem estabelecido, bem definido na sua essência, que é a mesmo em to-

² O artigo 2.º é considerado uma fonte de normas jurídicas vinculativas. PECH, L., *A Union Founded on the Rule of Law: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, European Constitutional Law Review, Vol. 6, 2010, p. 366; KOCHENOV, D. V., *The Acquis and Its Principles: The Enforcement of the Law versus the Enforcement of Values in the EU*, in JAKAB, A. e KOCHENOV, D. V. (Eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, 2017; ITZCOVICH, G., *On the Legal Enforcement of Values. The Importance of the Institutional Context* in JAKAB, A. and KOCHENOV, D. V. (Eds.), *The Enforcement*, op.cit.; SCHROEDER, W., *The Rule of Law as a Value in the Sense of Article 2 TUE: What Does It Mean and Imply?*, in VON BOGDANDY, A., et al. (Eds), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer 2021.

³ State of de Union 2021, https://ec.europa.eu/info/strategy/strategic-planning/state-union-addresses/state-union-2021_en.

⁴ Considerando 6 do Regulamento (UE, Euratom) 2020/2092 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16.12, relativo a um regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da União.

⁵ LENAERTS, K., *New horizons for the Rule of Law within the EU*, German Law Journal, Volume 21, Special Issue 1: 20 Challenges in the EU in 2020, January 2020, pp. 29 - 34

⁶ Note-se que o conceito de Estado de Direito está longe de ser pacífico, como explica Laurent Pech em *The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law*, Hague Journal on the Rule of Law, publicado online a 28 de Junho de 2022. No entanto, o autor defende que o Estado de Direito é um princípio constitucional bem estabelecido do Direito da UE e que está igualmente bem definido, devido à extensa jurisprudência do Tribunal de Justiça e aos esforços de codificação da definição por parte da Comissão Europeia na última década.

dos os Estados-Membros.⁷ Neste âmbito, todos os poderes públicos, bem como os seus funcionários e agentes, devem atuar de acordo com os limites estabelecidos pela lei, em conformidade com os valores da democracia e dos direitos fundamentais e sob o controlo de tribunais independentes e imparciais.⁸ O Estado de Direito inclui, entre outros, princípios como a legalidade⁹; a segurança jurídica¹⁰; a proibição do exercício arbitrário do poder executivo¹¹; a igualdade perante a lei; a proteção judicial efetiva por tribunais independentes e imparciais; o controlo judicial efetivo, incluindo o respeito pelos direitos fundamentais; e a separação de poderes.^{12 13}

Mais recentemente, o Parlamento Europeu e o Conselho adotaram a definição da Comissão Europeia e incorporaram-na no Regulamento 2020/2092: The Rule of Law requires that all public powers act within the

⁷ COM (2019) 343 final, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Strengthening the rule of law within the Union. A blueprint for action*, 17.07.2019.

⁸ COM (2019) 163 final, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council, Further strengthening the Rule of Law within the Union*, 03.04.2019, e COM (2020) 580 final, 2020 Rule of Law Report. The Rule of Law situation in the European Union. Veja-se JANSE, R., *Is the European Commission a credible guardian of the values? A revisionist account of the Copenhagen political criteria during the Big Bang enlargement*, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 17, Issue 1, January 2019, pp. 43-65.

⁹ Implica um processo transparente, responsável, democrático e pluralista na adopção de leis. COM (2014) 158 final, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A new EU Framework to strengthen the Rule of Law*, 11.03.2014. O princípio da legalidade corresponde à ideia de um governo limitado pela lei (para reduzir a arbitrariedade das suas decisões) e cujos funcionários devem atuar em conformidade com o quadro jurídico existente.

¹⁰ Exigindo que *rules are clear and predictable and cannot be retrospectively changed*. COM (2014) 158 final, *cit.*

¹¹ Envolvendo o respeito pelas esferas privadas da vida das pessoas e a proteção contra intervenções arbitrárias e desproporcionadas. COM (2014) 158 final, *cit.*

¹² COM (2014) 158 final, *cit.*

¹³ O TJUE e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) reconheceram estes princípios. COM (2014) 158 final, *cit.*, Anexo, e jurisprudência recente do TJUE, processos C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses *contra* Tribunal de Contas; C 216/18 PPU, LM, processo C-619/18, Comissão *contra* Polónia (Despacho de 17 de Dezembro de 2018) e C-156/21, em que o Tribunal de Justiça declarou que os princípios do Estado de Direito têm a sua fonte em valores comuns que são também reconhecidos e aplicados pelos Estados-Membros nos seus próprios sistemas jurídicos (p. 236-237).

constraints set out by law, in accordance with the values of democracy and the respect for fundamental rights, under the control of independent and impartial courts.

Os governos da Polónia e da Hungria contestaram particularmente esta definição. O primeiro com o argumento de que o Estado de Direito não pode ser definido através de um regulamento orçamental, e o segundo defendendo o Estado de Direito como conceito a ser definido pelo sistema jurídico de cada Estado-Membro. Ambos os governos contestaram a legalidade do Regulamento 2020/2092.¹⁴

Os princípios do Estado de Direito foram codificados principalmente no direito primário, em particular no Tratado da União Europeia e na Carta dos Direitos Fundamentais (Carta), aos quais os Estados-Membros estão vinculados, voluntária e democraticamente, desde que se tornaram membros da UE, e são fortemente apoiados pelos cidadãos de todos os Estados-Membros¹⁵. O Tribunal de Justiça, através da sua jurisprudência, tem desempenhado um papel preponderante na clarificação e desenvolvimento destes princípios.

2. Estado de Direito e independência judicial

O conceito de Estado de Direito, fundamental para a compreensão ocidental da democracia liberal, contém vários elementos¹⁶, incluindo a

¹⁴ C-156/21 e C-157/21. A Hungria e a Polónia interpuseram recursos (recursos de anulação) depois de a UE ter invocado o Regulamento 2020/2092 (mecanismo de condicionalidade do Estado de Direito) que vincula os fundos da UE ao respeito pela independência judicial e pelo Estado de Direito. O TJUE decidiu que os Estados-Membros podem ser privados do financiamento da UE quando não cumpram as normas democráticas. Considerando que os interesses financeiros da União dependiam do respeito por tribunais independentes e pelo Estado de Direito em todo o bloco, o TJUE decidiu contra a Polónia e a Hungria. Ver TOLLEY, M. C., *The Protection of Judicial Independence in Europe: The Roles of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of The European Union*.

¹⁵ *Special Eurobarometer 517 Report on the Future of Europe*, 25.01.2022, p. 33: o respeito da UE pelo Estado de direito, pela democracia e pelos direitos humanos foi considerado o principal trunfo da UE por 27% dos inquiridos. O poder económico, industrial e comercial atingiu 25%.

¹⁶ Em primeiro lugar, é a ideia de um governo limitado pela lei (princípio da legalidade). O governo limitado é considerado um elemento crucial para reduzir a arbitrariedade das decisões dos funcionários. Um segundo elemento exige que as leis sejam previamente estabelecidas, que sejam gerais e que estejam disponíveis ao público. Um terceiro elemento é a possibilidade de acesso a um sistema judicial independente e imparcial. MANKO, R., *Protecting the rule of law in the EU. Existing mechanisms and possible improvements*, European Parliamentary Research Service, November 2019,

possibilidade de fiscalização judicial da atividade legislativa e executiva como garante dos princípios do primado da constituição e da legalidade.¹⁷

O TJUE, com base no artigo 19.º, n.º 1, do TUE, decidiu que a União Europeia é uma união de direito em que os particulares têm o direito de impugnar judicialmente a legalidade de qualquer decisão ou medida nacional relativa à aplicação, no que lhes diz respeito, de um ato da União Europeia.¹⁸ Esta possibilidade faz parte da essência do Estado de Direito na União.¹⁹ No entanto, todas estas garantias seriam inúteis sem independência judicial face aos poderes executivo e legislativo.²⁰ A independência judicial é, assim, uma das componentes essenciais do Estado de Direito, juntamente com o direito fundamental a um processo equitativo (artigo 47.º da Carta) e o princípio da proteção jurisdicional efetiva (artigo 19.º, n.º 1 do TUE)²¹. Como afirma BÁRD, a independência judicial é a *condição sine qua non* da separação de poderes.²²

O TJUE decidiu no processo da Associação Sindical dos Juizes Portugueses que o artigo 19.º do TUE, que concretiza o valor do Estado de Direito enunciado no artigo 2.º do TUE, atribui a responsabilidade de assegurar o controlo jurisdicional na ordem jurídica da UE não só ao Tribunal de Justiça mas também aos órgãos jurisdicionais nacionais.

Os Estados-Membros são obrigados, designadamente pelo princípio da cooperação leal²³, a assegurar, nos respetivos territórios, a aplicação e o respeito pelo direito da União. Para esse efeito, devem prever vias de recurso adequadas para assegurar uma proteção jurisdicional efetiva das partes nos domínios abrangidos pelo direito da União.

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642280/EPRS_BRI\(2019\)642280_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642280/EPRS_BRI(2019)642280_EN.pdf)

¹⁷ MOLITERNO, J. e CUROS, P., *Recent Attacks on Judicial Independence: The Vulgar, the Systemic, and the Insidious*, German Law Journal (2021), 22, pp. 1159-1191.

¹⁸ Processo C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, p. 31.

¹⁹ Processo C-72/15, Rosneft, p. 73.

²⁰ MANKO, R., *European Court of Justice case-law on judicial independence*, European Parliamentary Research Service, July 2021, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/696173/EPRS_BRI\(2021\)696173_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/696173/EPRS_BRI(2021)696173_EN.pdf)

²¹ MANKO, R., *Council of Europe standards on judicial independence*, European Parliamentary Research Service, May 2021, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2021\)690623](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2021)690623)

²² BÁRD, P., *In courts we trust, or should we? Judicial independence as the precondition for the effectiveness of EU law*, European Law Journal, 2022, pp. 1-26.

²³ Artigo 4.º, n.º 3, primeiro parágrafo, do TUE.

O princípio da proteção jurisdicional efetiva dos direitos individuais no âmbito do direito da UE, referido no segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE, é um princípio geral do direito da UE decorrente das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, consagrado também nos artigos 6.º e 13.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950, e que é agora reafirmado pelo artigo 47º da Carta.²⁴

MOLITERNO e CUROS²⁵ identificam duas conotações comuns de independência judicial: numa versão, a independência tem a ver com a consciência interior do juiz e o seu empenho em decidir os casos - carácter adequado e independência de espírito; na segunda, a independência judicial tem a ver com as estruturas que tentam isolar os juízes da influência dos atores estatais - mecanismos institucionais de controlo dentro da estrutura constitucional. Esta segunda aceção, objeto de estudo do presente trabalho, é também a utilizada em decisões do TJUE, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em recomendações e pareceres de organizações da União Europeia e do Conselho da Europa. Para aqueles autores, o sistema judicial não pode ser totalmente independente se as duas categorias de independência não estiverem associadas.²⁶

Garantir que as autoridades públicas respeitem o princípio da legalidade nas suas ações é, portanto, uma competência dos tribunais. O acesso aos tribunais e a garantia de um processo justo e imparcial são indispensáveis para a aplicação do princípio da proteção jurisdicional efetiva, do direito a um recurso efetivo perante um tribunal e para assegurar o respeito pela separação de poderes.²⁷ E por tribunal deve sempre entender-

²⁴ Processo C-64/16, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, p. 32, 34 e 35.

²⁵ MOLITERNO, J. e CUROS, P., *cit.*

²⁶ A independência judicial pode também ser definida como a capacidade de os juízes tomarem as suas decisões sem interferência ou receio de retaliação por parte de outros poderes (BURBANK, S., *What do We Mean by Judicial Independence*?, Ohio State Law Journal, vol. 64, n.º 1, 2003, pp. 323-340). Este aspeto é importante, porque permite que *judges free of congressional and executive control [to] be in a position to determine whether the assertion of power against citizens is consistent with law* (BATOR, P., *The Constitution as an Architecture: Legislative and Administrative Courts under Article III*, Indiana Law Journal, vol. 65, n.º 2, artigo 2.º, 1990, pp. 233-275). Para que um país tenha uma separação efetiva de poderes, os juízes devem estar livres de se preocuparem com os desejos a curto prazo dos eleitos (KAUFMAN, I., *The Essence of Judicial Independence*, Columbia Law Review, vol. 80, n.º 4, maio de 1980, pp. 671-701). FREEBERG, J., *Don't Judge Me: Declining Judicial Independence in Hungary and Poland*, WWU Honors College Senior Projects. 601, 2022.

²⁷ Artigo 19.º do TUE, artigo 47.º da Carta. COM (2022) 500 final, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and*

-se um tribunal independente na ordem jurídica da UE.²⁸ Isto significa que o exercício do poder judicial não depende do poder discricionário do executivo nem deve ser influenciado por poderosos interesses políticos e económicos, como sublinha corretamente TOLLEY, acrescentando que a autonomia e o poder discricionário são os elementos críticos que definem a independência judicial.²⁹

3. Ameaças ao Estado de Direito na União Europeia

O princípio da solidariedade, a que se referem os artigos 2º e 4º, n.º 3 do TUE, um dos princípios fundamentais do direito da União Europeia, baseia-se na confiança mútua ou no reconhecimento mútuo entre os Estados-Membros e assenta no compromisso de cada Estado-Membro em respeitar as condições de adesão à União (com os direitos e deveres, vantagens e desvantagens inerentes) e de respeitar os valores europeus.³⁰ Implica que a União e os Estados-Membros, no pleno respeito mútuo, se prestem assistência mútua no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados e que os Estados-Membros tomem todas as medidas adequadas para assegurar o cumprimento das suas obrigações e se abstenham de tomar quaisquer medidas suscetíveis de pôr em perigo a realização dos objetivos da União.

Social Committee and the Committee of the Regions, 2022 Rule of Law Report. The rule of law situation in the European Union, 13.07.2022. No processo C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 27 de fevereiro de 2018, p. 44, o TJUE distingue a independência externa, que considera equivalente à proteção do poder judicial em relação aos outros poderes e assegura a ausência de qualquer constrangimento hierárquico ou subordinação a qualquer outro órgão, da independência interna, ligada à imparcialidade.

²⁸ LENAERTS, K., *The Court of Justice and National Courts: A Dialogue Based on Mutual Trust and Judicial Independence*, palestra introdutória na conferência Application of the European law in jurisprudence, Supremo Tribunal Administrativo, Polónia, 19 de Março de 2018.

²⁹ TOLLEY, M. C., *cit.*

³⁰ Processos C-156/21, Hungria *contra* Parlamento e Conselho, e C-158/21, Polónia *contra* Parlamento e Conselho, p. 129. Ver considerando 5 do Regulamento (UE, Euratom) 2020/2092, *cit.*: a partir do momento em que um país candidato se torna Estado-Membro, adere a uma estrutura jurídica baseada na premissa fundamental de que cada Estado-Membro partilha com todos os outros, e reconhece que estes partilham com ele, um conjunto de valores comuns em que assenta a União, tal como previsto no artigo 2º. Esta premissa implica e justifica a existência de uma confiança mútua entre os Estados-Membros de que esses valores serão reconhecidos e, por conseguinte, de que o direito da União que os aplica será respeitado. A legislação e as práticas dos Estados-Membros devem continuar a os valores comuns em que se funda a União.

No entanto, o facto de a entrada dos atuais 27 Estados-Membros na União Europeia se ter feito por etapas e em diferentes tempos e velocidades, para ser possível respeitar as características e necessidades distintas de cada um, resultou numa integração diferenciada. Esta integração diferenciada centrou-se em mecanismos jurídicos que permitem aos Estados-Membros e às entidades não estatais cooperar de forma flexível no sentido de uma União cada vez mais estreita.³¹ No entanto, acabou também por conduzir à fragmentação, a ponto de pôr em perigo os princípios e valores da União Europeia. DE WITTE imputa a esta diferenciação o facto dos contornos da ordem jurídica da UE se terem tornado bastante difusos, a ponto de o antigo ideal do TJUE de que as normas jurídicas da UE sejam plenamente aplicáveis ao mesmo tempo e com efeitos idênticos em todo o território da comunidade se ter tornado inatingível.³²

Além disso, surge uma nova forma de desintegração. Estamos a referir-nos a algumas resistências nacionais em respeitar o primado do direito da UE, com o qual os Estados se comprometeram expressamente e que é, aliás, uma condição que qualquer Estado que pretenda tornar-se membro da União deve cumprir. Mais, uma questão relacionada com o Estado de Direito num só Estado-Membro é suficiente para afetar a União no seu conjunto e pode ser considerada um precedente perigoso, uma vez que mina a confiança entre Estados-Membros e o próprio princípio da solidariedade, instrumento de aplicação do primado, da unidade e da eficácia do direito comunitário.³³

Dito isto, reconhecemos que os valores e princípios fundamentais da União, incluindo o Estado de Direito, estão sob pressão. E se o Estado de Direito não for devidamente protegido em todos os Estados-Membros, a pedra angular da União, que é a solidariedade, a coesão e a confiança necessárias para o reconhecimento mútuo das decisões nacionais e o funcionamento do mercado interno, estará igualmente em perigo, o que também pode ter impacto na economia. Sistemas judiciais eficazes e quadros anticorrupção sólidos são igualmente cruciais para o bom funcionamento

³¹ UITZ, R., *The Rule of Law in the EU: Crisis – Differentiation – Conditionality*, Bridge Network – Working Paper 20, April 2022; PIROZZI, N. e BONOMI, M., *Governing Differentiation and Integration in the European Union: Patterns, Effectiveness and Legitimacy*, The International Spectator, 57: 1, 2022.

³² UITZ, R., *cit.* DE WITTE, B., *Variable Geometry and Differentiation as Structural Features of the Legal Order*, in DE WITTE, B. et al. (Eds), *Between Flexibility and Disintegration*, Edward Elgar, 2017.

³³ BÁRD, P., *cit.*

do tecido empresarial e para a solidez das finanças públicas.³⁴

Paralelamente à crise financeira que a UE e os seus Estados-Membros têm vivido desde 2009, a União foi, também, confrontada, em várias ocasiões, com uma verdadeira crise do Estado de Direito.³⁵ A crise incluiu, por exemplo, a expulsão *em massa*, para a Roménia e a Bulgária, em 2010, pelo Governo francês, de quase 1000 membros da minoria cigana; a campanha de 2011-12 do Primeiro-Ministro húngaro, Viktor Orbán, para ultrapassar a oposição judicial e subjugar a independência judicial, forçando cerca de dez por cento dos juízes e procuradores húngaros a reformarem-se antecipadamente; e a crise constitucional de 2012-13 na Roménia, em que o Governo se recusou a aderir aos acórdãos do Supremo Tribunal do país.³⁶ Mais recentemente, em 2020, o Tribunal Constitucional alemão contestou diretamente um acórdão do TJUE sobre o Programa de Aquisição do Setor Público do Banco Central Europeu³⁷. Em 2021, o Tribunal Constitucional polaco, contestando o primado do direito da UE, proferiu dois acórdãos, em 14 de Julho e 7 de Outubro, considerando as disposições dos Tratados da UE incompatíveis com a Constituição polaca, desafiando a jurisprudência do TJUE³⁸, e o Tribunal Constitucional romeno proibiu os tribunais inferiores de seguirem uma decisão do TJUE³⁹.

De facto, alguns políticos, sobretudo nas novas democracias da Europa Central e de Leste, onde as instituições do Estado de Direito são relativamente recentes, mobilizaram o valor fundamental da democracia con-

³⁴ UITZ, R., *cit.*

³⁵ Viviane Reding, Vice President of the European Commission and EU Justice Commissioner, 'The EU and the Rule of Law – What next?' Speech, 4 September 2013, (<http://europa.eu/rapid/pressrelease_SPEECH-13-677_en.htm>)

³⁶ MAGEN, A. e PECH, L., *The Rule of Law and the European Union*, The Handbook on the Rule of Law, Chapter 14, Elgar, 2018, pp. 235-256

³⁷ Na sequência de compromissos formais do Governo alemão que reconheceu o primado do direito comunitário, a Comissão encerrou o processo de infração.

³⁸ Na Polónia, o Tribunal Constitucional contestou expressamente o primado do direito europeu e considerou inconstitucionais certas disposições dos Tratados. Esta situação levou a Comissão a dar início a um processo por infração.

³⁹ O TJUE decidiu que os tribunais nacionais não devem ser impedidos, sob pena de verem ser-lhes aplicadas sanções disciplinares, de não aplicar decisões do Tribunal Constitucional contrárias ao direito da UE e que o direito da UE se opõe a qualquer regra ou prática nacional que possa dar origem a responsabilidade disciplinar pelo incumprimento de tais decisões pelos juízes nacionais. Processos apensos C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, Euro Box Promotion e. a., 21 de Dezembro de 2021, e C-430/21, RS, 22 de Fevereiro de 2022.

tra a visão da Comissão sobre a União, argumentando que as instituições europeias pretendem anular instituições democraticamente constituídas dos Estados-Membros⁴⁰, e invocando o artigo 4.º, n.º 2, do TUE, que estabelece que a União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a identidade nacional, inerente às suas estruturas fundamentais.

Embora existam vários casos, ao analisar um período de cinco anos, o Índice do Estado de Direito do Projeto Justiça Mundial revelou que o respeito da Hungria e da Polónia pelo Estado de Direito diminuiu mais do que em qualquer outro país da região da UE/EFTA/ América do Norte.⁴¹ PECH refere que a avaliação do Instituto V-DEM identifica a Hungria como a primeira autocracia eleitoral da UE no seu relatório sobre a democracia de 2020⁴², e a Polónia como o país mais autocratizante do mundo na última década no seu relatório sobre a democracia de 2021.⁴³ 44 BÁRD refere que, na literatura académica, a Hungria é classificada como um regime autoritário competitivo e que a Polónia terá sofrido uma captura política do poder judicial e dos meios de comunicação social, abrindo caminho a poderes ilimitados por parte do executivo.⁴⁵

Ainda segundo o Instituto V-DEM, [a]mong the union members, Hungary and Poland are among the top autocratizers in the world over the last decade. Hungary turned into an electoral autocracy in 2018. Autocratization is now also affecting Slovenia, which is one of the top autocratizers in the world over the last three years. Croatia, Czech Republic, and Greece are also newly autocratizing countries.⁴⁶

A pandemia de Covid-19 e a guerra na Ucrânia, com as suas consequências e a necessidade de regimes de emergência, representam também grandes desafios para o Estado de Direito, tanto na União Europeia como em todo o mundo, numa altura em que a desinformação e os ciberataques ocupam um lugar central.

⁴⁰ UITZ, R., *cit.*

⁴¹ Os seis últimos países do grupo UE/EFTA/ América do Norte são a Polónia, a Roménia, a Croácia, a Grécia, a Bulgária e a Hungria. Veja-se <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2021>

⁴² V-Dem Institute, *Autocratization Surges – Resistance Grows. Democracy Report 2020*, pp. 4 and 13.

⁴³ V-Dem Institute, *Autocratization Turns Viral. Democracy Report 2021*, March 2021, p. 19.

⁴⁴ PECH, L., 2022, *cit.*

⁴⁵ BÁRD, P., *cit.*

⁴⁶ PECH, L., 2022, *cit.*; Instituto V-Dem, *Autocratization Changing Nature. Relatório sobre a Democracia 2022*, março de 2022, p. 25.

4. Mecanismos de proteção do Estado de Direito e da independência judicial

O Estado de Direito garante que os Estados-Membros e os seus cidadãos possam trabalhar em conjunto num espírito de confiança mútua. A confiança nas instituições públicas, incluindo no sistema judicial, é crucial para o bom funcionamento das sociedades democráticas. Não existe democracia sem Estado de Direito⁴⁷ e independência judicial.

Mas como é que a independência judicial pode ser protegida da influência dos políticos?

Em primeiro lugar, através da não ingerência dos outros poderes do Estado, nomeadamente do executivo, na organização e funcionamento do poder judicial. Para o efeito, é essencial a existência de órgãos independentes como os Conselhos de Justiça, tal como reconhecido na jurisprudência do TJUE. O TJUE reconheceu que um Conselho da Magistratura pode constituir uma salvaguarda da independência do poder judicial, desde que esse órgão seja suficientemente independente dos poderes executivo e legislativo e do órgão ao qual submete o seu parecer. Além disso, esse Conselho da Magistratura deve ser dotado de recursos financeiros para funcionar de forma eficaz e cumprir os seus mandatos.⁴⁸ Podem atuar como um amortecedor entre o poder judicial e os outros ramos do poder em questões como a nomeação e a carreira dos juízes, bem como o seu papel na gestão do sistema judicial.⁴⁹ Estes conselhos já existem na maioria dos Estados-Membros, mas em muitos deles não cumprem as normas de independência exigidas. Por conseguinte, a Comissão tem sido muito ativa na emissão de orientações, comunicações e recomendações sobre o assunto, tendo mesmo recorrido ao TJUE quando necessário.

Em segundo lugar, é tempo de a UE e as suas instituições tomarem medidas sérias e assertivas sobre esta questão, punindo fortemente os Estados-Membros que repetida e deliberadamente minam a independência judicial e o respeito pelo Estado de Direito.

O papel do Tribunal de Justiça tem sido decisivo na defesa dos princípios do Estado de Direito. Os tribunais nacionais podem (nalguns casos são mesmo obrigados a) submeter ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial (artigo 267.º do TUE) sobre a interpretação de disposições do direito da União Europeia. Estes acórdãos do Tribunal de Justiça são vinculati-

⁴⁷ *Ib.* COM (2019) 163 final, *cit.*

⁴⁸ Processos C-824/18, *cit.*, p. 123-125, C-791/19, *cit.*, p. 98-108, C-896/19, *cit.*, p. 66, C-824/18, *cit.*, p. 66 e 124-125 e processos apensos C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *cit.*, p. 137-138.

⁴⁹ COM (2022) 500 final, *cit.*

vos não só para os tribunais que tenham apresentado um pedido de decisão prejudicial, mas também para os outros tribunais, na medida em que estabelecem a interpretação das disposições em causa. O seu incumprimento é considerado uma violação do direito comunitário que pode dar origem a ações por incumprimento. No entanto, o TJUE não pode, por si só, resolver o problema, embora os seus esforços nesse sentido sejam louváveis.

O Parlamento Europeu sublinhou que é dever da Comissão, enquanto guardião dos Tratados, assegurar a sua aplicação e de outros atos legislativos da UE e que a Comissão deve cumprir a lei, *dura lex sed lex*.⁵⁰ No entanto, a Comissão tem estado a gerir esta questão com pinças. Tem certamente à sua disposição instrumentos, jurídicos e políticos, para combater as violações da independência judicial e do Estado de Direito. Por exemplo, o recurso a ações por incumprimento ou à aplicação de sanções pecuniárias em caso de incumprimento de uma decisão proferida no termo de uma ação por incumprimento (artigo 260.º do TUE). Este tipo de procedimentos garante que o direito comunitário é corretamente aplicado e respeitado a nível nacional.

Ou outros, como o Quadro do Estado de Direito, o Mecanismo do Estado de Direito, o Mecanismo de cooperação e de verificação, o Mecanismo de condicionalidade, o Regulamento relativo a Disposições Comuns, o Semestre Europeu e o Painel de Avaliação da Justiça da UE, que podem ser utilizados para acompanhar e garantir o respeito pela independência judicial e pelo Estado de Direito por parte dos Estados-Membros não cumpridores.

Em 2014, a Comissão Europeia adotou o Quadro do Estado de Direito⁵¹ para prevenir a escalada e abordar, através de um diálogo estruturado, as ameaças emergentes e sistémicas ao Estado de Direito nos países da UE, a fim de evitar ter de recorrer aos mecanismos do artigo 7º do TUE [suspensão dos direitos de membro da UE (tais como o direito de voto no Conselho da União Europeia) em caso de violação grave e persistente]. O quadro inclui três fases: a avaliação da Comissão, a recomendação da Comissão e o controlo do seguimento dado pelo país da UE à recomendação da Comissão. Se não for encontrada uma solução, o artigo 7.º do TUE constitui o último recurso. Este quadro foi ativado pela primeira vez em 2016, com a Polónia.

⁵⁰ BÁRD, P., *cit.*

⁵¹ VerCOM(2014)158final, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A new EU Framework to strengthen the Rule of Law*, March 2014. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52014DC0158>.

A fim de promover e salvaguardar o Estado de Direito no quadro dos Tratados, o Conselho decidiu, em dezembro de 2014, realizar diálogos anuais sobre o Estado de Direito, entre todos os Estados-Membros no âmbito do Conselho, com base nos princípios da objetividade, da não discriminação e da igualdade de tratamento de todos os Estados-Membros, conduzidos segundo uma abordagem não partidária e baseada em dados concretos, salientando que essa abordagem não prejudicará o princípio das competências atribuídas, nem o respeito pelas identidades nacionais dos Estados-Membros.⁵² O Mecanismo do Estado de Direito europeu prevê um processo de diálogo anual entre a Comissão, o Conselho e o Parlamento Europeu, juntamente com os Estados-Membros, os parlamentos nacionais, a sociedade civil e outras partes interessadas no Estado de Direito. O seu objetivo é estimular os papéis interinstitucionais. O relatório sobre o Estado de Direito e os trabalhos preparatórios com os Estados-Membros realizam-se anualmente no âmbito deste mecanismo e servirão de base para os debates na UE, bem como para evitar o aparecimento ou o agravamento de problemas

Adotado em 2006 para supervisionar a Bulgária e a Roménia, enquanto mecanismo temporário, o Mecanismo de Cooperação e de Verificação foi criado para acompanhar os progressos realizados por estes países no cumprimento de objetivos de referência específicos, *nomeadamente* no domínio da reforma judiciária, da corrupção e da luta contra a criminalidade organizada⁵³. O mecanismo não prevê quaisquer sanções em caso de ausência de progressos.

⁵² Ver https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-mechanism_en. A primeira avaliação deste instrumento teve lugar em 2019, quando o Conselho considerou que o diálogo poderia ser mais forte, mais orientado para os resultados e mais bem estruturado. Ver <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16936-2014-INIT/en/pdf>. E UITZ, R., *The Perils of Defending the Rule of Law Through Dialogue*, *European Constitutional Law Review*, 2019/15, pp. 1-16; BÁRD, P., *The Crisis of the Rule of Law, Democracy and Fundamental Rights in Hungary*, MTA Law Working Papers 2022/4, disponível em <https://jog.tk.hu/mtalwp/the-crisis-of-the-rule-of-law-democracy-and-fundamental-rights-in-hungary>; KOMANOVICS, A., *Hungary and the Luxembourg Court: the CJEU's Role in the Rule of Law Battlefield*, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, Issue 6, 2022, pp. 122-157, disponível em <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/eclic/article/view/22413/11940>.

⁵³ Decisões 2006/928/CE e 2006/929/CE da Comissão de 13.12. e Ver, PECH. L., 2022, *cit.* Ver também https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/assistance-bulgaria-and-romania-under-cvm/cooperation-and-verification-mechanism-bulgaria-and-romania_en

O Mecanismo de Condicionalidade é utilizado em caso de violação dos princípios do Estado de Direito que afetem ou possam afetar gravemente a boa gestão financeira do orçamento da União ou a proteção dos interesses financeiros da União de uma forma suficientemente direta⁵⁴

O Regulamento relativo às Disposições Comuns prevê a suspensão do pagamento dos fundos da UE se se verificar uma deficiência grave no funcionamento eficaz do sistema de gestão e controlo do programa operacional.⁵⁵ Exige que todos os Estados-Membros criem mecanismos eficazes para garantir que os programas apoiados pelo Regulamento Disposições Comuns e a sua execução respeitem a Carta dos Direitos Fundamentais, como condição prévia para que as despesas correspondentes sejam reembolsadas.

Já o Semestre Europeu é um processo que resulta em recomendações específicas por país sobre questões macroeconómicas e estruturais, incluindo sobre os sistemas judiciais e a luta contra a corrupção.⁵⁶ Considerado como um exemplo de instrumentos de *soft law*, que aplicam as disposições do direito primário da UE, tem vindo a ocupar-se cada vez mais intensamente de questões relacionadas com os sistemas judiciais nacionais e a independência do poder judicial.

Painel de Avaliação da Justiça da UE⁵⁷: o Painel de Avaliação da Justiça da UE é um instrumento de informação comparativa que tem por objetivo ajudar a UE e os Estados-Membros a melhorar a independência,

⁵⁴ Regulamento (UE, Euratom) 2020/2092 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16.12, relativo a um regime geral de condicionalidade para a proteção dos interesses financeiros e do orçamento da União Europeia, que vincula o financiamento da UE ao cumprimento por parte dos Estados-Membros.

⁵⁵ Regulamento (UE) n.º 1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013, que estabelece disposições comuns relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão, ao Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas, que estabelece disposições gerais relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1083/2006 do Conselho.

⁵⁶ Veja-se https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester_en. PECH. L., 2022, *cit.*

⁵⁷ COM (2013) 160 final, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Banco Central Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Painel de Avaliação da Justiça na UE. Um instrumento para promover uma justiça eficaz e o crescimento*, 27.3.2013. (ver nota 96).

a qualidade e a eficácia dos sistemas de justiça nacionais. É um dos instrumentos do Estado de Direito da UE, utilizado pela Comissão para acompanhar as reformas da justiça empreendidas pelos Estados-Membros e uma das fontes de informação do Relatório sobre o Estado de Direito.

Da mesma forma, os mecanismos previstos no artigo 7.º do TUE⁵⁸, nomeadamente o n.º 2, que já foi utilizado contra a Polónia e a Hungria, e podem ter como consequência a suspensão dos direitos de membro em caso de violação dos valores da UE. A Comissão, até finais de 2022, evitou tomar medidas mais drásticas para não ser acusada de ingerência nos assuntos internos dos Estados, e porque estava consciente de que os Estados-Membros infratores podiam paralisar a adoção de medidas vitais para a União, nomeadamente em matéria orçamental, especialmente nos casos em que é necessária a unanimidade.⁵⁹

No entanto, entendendo que a Hungria já tinha ultrapassado todos os limites, no final de 2022, a Comissão decidiu endurecer a sua ação contra este Estado. De facto, ao longo de mais de uma década no poder, o primeiro-ministro Viktor Órban teve muitos confrontos amargos com a UE e a Comissão Europeia por causa das restrições da Hungria aos direitos dos homossexuais e dos migrantes, bem como pelo reforço do controlo estatal sobre as organizações não governamentais, os académicos, os meios

⁵⁸ O artigo 7.º do TUE foi introduzido pelo Tratado de Amesterdão com o objetivo de tratar as violações graves do Estado de direito, através do diálogo e de sanções. É o último recurso para garantir que um Estado da UE respeite os valores da UE consagrados no artigo 2º do TUE. Permite que as instituições competentes da UE atuem em situações em que exista um risco claro de violação grave, por parte de um Estado-Membro, dos valores referidos no artigo 2.º - mecanismo preventivo (n.º 1), ou em que exista uma violação grave e persistente desses valores - mecanismo de sanções (n.º 2). O Estado-Membro em causa pode ser sancionado através da suspensão dos seus direitos de membro.

⁵⁹ Laurent PECH e Kim Lane SCHEPPELE (*Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*. Cambridge Yearbook of European Legal Studies 19, 2017, 3-47) apelam às instituições da UE para que utilizem todos os instrumentos à sua disposição. A Comissão deve reavivar e reformular a sua utilização da ação por incumprimento e pressionar vigorosamente o Conselho Europeu e o Conselho a apoiarem os seus esforços para estabelecer prazos e instruções inequívocos quando o Quadro do Estado de Direito tiver sido invocado. O Parlamento Europeu poderia ter acionando o artigo 7º se tivesse trabalhado para estabelecer os dois terços de votos necessários para o fazer. Mas isso só poderia ser feito se a política partidária fosse posta de lado, para que partidos poderosos como o Partido Popular Europeu não protegessem os seus governos membros das consequências da violação dos valores básicos da UE. Até o Tribunal de Justiça tem de reconhecer que a UE enfrenta novos desafios que exigem o ajustamento da doutrina existente, criada em tempos melhores.

de comunicação social e os tribunais. Por último, o braço de ferro entre Budapeste e a UE sobre questões relacionadas com o Estado de Direito e os ataques à independência judicial foram a gota de água que levou a que o fluxo de fundos da UE para a Hungria fosse reduzido em 2023, o que foi considerado pela Hungria uma medida indesejável, dada a contração económica em curso e a inflação, que atingiu um novo máximo em Março daquele ano, atingindo 25,2% em termos anuais.⁶⁰

O Mecanismo de Condicionalidade do Estado de Direito, adotado em 2020 pelo Conselho Europeu, permite à UE suspender o financiamento a um Estado-Membro se considerar que este está a permitir o declínio da democracia e do Estado de Direito, consistindo num instrumento mais eficaz contra os governos conservadores da Hungria e da Polónia.

No Outono de 2022, a Comissão Europeia propôs a suspensão de parte do financiamento da UE à Hungria: 65 % dos fundos regionais para o período de 2021-2027, o que equivale a 7,5 mil milhões de euros⁶¹ e, posteriormente, em Dezembro de 2022, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia decidiram finalmente congelar e condicionar o acesso da Hungria a esses milhares de milhões de euros de fundos da UE devido a preocupações com o Estado de Direito e os direitos humanos.⁶²

Tentando inverter a situação, a Hungria concordou em desbloquear várias decisões cruciais da UE que requerem a unanimidade entre os Estados-Membros da UE que votaram estrategicamente (como o pacote de apoio à Ucrânia, armas para a Ucrânia⁶³ ou a entrada da Suécia na NATO, entre outras). Em contrapartida, naquela altura, foram congelados menos fundos da UE: apenas 55% (6,3 mil milhões de euros). No entanto, trata-se de um montante muito elevado para a Hungria, pois representa mais de

⁶⁰ A Hungria aderiu à União Europeia em 2004 e, desde então, o país continuou a ser um beneficiário líquido da ajuda estrutural da UE até 2022, altura em que os fundos orçamentais foram retirados por Bruxelas devido a questões relacionadas com o Estado de direito. Em 2021, o país contribuiu com 1,7 mil milhões de euros para o orçamento da UE e recebeu 6 mil milhões de euros. A maior parte da assistência estrutural é dedicada à coesão, resiliência e valores. Cfr. <https://gisreportsonline>.

⁶¹ 20% de todos os fundos da UE congelados para a Hungria no âmbito do atual quadro orçamental de 7 anos.

⁶² A Hungria e a Polónia são os únicos membros da UE que estavam atrasados na obtenção dos fundos de recuperação, que a Comissão Europeia bloqueou devido a acusações de que os seus governos nacionalistas prejudicavam a democracia e o Estado de Direito.

⁶³ A Hungria recusou-se a fornecer qualquer equipamento militar à Ucrânia para a ajudar a lutar contra a invasão russa.

3% da produção económica anual do país.

Por seu turno, o Plano de Recuperação e Resiliência (PRR) da Hungria, no montante de 5,8 mil milhões de EUR, foi o último aprovado pela Comissão Europeia, apenas em 12 de Dezembro de 2022, e apenas na condição de Budapeste implementar reformas para aumentar a independência judicial e combater a corrupção (tal como acontece com os fundos regionais). Foi acrescentado um novo conjunto de medidas ao plano original, contendo 38 medidas com 111 metas e objetivos. Destes faziam parte 27, referidos como super objetivos, sem os quais não seria permitido qualquer pagamento ao abrigo do PRR. Quatro desses objetivos são relativos ao sistema judiciário. Uma das reformas judiciais previstas exigia que o Governo húngaro eliminasse a possibilidade de as autoridades públicas contestarem as decisões judiciais finais junto do Tribunal Constitucional.

Em 18 de Janeiro de 2023, o Governo húngaro publicou e apresentou para consulta pública um projeto de lei sobre o sistema judicial. As alterações eram essenciais para o cumprimento das metas estabelecidos pela UE, para que a Hungria pudesse aceder aos fundos congelados da UE. No entanto, o cumprimento dos super objetivos era ainda insuficiente no âmbito das medidas de reforma adotadas pela Hungria.

De facto, de acordo com organizações da sociedade civil húngara (Amnistia Internacional Hungria, Instituto Eötvös Károly, União Húngara das Liberdades Cívicas, Comité Húngaro de Helsínquia, K-Monitor e Transparência Internacional Hungria...), até finais de Março de 2023, o governo ainda não tinha tomado medidas adequadas para responder plenamente às preocupações em matéria de Estado de Direito e de direitos humanos suscitadas pela União Europeia. Continuam por resolver numerosas questões relacionadas com a independência judicial, mas também com o quadro anticorrupção, a previsibilidade, a qualidade e a transparência do processo legislativo, os direitos dos refugiados e dos requerentes de asilo, a liberdade académica e os direitos das pessoas LGBTQI+.

5. Observações finais

No que diz respeito à Europa Central e de Leste, alguns Estados-Membros que se encontravam sob escrutínio já encetaram esforços para reforçar a independência dos conselhos judiciais. Foi o caso da Croácia, onde o processo de nomeação do Presidente do Supremo Tribunal foi concluído e o procedimento que rege o processo de seleção foi alterado para evitar um potencial impasse futuro⁶⁴; também na República Checa,

⁶⁴ No entanto, no que diz respeito à independência judicial, a Comissão recomendou à Croácia que: reconsiderasse os recém-introduzidos controlos de segurança periódicos

a legislação alterada visa estabelecer um sistema transparente e uniforme de recrutamento e seleção de juízes e presidentes de tribunais.⁶⁵

No entanto, a situação continua a ser preocupante em relação a outros Estados, como a Eslovénia⁶⁶, a Roménia⁶⁷ ou a Bulgária, onde existem preocupações crescentes relacionadas com o funcionamento do Conselho Superior da Magistratura e a necessidade de abordar a sua composição, bem como com a ausência de um concurso regular para nomeações judiciais para cargos mais elevados, combinada com um recurso extensivo a destacamentos⁶⁸; na Eslováquia, o Conselho Superior da Magistratura assumiu novas funções na sequência da reforma constitucional, embora subsistam preocupações quanto ao regime de destituição dos seus membros; na Lituânia, a nomeação do Presidente do Supremo Tribunal está pendente desde setembro de 2019, uma vez que a lei não prevê prazos para o respe-

realizados pela Agência Nacional de Segurança a todos os juízes e procuradores do Estado, garantindo a sua integridade com base noutros mecanismos existentes, tendo em conta as normas europeias em matéria de independência judicial e autonomia dos procuradores e o parecer da Comissão de Veneza. Anexo ao COM (2022) 500 final.

⁶⁵ Tal como outros Estados-Membros, como a Irlanda, o Luxemburgo, a Itália e Chipre.

⁶⁶ Para além de recordar os compromissos assumidos no âmbito do Plano Nacional de Recuperação e Resiliência relativos a determinados aspetos do sistema judicial, recomenda-se à Eslovénia que assegure que as regras relativas aos inquéritos parlamentares contenham salvaguardas adequadas para a independência dos juízes e dos procuradores do Estado, tendo em conta as normas europeias em matéria de independência judicial. Anexo do COM (2022) 500 final, *cit.*

⁶⁷ Para além de recordar os compromissos assumidos no âmbito do Plano Nacional de Recuperação e Resiliência relativos a determinados aspetos do sistema judicial, do quadro anticorrupção e do processo legislativo, bem como as recomendações formuladas no âmbito do Mecanismo de Cooperação e de Verificação, recomenda-se à Roménia que assegure que a revisão da legislação em matéria de justiça reforce as garantias de independência judicial, incluindo a reforma do regime disciplinar dos magistrados. Anexo do COM (2022) 500 final, *cit.*

⁶⁸ No que diz respeito à independência judicial, a Comissão recomendou à Bulgária que: assegurasse a realização atempada de concursos ordinários de promoção, a fim de evitar o destacamento a longo prazo de juízes para preencher lugares vagos, tendo em conta as normas europeias em matéria de destacamento de juízes; avançasse com as alterações legislativas destinadas a melhorar o funcionamento da Inspeção do Conselho Superior da Magistratura e a evitar o risco de influência política, em especial através da participação de órgãos judiciais na seleção dos seus membros; e tomasse medidas para adaptar a composição do Conselho Superior da Magistratura, tendo em conta as normas europeias em matéria de conselhos judiciais. Anexo ao COM (2022) 500 final, *cit.*

tivo processo de seleção e confere ao Presidente da República poder discricionário quanto ao calendário dos processos de seleção para o Supremo Tribunal; na Letónia, a rejeição pelo Parlamento de um candidato ao cargo de juiz do Supremo Tribunal foi marcada por controvérsias sobre uma possível influência política indevida.

A importância de governos fortes na Europa de Leste veio ao de cima com a guerra na Ucrânia. Como países que fazem fronteira com a Ucrânia, as ações e o discurso dos governos da Polónia e da Hungria estão permanentemente sob escrutínio e a ausência de uma oposição forte por parte da UE deixa-a numa posição fraca.⁶⁹ Do mesmo modo, os Estados-Membros, em geral, têm-se mantido em silêncio sobre a crise do Estado de Direito na União Europeia. Mas, como alertam PECH e SCHEPPELE, os Estados-Membros têm de despertar para o facto de as ações do húngaro Orbán e do polaco Kaczynski constituírem um modelo que pode facilmente alastrar a outros países da UE liderados por populistas com ambições autocráticas, representando sérias ameaças à democracia constitucional liberal⁷⁰. Infelizmente, o populismo está a aumentar e será um desafio para as democracias no futuro próximo. Também irá testar a força do sistema do Estado de Direito, incluindo a robustez dos sistemas judiciais dos Estados-Membros da UE. No entanto, o populismo não é uma prerrogativa exclusiva dos recém-chegados.⁷¹ Tem sido contestado em antigas democracias como a França, a Itália e os Países Baixos, entre outras.

Desde 2023, vários Estados-Membros têm-se esforçado por reforçar a independência judicial. A Hungria foi um deles, levando a cabo uma reforma legislativa que reforçou as competências do Conselho Nacional da Magistratura. O mesmo aconteceu na Polónia. Países como a Espanha, a Estónia e os Países Baixos estão também a preparar reformas específicas para reforçar a estrutura do seu Conselho Judicial. Noutros países, como a Grécia, a Irlanda, a Alemanha ou a Polónia, entre outros, estão a ser envidados esforços para melhorar a forma como os juízes são nomeados e promovidos, com o objetivo de minimizar o envolvimento do poder político neste processo.⁷²

⁶⁹ FREEBERG, J., *Don't Judge Me: Declining Judicial Independence in Hungary and Poland*, WWU Honors College Senior Projects. 601, 2022.

⁷⁰ PECH, L. e SCHEPPELE, K., *op. cit.*, pp. 3-47.

⁷¹ SANZ-CABALLERO, S., *Justice as the key component of the Rule of Law: the state of play in Europe*, *Europske vrijednosti KB.indb*, 61, p. 73.

⁷² COMISSÃO EUROPEIA, Relatório de 2024 sobre o Estado de Direito, COM(2024) 800 final.

Por outro lado, o TJUE estabeleceu que os Estados não podem utilizar os processos disciplinares para tentar exercer pressão e controlo sobre os juízes. De facto, os processos disciplinares contra juízes devem ser conduzidos por órgãos independentes que lhes garantam a possibilidade de defesa e o respeito pela Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, com a possibilidade de recorrerem das sanções impostas. A Polónia já introduziu alterações neste sentido. Trata-se, evidentemente, de um *work in progress* e só gradualmente, sob a pressão das instituições europeias, é que os Estados-Membros estão a realizar as reformas necessárias para uma verdadeira independência judicial que contribua para uma cultura sólida do Estado de Direito.

É verdade que o Estado de Direito tem sido uma das prioridades da agenda da UE e que a sua promoção e salvaguarda é uma das principais preocupações da Comissão, que é responsável por garantir o respeito pelos valores e pelo direito da UE.

Para o efeito, a independência, a eficácia e a qualidade dos tribunais nacionais são fundamentais, tanto mais que é seu dever assegurar o respeito pelo Estado de Direito. Não devemos esquecer que os tribunais nacionais são os principais responsáveis pela aplicação do direito comunitário. Como tal, a independência desses tribunais e o seu bom funcionamento são essenciais para a confiança dos cidadãos e das empresas na administração pública, para o funcionamento do mercado único e para a ordem jurídica da União Europeia e mesmo para a sua política externa. O Estado de Direito é também um princípio orientador fundamental da ação da UE para além das suas fronteiras.

Dito isto, a União Europeia não pode tomá-lo como garantido. E também não pode continuar a basear-se no Estado de Direito se os próprios Estados-Membros não o respeitarem. Uma coisa é certa: a União Europeia dispõe de instrumentos capazes e eficazes que lhe permitem garantir a proteção dos seus valores fundamentais. Tem, no entanto, de os utilizar assertivamente, sem hesitações ou distrações (como a questão israelo-árabe ou a nova administração norte-americana). Para esse efeito, espera-se que a União Europeia possa unir-se para reagir de forma rápida, enérgica e dissuasiva quando confrontada com ameaças internas contra os seus valores fundadores, em particular, o Estado de Direito. Mas também aqui se trata de um *work in progress*, aguardando-se desenvolvimentos posteriores.

6. Referências

BÁRD, P., *The Crisis of the Rule of Law, Democracy and Fundamental Rights in Hungary*, MTA Law Working Papers 2022/4, available at <https://jog.tk.hu/mtalwp/the-crisis-of>

-the-rule-of-law-democracy-and-fundamental-rights-in-hungary]

- *In courts we trust, or should we? Judicial independence as the precondition for the effectiveness of EU law*, *European Law Journal*, 2022, pp. 1-26.

BURBANK, S., *What do We Mean by Judicial Independence?* *Ohio State Law Journal*, vol. 64, no. 1, 2003, pp. 323-340).

BATOR, P., *The Constitution as an Architecture: Legislative and Administrative Courts under Article III*, *Indiana Law Journal*, vol. 65, no. 2, Article 2, 1990, pp. 233-275).

FREEBERG, J., *Don't Judge Me: Declining Judicial Independence in Hungary and Poland*, WWU Honors College Senior Projects. 601, 2022.

ITZCOVICH, G., *On the Legal Enforcement of Values. The Importance of the Institutional Context*, in JAKAB, A. and KOCHENOV, D. V. (Eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, 2017.

JANSE, R., *Is the European Commission a credible guardian of the values? A revisionist account of the Copenhagen political criteria during the Big Bang enlargement*, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 17, Issue 1, January 2019, pp. 43-65.

KAUFMAN, I., *The Essence of Judicial Independence*, *Columbia Law Review*, vol. 80, no. 4, May 1980, pp. 671-701.

KOCHENOV, D. V., *The Acquis and Its Principles: The Enforcement of the Law versus the Enforcement of Values in the EU*, in JAKAB, A. and KOCHENOV, D. V. (Eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, 2017.

KOMANOVICS, A., *Hungary and the Luxembourg Court: the CJEU's Role in the Rule of Law Battlefield*, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, Issue 6, 2022, pp. 122-157, available at <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/eclic/article/view/22413/11940>.

LENAERTS, K., *New horizons for the Rule of Law within the EU*, *German Law Journal*, *German Law Journal*, Volume 21, Special Issue 1: 20 Challenges in the EU in 2020, January 2020, pp. 29 - 34.

- *The Court of Justice and National Courts: A Dialogue Based on Mutual Trust and Judicial Independence*, introductory lecture given by the President of the Court of Justice of the European Union during the scientific conference *Application of the European law in jurisprudence*, Supreme Administrative Court of Poland, 19 March 2018.

MAGEN, A. and PECH, L., *The Rule of Law and the European Union*, *The Handbook on the Rule of Law*, Chapter 14, Elgar, 2018, pp. 235-256.

MANKO, R., *European Court of Justice case-law on judicial independence*, *European Parliamentary Research Service*, July 2021, available at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/696173/EPRS_BRI\(2021\)696173_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/696173/EPRS_BRI(2021)696173_EN.pdf);

- *Council of Europe standards on judicial independence*, *European Parliamentary Research Service*, May 2021, available at [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2021\)690623](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2021)690623).

- *Protecting the rule of law in the EU. Existing mechanisms and possible improvements*, *European Parliamentary Research Service*, November 2019, available at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642280/EPRS_BRI\(2019\)642280_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642280/EPRS_BRI(2019)642280_EN.pdf).

MOLITERNO, J. and CUROS, P., *Recent Attacks on Judicial Independence: The Vulgar, the Systemic, and the Insidious*, *German Law Journal* (2021), 22, pp. 1159-1191.

PECH, L., *The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law*, Hague Journal on the Rule of Law, published online 28 June 2022.

- *A Union Founded on the Rule of Law: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, European Constitutional Law Review, Vol. 6, 2010, p. 366.

PECH, L. and SCHEPPELE, K., *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 19, 2017, pp. 3-47.

PIROZZI, N. and BONOMI, M., *Governing Differentiation and Integration in the European Union: Patterns, Effectiveness and Legitimacy*, The International Spectator, 57: 1, 2022.

REDING, V., *The EU and the Rule of Law – What next?* Speech, 4 September 2013, available at http://europa.eu/rapid/pressrelease_SPEECH-13-677_en.htm.

SANZ-CABALLERO, S., *Justice as the key component of the Rule of Law: the state of play in Europe*, Europske vrijednosti KB.indb, 61, pp. 61-77.

SCHROEDER, W., *The Rule of Law as a Value in the Sense of Article 2 TEU: What Does It Mean and Imply?*, in VON BOGDANDY, A., et al. (Eds), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer 2021.

TOLLEY, M. C., *The Protection of Judicial Independence in Europe: The Roles of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of The European Union*.

UITZ, R., *The Rule of Law in the EU: Crisis – Differentiation – Conditionality*, Bridge Network – Working Paper 20, April 2022.

- *The Perils of Defending the Rule of Law Through Dialogue*, European Constitutional Law Review, 2019/15, pp. 1-16.

DE WITTE, B., *Variable Geometry and Differentiation as Structural Features of the Legal Order*, in DE WITTE, B. et al. (Eds), *Between Flexibility and Disintegration*, Edward Elgar, 2017.

V-DEM INSTITUTE, *Autocratization Changing Nature*. Democracy Report 2022, March 2022,

- *Autocratization Turns Viral*. Democracy Report 2021, March 2021,
- *Autocratization Surges – Resistance Grows*. Democracy Report 2020.

**O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO.
UMA ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DO ESTADO
DE MINAS GERAIS**

*THE LENIENCY AGREEMENT IN THE ANTI-CORRUPTION LAW.
AN ANALYSIS OF THE EXPERIENCE OF THE STATE
OF MINAS GERAIS*

Fábio Gabrich Cruz e Silva¹

Flávio Couto Bernardes²

Giovani Clark³

DOI: <https://doi.org/10.34628/76ZT-T430>

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar os pontos relevantes do acordo de leniência anticorrupção e sua funcionalidade no combate ao fenômeno da corrupção no Brasil, promovendo, ainda, a análise dos acordos celebrados no âmbito do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, operados de forma articulada pela Controladoria-Geral do Estado, Advocacia-Geral do Estado e o Ministério Público, que na condição de interveniente anuente, amplia o alcance

¹ Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2014). Especialista em Direito Público (2017) e Ciências Criminais (2018) pela mesma Instituição. Mestrando em Direito pela PUCMINAS. Atualmente é Delegado de Polícia na Polícia Civil do Estado de Minas Gerais.

² Doutor (2006), Mestre (2000) e Bacharel (1994) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas e da Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador do Município (UFMG). Sócio da Bernardes & Advogados Associados. E-mail flavio.bernardes@bernardesadvogados.adv.br. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/5769184361010463>>. ORCID 0000-0001-8180-0218.

³ Doutor (2000) e Mestre (1990) em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais nos cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) e da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Graduação) E-mail: <giovani.clark@gmail.com>.

do instituto por sua legitimidade na oferta dos Acordos de Não Persecução Civil e Penal, cujas ações titulariza. Para tanto, foi realizada uma investigação bibliográfica do tema e o exame dos termos dos acordos de leniência celebrados no Estado de Minas Gerais.

Palavras-chave: Corrupção; Acordo de leniência; Minas Gerais; Consensualidade.

Abstract: *This article aims to present the relevant points of the anti-corruption leniency agreement and its functionality in combating the phenomenon of corruption in Brazil, also promoting the analysis of agreements signed within the scope of the Executive Branch of the State of Minas Gerais, operated in a articulated by the State Comptroller General, State Attorney General's Office and the Public Prosecutor's Office, which as a consenting intervener, expands the reach of the institute due to its legitimacy in offering Civil and Criminal Non-Prosecution Agreements, whose actions it holds. To this end, a bibliographical investigation of the topic was carried out and the terms of the leniency agreements signed in the State of Minas Gerais were examined*

Keywords: *Corruption; Leniency agreement; Minas Gerais; Consensuality.*

Sumário: 1. Introdução. 2. A sanção e o direito. 3. O acordo de leniência no Brasil. 4. A celebração do acordo de leniência anticorrupção. 5. Os acordos de leniência celebrados no âmbito do executivo mineiro. 6. A sanção e o acordo de leniência. 7. Conclusão. 8. Referências.

Summary: 1. Introduction. 2. Sanctions and the law. 3. The leniency agreement in Brazil. 4. The conclusion of anti-corruption leniency agreements. 5. Leniency agreements concluded within the scope of the mining executive. 6. The sanction and the leniency agreement. 7. Conclusion. 8. References.

1. Introdução

É crescente a busca pela não litigiosidade no direito brasileiro nos últimos anos, à semelhança do que ocorre em todo mundo ocidental.

Diversos institutos foram criados e aprimorados nos últimos anos visando a desjudicialização através de negócios jurídicos extrajudiciais, como o Acordo de Não Persecução Civil, cuja inserção se realizou pela Lei n. 14.230/21, introduzindo o artigo 17-B, na Lei n. 8.429/92⁴ e o Acordo

⁴ O acordo de não persecução civil consiste no instrumento jurídico consensual e extraprocessual, em que o Ministério Público poderá não iniciar ou não prosseguir com Ação de Improbidade Administrativa, nos casos em que verificar a existência dos pressupostos legais e, ao menos, o integral ressarcimento ao erário e a reversão da vantagem indevida à pessoa jurídica lesada. O acordo, que poderá ser celebrado até a sentença definitiva, é realizado entre o Ministério Público e o imputado, devidamente acompanhado por sua defesa técnica, exigindo-se, ainda, homologação judicial, que se aterá à legalidade e voluntariedade na celebração do negócio jurídico. Sobre o tema, vide:

de Não Persecução Penal, inserido no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, pelo chamado “Pacote Anticrime”, embora o último já fosse aplicado anteriormente com supedâneo no artigo 18, da Resolução n. 181, do Conselho Nacional do Ministério Público ⁵.

No âmbito da Administração Pública não é diferente. Em verdade, até mais longo que os mencionados institutos, vislumbra-se o acordo de leniência anticorrupção, previsto na Lei n. 12.846/2013, que estabelece benefícios recíprocos à Administração Pública e à pessoa jurídica que colaborar efetivamente com a apuração de ilícitos, naquilo que convencionou chamar-se de “alavancagem investigativa”.

Impulsionado pelo levante popular contra a corrupção, fez-se necessário que a Administração Pública buscasse meios efetivos de combate a tal fenômeno, crescente – ou mais descortinado – no século XXI. Assim, seguindo exemplos de diversas outras nações⁶, o Brasil iniciou, a partir dos anos 2000, o estabelecimento de programas de leniência, impulsionado pela Lei n. 10.149/2000, cuja inauguração se deu pela política antitruste realizada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Com tais programas, o Estado seria capaz de demonstrar, ainda que minimamente, sua capacidade de enfrentar a corrupção, mesmo que passivamente, afinal o interessado é quem predominantemente revela o ilícito.

Em Minas Gerais, por meio da Controladoria-Geral e Advocacia-Geral do Estado, com a intervenção do Ministério Público, foram celebrados cinco acordos de leniência anticorrupção entre os anos de 2021 e 2023,

LIMA, Diogo de Araujo; JUNIOR, Luiz Manoel Gomes. *Acordo de não persecução cível: aspectos teóricos e práticos: com as alterações da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021*. 1ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

⁵ O acordo de não persecução penal é um instrumento de justiça penal negociada de caráter extraprocessual, que com o desiderato de reduzir o quantitativo de ações penais e, em longo prazo, o encarceramento, estabelece benefícios recíprocos aos envolvidos como inspiração à sua celebração. Decerto, o benefício conferido a um dos envolvidos implica na cedência do outro, o que concretiza o consensualismo que baseia o instituto. Assim, ao imputado cabe a confissão da prática de crime com pena mínima inferior a quatro anos de prisão e a aquiescência em cumprir condições não privativas de liberdade (cedência do imputado e benefício ao Ministério Público). Ao Ministério Público, por sua vez, cabe a diminuição do exercício de sua atribuição em relação à propositura da ação penal, aceitando não ofertar a inicial acusatória e, depois de cumpridas as condições estabelecidas, requerer a extinção da punibilidade do imputado (cedência do Ministério Público e benefício ao imputado). Sobre o tema, vide LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 20ª EDIÇÃO. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023

⁶ Vide ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 46.

totalizando mais de R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) que retornaram ou retornarão aos cofres públicos estaduais. Em todos eles, embora ainda sigilosos, foram apresentados elementos para a alavanca-gem investigativa, viabilizando, ainda, a atuação da Administração Pública para apurar e punir outros infratores revelados pelos acordos, sendo tal elemento fulcral à sua celebração.

Importante ressaltar que o acordo de leniência não implica renúncia ao poder punitivo do Estado, tampouco em disponibilidade do interesse público, afinal é cabível a sanção, embora diminuída, ao colaborador, que também contribui para o deslinde de outras infrações e a identificação de transgressores, ampliando a potencialidade do exercício do poder punitivo estatal, como será explorado no presente trabalho.

Nesse diapasão, o acordo de leniência se revela plenamente compatível com a Constituição, notadamente no que tange à eficiência administrativa, prevista em seu artigo 37. Além disso, o consensualismo, que será oportunamente tratado, tem sido cada vez mais estimulado na Administração Pública, buscando maior efetividade e melhores resultados pela construção dialética da decisão.

Por isso a relevância do estudo do fenômeno da corrupção e dos instrumentos atuais manejados para o seu enfrentamento. Tais instrumentos, com destaque ao acordo de leniência, são capazes de revelar a faceta democrática do poder punitivo estatal, construindo a sanção de forma dialógica e com a efetiva participação dos sujeitos do processo, que além de contribuírem com a eficiência apuratória do Estado, também são capazes de promover o sancionamento proporcional mediante o convenção firmada entre os envolvidos.

Nesse contexto o acordo de leniência se revela como instituto democrático e viável ao enfrentamento de atos corruptivos em tempos modernos, cujas práticas são cada vez mais absconditas e operadas, não raro, mediante aparato tecnológico capaz de dificultar em muito a sua apuração. Considerando a evolução de práticas ilícitas, deve o direito, por corolário, se aprimorar de tal forma a alcançar fatos que, outrora, não eram sequer conhecidos pelo Estado.

Assim, o presente trabalho visa apresentar o panorama do programa de leniência anticorrupção, previsto na Lei n. 12.846/2013 e sua eficiência enquanto instrumento de combate à corrupção, bem como analisar a experiência mineira no manejo do acordo, expondo, de forma crítica, os impactos ao Estado, os resultados alcançados – ou alcançáveis – e, ainda, as potencialidades do instrumento para a boa gestão e controle da Administração Pública.

Para tanto, será utilizada a metodologia jurídico-dogmática, com a exposição dos aspectos legais e doutrinários sobre o acordo de leniência,

incluindo a análise de seu surgimento e desenvolvimento no Brasil, além de seus requisitos e benefícios. Na sequência, utilizando a vertente qualitativa, serão analisados os acordos de leniência celebrados pelo Estado de Minas Gerais, verificando a eficiência do instrumento, as motivações à sua celebração, a vantajosidade de seu manejo no combate à corrupção e aos atos lesivos perpetrados por pessoas jurídicas.

2. A sanção no Direito

É certo que, há muito, o ser humano vive em sociedade, se agrupando como forma de garantir sua manutenção e desenvolvimento, encontrando, na vida comunitária, a proteção e os mecanismos necessários à sua sobrevivência, ao mesmo tempo em que colabora e fortalece o corpo social. Assim, de acordo com Hannah Arendt (2007, p. 31), “nenhuma vida humana, nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunha a presença de outros seres humanos.”

A reunião de indivíduos é motivada, pois, pelas vantagens da vida comunitária, conforme outrora evidenciado por Aristóteles (1985, p. 164):

(...) é com vistas a vantagens para seus membros que a comunidade política parece ter-se organizado originariamente e ter-se perpetuado, pois o objetivo dos legisladores é o bem da comunidade, e eles qualificam de justo aquilo que é reciprocamente vantajoso.

De efeito, para viabilizar a continuidade e organização da sociedade, era e é necessário o estabelecimento de regras, separando o que era lícito e ilícito, de modo a repudiar o que era nocivo e intolerável ao grupo. Eis, portanto, o Direito “como corolário inafastável da sociedade” (Nader, 2023, p. 29)

Para Kelsen, o que conforma a conduta dos indivíduos à expectativa social, estimulando-o a atuar de acordo com as normas impostas, é a previsão da ameaça de sanção em casos de descumprimento, estabelecendo-a como técnica específica, diferenciando o Direito de outras ordens sociais. Logo, é a ameaça da sanção que fará com que os indivíduos “se abstenham de certos atos que, por alguma razão, são considerados nocivos à sociedade, e fazer com que executem outros que, por alguma razão, são considerados úteis à sociedade (Kelsen, 1998, p. 21)

No mesmo sentido, Bobbio também estabelece o critério da sanção, em resposta à violação, como definidor da norma jurídica, entendendo que “todo sistema normativo implica o expediente da sanção”. (2001, p. 154)

Kelsen, estabelecendo a sanção como traço característico nas ordens jurídicas das mais diversas sociedades, antigas e modernas, mais ou me-

nos organizadas, define o Direito como verdadeira ordem coercitiva, cuja eficácia no cumprimento de suas normas é alcançada através da ameaça de punição. Decerto, é mais um estímulo à retidão de conduta do indivíduo, ladeada de outras como a moral, a religião e demais instrumentos de controle social presentes na sociedade.

No entanto, é a sanção o mecanismo legítimo do Estado, que através do monopólio do uso da força, a aplica de forma organizada, institucionalizada e limitada a atos indesejados pela comunidade (definidos em lei, pelo parlamento ou congresso), buscando reestabelecer a higidez social maculada pelo ato contraproducente. Nesse sentido é o escólio de Kelsen:

O Direito é uma organização da força. Porque o Direito vincula certas condições para o uso da força nas relações entre os homens, autorizando o emprego da força apenas por certos indivíduos e sob certas circunstâncias. O direito autoriza certa conduta que, sob todas as outras circunstâncias, deve ser considerada proibida; ser considerada proibida significa ser a própria condição para que tal ato coercitivo atue como sanção. O indivíduo que, autorizado pela ordem jurídica, aplica a medida coercitiva (a sanção) atua como um agente dessa ordem – o que equivale a dizer o mesmo – como um órgão da comunidade, constituído por ela. Apenas esse indivíduo, apenas o órgão da comunidade, está autorizado a empregar a força. Por conseguinte, pode-se dizer que o direito faz do uso da força um monopólio da comunidade. E, precisamente por fazê-lo, o Direito pacifica a comunidade (Kelsen, 1998, p.30).

Aplicada pelo Estado de forma institucionalizada, a pena alcança a eficácia e proporção pretendidas, sendo tais aspectos, para Bobbio, o cerne da sanção jurídica. Os aspectos limitantes do poder punitivo estatal, que garantem sua justa medida, são extraídos da própria Constituição brasileira de 1988 (CR), situada no fastígio da estrutura punitiva brasileira, que estabelece, *exempli gratia*, o princípio da humanização das penas (art. 5º, XLVII da CR), o devido processo legal (art. 5º, LIV da CR), e a vedação a provas ilícitas (art. 5º, LVI da CR).

Também é a Constituição que estabelece a relevância da sanção ao Direito, como a disposição contida em seu artigo 5º, inciso XLI, dispondo “que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, ou a do artigo 37, §4º, que prevê algumas das sanções cabíveis ao ato de improbidade administrativa.

Revelando um de seus aspectos preventivos, a mera previsão da sanção é capaz de conformar condutas, adequando-as às expectativas normativas através do que Kelsen nominou de compulsão psíquica (1998, p. 32), que garante a eficiência da ordem jurídica não pela “medida coercitiva que

o órgão efetivamente executa, mas ao medo do sujeito de que a medida seja executada em caso de não obediência, de conduta ilegal". É dizer que a previsão abstrata da sanção é capaz de inibir a prática de ilícitos, dissuadindo pretensos violadores do Direito de praticar a conduta indesejada.

Aplicada a sanção ao transgressor, vislumbra-se, além do efeito retributivo, que lhe impinge castigo pela prática do ilícito, propósito preventivo, seja ao apenado, buscando sua reeducação e a não reincidência, seja aos outros membros da sociedade, que são desestimulados a violarem o Direito por verificarem as consequências incidentes àqueles que o fazem.

Como teorizado por Kelsen, a compulsão psíquica evita a violação ao direito pela previsão abstrata da sanção. No entanto, com a inserção de negócios jurídicos extrajudiciais às instâncias jurídicas eminentemente sancionantes, percebe-se, também, a compulsão psíquica tardia, verificada após a prática do ilícito, com vistas a retornar à situação de legalidade e, assim, reduzir a pena que seria aplicada ao transgressor.

Isso porque, pela possibilidade de descoberta do ilícito pelo Estado e pelo receio da incidência integral de seu poder punitivo ao referido ato, o transgressor é estimulado a revelar a violação ao Direito positivo, recebendo, em benefício, a aplicação reduzida da sanção. É o que se verifica nos Acordos de Não Persecução Penal e Civil, e também no Acordo de leniência.

Cabe ressaltar que embora o ilícito já tenha sido praticado, a sanção revela-se eficiente, afinal ela não deixa de ser aplicada, embora em menor grau. Além disso, é exatamente o medo da sanção o que motiva o violador a relevar o ilícito, sendo essa a relevância daquilo que nominamos de compulsão psíquica tardia, atualizando o conceito inicial de Kelsen.

3. O Acordo de Leniência no Brasil

O acordo de leniência consiste em instrumento consensual para o controle e enfrentamento da corrupção na nação, com o estabelecimento de benefícios aos envolvidos como inspiração à sua celebração.

O intuito é motivar o interessado a celebrar o acordo de leniência, conferindo-lhe vantagens, notadamente a extinção ou a mitigação das penalidades que poderiam lhe ser impostas.

Lado outro, para fundamentar a aquiescência da Administração Pública com a redução do alcance de seu poder punitivo, também se faz necessário garantir-lhe benefícios, formados, no mínimo, pela tríade fun-

damental da clemência: a cessação da prática ilícita, a reparação ao erário e a alavancagem investigativa.

O ingresso do instituto no Brasil se deu com a Lei nº 10.149/2000, que inseriu os artigos 35-B e 35-C, a então vigente Lei nº 8.884/94, estabelecendo, sob a mesma rubrica nominal do instrumento, a possibilidade de extinção ou redução da responsabilidade administrativa do transgressor da ordem econômica, que colaborar de forma eficiente com as investigações realizadas pelo Conselho Administrativo de Desenvolvimento Econômico (CADE).

A Lei nº 8.884/94, antiga norma brasileira de uso e abuso do poder econômico, foi substituída pela Lei nº 12.529/11, e manteve o acordo de leniência em seu corpo normativo, agora nos artigos 86 e 87.

Inspirado pela experiência da lei antitruste, pelas diversas convenções internacionais contra a corrupção, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção⁷, a Convenção de Palermo⁸, a Convenção de Mérida⁹ e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários públicos Estrangeiros em transações comerciais Internacionais da Organização a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁰, e, ainda, pela frustração sociais com os diversos e publicizados escândalos de corrupção¹¹, surge a Lei da Empresa Limpa.

A Operação Lava Jato, juntamente com a Lei Anticorrupção, estimularam a eclosão do acordo de leniência no Brasil. Aliás, a contemporaneidade dos dois eventos revela a sua estreita relação, embora o projeto da Lei Empresa Limpa (ou anticorrupção) tenha sido inicialmente remetida ao Congresso Nacional em 2010¹². Isso porque, conforme explica Raquel

⁷ Promulgado, com reserva, pelo Decreto nº 4.410/2002.

⁸ Promulgado pelo Decreto nº 5.015/2004.

⁹ Promulgado pelo Decreto nº 5.687/2006

¹⁰ Promulgado pelo Decreto nº 3.678/2000

¹¹ Para Bobbio, escândalo é o ato ou o conjunto de ato que, devendo permanecer oculto para sua própria eficiência, é levado a público. Na dicção do autor: O momento em que nasce o escândalo é o momento em que se torna público um ato ou uma série de atos até então mantidos em segredo ou ocultos, na medida em que não podiam ser tornados públicos pois, caso o fossem, aquele ato ou aquela série de atos não poderiam ser concretizados

¹² Projeto de Lei nº 6.826/2010, apresentada ao Congresso Nacional pelo Poder

Pimenta (2020, p. 28), “a promulgação da Lei Anticorrupção em agosto de 2013 possui apenas alguns meses a mais do que o início das fases públicas da Operação Lava Jato, em março de 2014¹³.” Salienta-se que pelo período de *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta) dias conferido ao mencionado diploma, sua vigência se deu em 29 de janeiro de 2014.

Com o fenômeno da corrupção cada vez mais explícito, as instituições de controle, como o Ministério Público, os Tribunais de Contas, a Advocacia Pública e a Controladoria-Geral, precisavam atuar conjuntamente para o enfrentamento de tão complexa atividade ilícita, evidenciando-se a necessidade de se estruturarem, inclusive no aspecto normativo, para se valerem de institutos capazes de jogar luz aos atos que, conforme pontua Amanda Athayde (2020, p. 48), “são marcadamente caracterizados por ocultamento, clandestinidade e fraude, violando os parâmetros de integridade que devem nortear as relações com a organização do Estado”.

Indubitavelmente os estímulos à revelação do ilícito trazidos pela Lei Anticorrupção, e, também, pela Lei de Combate as Organizações Criminosas, que estabeleceu a “colaboração premiada”, foram importantes marcos para o descortinamento de atos de corrupção, possibilitando, segundo Athayde (2020, p. 53), que “a autoridade investigadora competente tome conhecimento de uma prática ilegal que era, até então, total ou parcialmente desconhecida”.

Assim, buscando extinguir sua responsabilização ou ao menos diminuí-la, o acordo de leniência estimula a revelação do ilícito por parte da pessoa jurídica, seja quando o fato for absolutamente desconhecido pelo Estado, seja, quando o for parcialmente conhecido.

Na primeira hipótese, o que motiva a revelação dos fatos é a possibili-

Executivo em 18 de fevereiro de 2010.

¹³ Em 22 de outubro de 2014, no âmbito da Força Tarefa da Operação Lava Jato, foi assinado o primeiro acordo de leniência anticorrupção, celebrado pelo Ministério Público Federal (notadamente pela Procuradoria da República no Paraná), e as empresas SOG Óleo e Gás S/A, SETEC Tecnologia S.A, PROJETEC Projetos e Tecnologia Ltda., TIPUANA Participações Ltda., e ENERGEX Group Representação e Consultoria Ltda, cabendo às colaboradas, dentre outros, o pagamento de multa compensatória no valor de R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais), e contribuição com as com as investigações da mencionada Operação, permitindo a verificação de diversos ilícitos, inclusive, na Petrobrás, estimulando e avançando as apurações. O termo do acordo pode ser consultado em: <https://apps.mpf.mp.br/apps/f?p=131:8>. Acesso em: 22. mai. 2023.

dade de a Administração Pública vir a conhecer o ilícito por si mesmo, ou, ainda, por outro ator que opte, em primeiro lugar, em celebrar o acordo de leniência, revelando fatos ilícitos praticados por outra pessoa jurídica.

A segunda hipótese, por sua vez, estimula a revelação do ilícito pela existência de uma investigação em curso e, com isso, a possibilidade de se alcançar os responsáveis através da atuação ordinária dos órgãos de controle. Em ambos os casos, os celebrantes devem apresentar as provas dos ilícitos.

Impulsionados pela compulsão psíquica tardia da sanção¹⁴ e pela vantagem atribuída àquele que revelar o ilícito, o acordo de leniência – assim como outros instrumentos como a colaboração premiada – revela a possibilidade de transluzir o ilícito através do emprego da consensualidade nos meios de apuração, afinal, como leciona Odete Medauar:

o interesse público, em inúmeras situações, se cumpre de modo mais eficiente, ágil, sem questionamentos, mediante a obtenção de consenso, a celebração de acordos. E ainda: as práticas consensuais geram, nos cidadãos, a sensação de confiabilidade, credibilidade e boa fé na Administração e levam à adesão às medidas projetadas (Medauar, 2016, p. 355).

Analisando especificamente a consensualidade aplicada ao acordo de leniência, explica Artur Cardoso Carvalho Santana:

Assim sendo, não há dúvidas quanto ao movimento de dupla suavização do caráter autoritário da Administração Pública brasileira, no que diz respeito aos acordos de leniência em geral. De maneira específica, tal suavização se dá com base nos seguintes fatores: (a) o fortalecimento do consensualismo e (b) a utilização de sanções premiais (Santana, 2020, p. 67)

O obscurantismo dos atos de corrupção em muito favorece a escolha do empresariado para adotar, como “escolha racional”, a prática de ilícitos, impactando na própria concorrência e na seleção da melhor escolha pela Administração pública através da captura de seus agentes para o atendimento aos interesses privados.

Esse “privatismo”¹⁵ implica o desbalanceamento entre os sujeitos econômi-

¹⁴ Para Hans Kelsen, compulsão psíquica é o cumprimento das leis pelos indivíduos, com o intuito de evitar o mal da sanção. Complementamos como a expressão “tardia” pois, no caso proposto, a violação à lei já ocorreu, havendo o desejado em revelar tal violação para evitar o diminuir a sanção que poderia ser imposta ao transgressor (Kelsen, 1998, p. 32).

¹⁵ Como nos ensina Rubens Goyotá (2012, p. 152), a expressão “privatismo” corresponde a um neologismo utilizado para designar a sobreposição desmedida dos

cos que atuam no país através de vantagens ilicitamente conferidas àqueles que praticam atos corruptos ocultos, e, em sentido nefasto e contrário, desprestigia os agentes que atuam de forma lícita. De todo modo, a sociedade é aquela que, inevitavelmente, experimenta os efeitos mais perniciosos de tal prática. Nas palavras de Cristina Zurbriggen:

A busca por rendas se define como a competência de empresas ou grupos de interesse organizados para obter privilégios, rendimentos financeiros e favores políticos individuais, em contraposição ao bem-estar social. Desta perspectiva, ela se explica como resultado do cálculo de custos e benefícios da ação e da maximização de utilidade dos indivíduos. Os empresários atuam de maneira racional, e incorrem em condutas de caça à renda quando julgam que os prováveis benefícios por cometer um ato ilícito superam os custos (Zurbriggen, 2012, p. 365).

É dizer que, corroborando com o alcance conceitual conferido por Wanderson Catalonia (2017, p. 68), os atos corruptivos correspondem à “prática disfuncional na Ordem Jurídico-Político-Econômica, a qual signifique o abuso do poder econômico como meio de corromper essa ordem.” Dessa forma, os atos de corrupção empresarial afetam incisivamente as relações mercantis, com significativos impactos concorrenciais e mercadológicos afetando confiabilidade da ordem econômica estabelecida no Estado.

Então, não só para cessar a prática ilícita, reparar o erário e permitir o impulso apuratório, o Acordo de Leniência também tem o condão de restaurar a transparência e a legalidade nas relações mercadológicas, atacando o desequilíbrio causado pela corrupção empresarial e redes rentistas, que prejudicam de forma pujante o bem estar social.

Aliás, de acordo com Catalonia (2017, p. 84), embora consista em entendimento minoritário, há quem defenda que a Lei nº 12.846/2013 possui maior aderência ao Direito Econômico do que ao Administrativo, conforme sobejamente manifestado pela doutrina. Ademais, a corrupção é ainda uma política econômica privada (Souza, 2017, p. 292-293) onde seus agentes praticantes, de forma ilícita, perseguem inúmeras vantagem públicas e privadas.

Nesse aspecto é inegável a multifuncionalidade do Acordo de Leniência, com potencial de restaurar as relações públicas e privadas impactadas por atos corruptivos, buscando prestigiar, pelo consensualismo, o incentivo à licitude e a concertação do erário buscando minorar as fendas econômicas criadas pela corrupção.

interesses privados em relação ao interesse público, ou, em sua dicção, consiste na “crítica a um peso excessivo e deletério da esfera particular, reservada, egoística, que se traduz, na vida contemporânea, na valorização unilateral da propriedade, do consumo e do lucro em detrimento dos valores da solidariedade e da justiça social, característicos de uma esfera pública, cívica, coletiva”.

4. A celebração do Acordo de Leniência anticorrupção

Importante ressaltar que a corrupção, decerto, não é a única mazela brasileira, afinal, como apontado por Marciano Seabra de Godoi (2022), a concentração de renda e riqueza, bem como a desigualdade social, e a falta de acesso a tecnologias, educação, saúde e emprego de qualidade, igualmente fazem com que a população brasileira sinta os persistentes ataques à sua dignidade e aos seus direitos fundamentais mais comezinhos.

No entanto, nos últimos anos o fenômeno da corrupção é cada vez mais visível no Brasil, que de acordo com o Índice de Percepção da Corrupção de 2022, promovido pela Transparência Internacional, ocupa a 94^a posição entre os 180 países cuja integridade é avaliada, figurando ao lado de Argentina, Etiópia, Marrocos e Tanzânia¹⁶, perdendo vinte e cinco posições no *ranking*, o que evidencia ainda mais o fenômeno na nação.

Não se negligencia neste trabalho que a corrupção também é um fenômeno privado, e não puramente público, de alto impacto na economia e na sociedade, pois aumenta os custos da produção, fragiliza a concorrência entre as empresas, contamina negativamente o ambiente empresarial e político, trazendo reflexos diversos no tecido social principalmente na busca da justiça distributiva, na dignidade humana e de relações éticas. Ocorre, contudo, que o objeto do presente trabalho envolve atos de corrupção verificáveis no setor público, ainda que se vislumbre a participação do agente privado.

Como mais um instrumento de combate à corrupção, foi promulgado em 1º de agosto de 2013 a Lei nº 12.846. Cognominada de “Lei Anticorrupção” ou “Lei da Empresa Limpa”, o diploma dispõe, conforme seu artigo exordial, sobre a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas que atentem contra a Administração Pública, seja nacional ou estrangeira.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção, que, dentre outras, inspirou a confecção da referida norma, apresenta conceito quinquipartido de corrupção, todos relacionados à solicitação ou recebimento de vantagens em troca da não atuação ou atuação irregular do agente público¹⁷.

¹⁶ <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>

¹⁷ Esta Convenção é aplicável aos seguintes atos de corrupção:

a) a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para

Embora não seja uma terminologia unívoca, como nos lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1991, p. 2), é atual e elucidativo o conceito conferido por Norberto Bobbio, refletindo os padrões quase que intuitivos daquilo que entendemos como atos de corrupção:

Corrupção significa transação ou troca entre quem corrompe e quem se deixa corromper. Trata-se normalmente de uma promessa de recompensa em troca de um comportamento que favoreça os interesses do corruptor; raramente se ameaça com punição a quem lese os interesses dos corruptores. Esta reciprocidade negativa é melhor definida como coerção. A Corrupção é uma alternativa da coerção, posta em prática quando as duas partes são bastante poderosas para tornar a coerção muito custosa, ou são incapazes de a usar. A Corrupção é uma forma particular de exercer influência: influência ilícita, ilegal e ilegítima. Amolda-se ao funcionamento de um sistema, em particular ao modo como se tomam as decisões (Bobbio, 1998, p. 292).

Aderindo ao amplo e polissêmico conceito de corrupção, a Lei nº 12.846/2013 dispôs, em seu artigo 5º, sobre o que considera como atos lesivos, relacionando-os, não raro, à captura de agentes públicos para o recebimento de algum benefício decorrente da prática de ato ilegal, através da oferta ou entrega de vantagem indevida. Além disso, estabeleceu a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por tais atos, desatrelando-os à eventual responsabilização de pessoa física.

Referido prelúdio se faz necessário pois a corrupção é o cerne e o móvel do acordo de leniência, embasando os seus requisitos legais que doravante serão expostos.

Antes disso, importante consignar que em Minas Gerais, Estado cujos acordos são objetos do estudo em tela, a Lei Anticorrupção é regulamentada pelo Decreto nº 46.782/2015, que confere ao Controlador-Geral

outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;

b) a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;

c) a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro;

d) o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo;

e) a participação, como autor, co-autor, instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.

do Estado, nos termos de seu artigo 41, a atribuição de celebrar o Acordo de Leniência, devendo a negociação, celebração e acompanhamento de seu cumprimento, contar com a atuação da Advocacia-Geral do Estado, sendo as minudencias da atuação dos órgãos no negócio jurídico disciplinadas pela Resolução Conjunta CGE/ AGE nº 4/2019.

Estabelecendo uma cronologia coerente dos atos, inaugura o rol de requisitos necessários à sua celebração cognominada “primazia”¹⁸, consistente na imperiosidade de a pessoa jurídica ser a primeira que demonstre interesse em cooperar com a apuração do ato lesivo.

Para tanto, e ingressando nos três próximos requisitos, é imprescindível que a pessoa jurídica confesse a sua participação no ato corruptivo delatado, e, decerto, cesse imediatamente seu envolvimento com o ilícito, colaborando de forma integral e permanente com as investigações e o processo que dela decorrer¹⁹.

Em sendo o direito positivo, conforme a proposição Kelseniana, uma ordem coercitiva, gerando a compulsão psíquica dissuasória à prática do ilícito através da sanção, faz com que essa quadra inicial peremptória ao acordo gere, como apontado por Raquel Pimenta (2020, p.84), uma “situação de desestabilização da relação de corrupção”, estimulando, pelos benefícios gerados ao primeiro que celebrar o acordo e pela desconfiança de não o sê-lo²⁰, onde a pessoa jurídica procure a autoridade competente para a sua celebração. Nesse sentido leciona Thiago Marrara²¹:

¹⁸ No âmbito federal, este primeiro requisito está previsto no artigo 16, §1º, inciso I, da Lei nº 12.846/2013, e, no âmbito mineiro, no artigo 47, inciso VII, do Decreto nº 46.782/2015. Impende consignar que no âmbito federal, tanto o Decreto nº 8.420/2015, quanto o de nº 11.129/2022 que lhe sucedeu, estabelecem certa mitigação e discricionariedade na análise da limitação à celebração do acordo de leniência apenas ao primeiro que manifestar o interesse em cooperar, colocando, no fechamento do requisito que é insculpido no artigo 37, inciso I, que a primazia será observada “quando tal circunstância for relevante”.

¹⁹ Previstos no artigo 16, §1º, incisos II e III, da Lei nº 13.846/2013, e no artigo 47, incisos III, IV e VI, do Decreto nº 46.782/2015.

²⁰ Não é objeto do presente estudo a análise do aspecto moral e ético na delação daquele que, com o delator, praticou o ilícito, no entanto, importante mencionar a existência de tal posição, tanto no âmbito jurídico, quanto no âmbito filosófico. A guisa de exemplo, é o escólio de Zaffaroni (1996, p. 59): “A impunidade de agentes encobertos e dos chamados “arrepentidos” constitui uma séria lesão à eticidade do estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do estado de direito: o estado não pode se valer de meios imorais para evitar a impunidade.”

²¹ No artigo “Lei Anticorrupção permite que o inimigo vire colega”, Marrara (2015) também traz, ao tratar da regra do *first serve*, aspecto moral e ético da celebração do acordo de leniência, expondo: “Além de restar sob o risco constante de investigação e de punição por

O objetivo da regra do first come, first serve é estimular a corrida pela leniência. Se fossem possíveis leniências múltiplas, a despeito da ordem de chegada, os infratores tenderiam a procrastinar a busca por colaboração com o objetivo de verificar se o acordo lhe seria útil ou não diante das provas obtidas pelo Estado. Ao impor a regra da leniência única com o primeiro a se qualificar, a lei afasta esse risco, desestabiliza a relação entre os infratores e os induz a correr para o acordo (Marrara, 2018, p. 217).

O quinto requisito, previsto no artigo 16, incisos I e II, da Lei Anticorrupção²² é dotado de cariz teleológico, cingindo-se à exigência cumulativa de que a cooperação da pessoa jurídica seja bastante à identificação de outros eventuais envolvidos no ilícito, e contribua para a célere obtenção de elementos que demonstrem a infração.

Trata-se de um dos supedâneos do acordo de leniência, cuja celebração busca garantir à Administração Pública a otimização e assertividade da apuração do ilícito exposto pela colaboradora.

Logo, não basta que a pessoa jurídica celebrante exponha seu atuar ilícito, devendo ela apontar outros eventuais envolvidos, fornecendo, ainda, a contribuição instrumental com a investigação (provas sobretudo).

O presente requisito, em uma visão pragmática, afasta – ou reduz – a percepção de que o acordo de leniência funciona como mecanismo de impunidade àquele que admita a prática do ilícito e a cesse, muitas vezes vista como a única e principal vantagem da Administração Pública no negócio.

Em verdade, é importante rememorar que os atos corruptivos são, em regra, praticados na clandestinidade, sendo que, pelas mais diversas razões – como ineficiência, captura da máquina pública, habilidade dos envolvidos na prática dos ilícitos – os atos sequer seriam conhecidos ou suficientemente conhecidos pelas Autoridades Públicas, sendo a leniência, assim como os diversos outros institutos similares aplicáveis no Brasil e no mundo, mecanismo de enfretamento da corrupção através daquilo que Artur Santana (2020, p. 87), traduzindo a expressão *the virtuous circle of distrust*, de Robert Cooter e Nuno Garoupa²³, apontou como “círculo

conta da ação ex officio do Estado, o infrator passa a contar com a incerteza do comportamento dos comparsas. A leniência gera um ambiente de dúvidas e incertezas sobre a “cooperação infrativa”. Abala a confiança entre os infratores. E isso se dá em virtude da regra conhecida como “first serve, first come”, ou seja, pela vedação de se celebrar uma segunda leniência caso já exista um acordo. A proibição de leniências cumulativas gera um estímulo à corrida pelo primeiro acordo, o que reforça a traição entre os infratores.”.

²² No âmbito mineiro, previsto no artigo 47, incisos II e V, do Decreto nº 46.782/2015

²³ COOTER, Robert D.; GAROUPA, Nuno. *The virtuous circle of distrust: a mechanism to deter bribes and other cooperative crimes*. Berkeley Program in Law and Economics, Working Paper Series. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1117564>

virtuoso da desconfiança”, ou seja, a promoção da desconfiança entre infratores em prol de interesses coletivos”.

Dessa forma, a chamada alavancagem investigativa é, certamente, um dos pilares motivacionais para que a Administração Pública aquiesça com a redução do alcance de seu poder punitivo.

Como sexto requisito convergente entre União e o Estado de Minas Gerais²⁴, tem-se a “adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade”, sendo que esta medida também funciona como atenuante à penalidade de multa cabível no âmago do Processo Administrativo de Responsabilização.

O requisito em questão reflete a preocupação da Administração Pública com a adoção de instrumentos de controle e de aprimoramento dos processos das pessoas jurídicas, com vistas a prevenir a prática de ilícitos. Assim, com o estabelecimento ou lapidação dos mecanismos de *compliance*, busca o Estado estimular a cultura da licitude no interior da própria empresa, de modo a promover a identificação e a emenda de atos corruptivos, evitando, também, sua repetição.

Como bem pontua Amanda Athayde (2021, p.133), “a exigência de adoção de programas de *compliance* em acordos de leniência não tem como objetivo propriamente evitar investigações, mas sim o objetivo mais amplo de evitar a prática futura do ilícito, mantendo-se a legalidade e a ética nas práticas empresariais”. E prossegue a autora:

O programa de integridade diz respeito, principalmente, a medidas anticorrupção adotadas pela empresa, com fins à prevenção, detecção e remediação dos atos lesivos à Administração Pública nacional e estrangeira previstos na Lei Anticorrupção, ou seja, envolve práticas que fomentam e efetivam ações anticorrupção de maneira geral (Athayde, 2021, p. 518)

O derradeiro requisito corresponde ao pagamento de valor pela colaboradora, consistente no valor da multa atenuada em até 2/3, bem como a reparação integral pelos danos causados. Em Minas Gerais, pela atuação do Ministério Público em todos os acordos celebrados, também se vislumbra o pagamento de dano moral coletivo, viabilizado pela celebração do respectivo Acordo de Não Persecução Civil, previsto no artigo 17B, da Lei nº 8.429/92.

Por corolário, como benefício à celebração do acordo, a empresa que cumprir com os requisitos indicados poderá ter o valor da multa cabível reduzida em até 2/3, bem como a isenção da penalidade de publicação extraordinária da decisão administrativa, e a isenção da pena de proibi-

²⁴ No âmbito da União, previsto no artigo 32, inciso III, do Decreto nº 11129/2022, e no âmbito estadual previsto no artigo 47, inciso XI, do Decreto nº 46.782/2015

ção de “receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público.” Todas essas vantagens estão previstas no artigo 16, §2º, da Lei Anticorrupção, e em face da simétrica aplicação das referidas vantagens no Estado de Minas Gerais, estão previstas no artigo 49-A, do Decreto nº 46.782/2015, embora exista algumas peculiaridades.

A primeira delas, relacionada à dosagem redutora da penalidade de multa, está insculpida no §3º, do artigo 47, do Decreto Estadual, indicando que a redução será de até 1/3, quando a proposta do acordo for apresentada após a ciência da instauração do Processo Administrativo de Responsabilização pela empresa proponente.

Ademais, consta no rol de benefícios do artigo 49-A, do normativo estadual, a isenção ou diminuição das sanções administrativas previstas nos artigos 86 a 88, da Lei nº 8.666/93.

Vale ressaltar, mais uma vez, que pela atuação articulada com o Ministério Público, o colaborador também se beneficia com o Acordo de Não Persecução Cível, previsto no artigo 17-B, da Lei nº 8.429/92, não sendo deflagrada a Ação de Improbidade Administrativa.

Há de se notar que os requisitos e os benefícios formam a motivação recíproca para a celebração do acordo, viabilizando vantagens simbióticas às partes que o compõem, sendo a cedência de um, o ganho do outro, concretizando o consensualismo que baseia o instituto e sua interpretação democrática.

De um lado, a pessoa jurídica deve confessar e cessar a prática de um ilícito, apresentando documentos que permitam a alavancagem investigativa, aprimore ou estabeleça programas de integridade, e realize o pagamento de valor (requisitos que transluzem sua cedência), recebendo, em troca, isenção e/ou mitigação de sanções (benefícios).

Lado outro, o Estado cede em relação à integralidade de seu poder punitivo, recebendo, para tanto, as informações, regularidade e otimização de conduta, além dos valores exigidos da pessoa jurídica.

Vislumbra-se que a busca pelo consenso não implica em renúncia ao interesse público, mas permite, por mecanismos modernos e assertivos, caminhos alternativos²⁵ para a sua otimização, criando mais uma oportunidade de satisfazê-lo, não pela imperatividade unilateral da Administração Pública, como expressão de sua vertente mais clássica, mas pela negociação direta com o particular, que, como visto, é capaz de trazer

²⁵ Conforme nos ensina Odete Medauar (2018, p.356), “a palavra alternativos se coloca em referencia ao que seria o meio tradicional ou comum, que é a via jurisdicional”.

benefícios que pelos meios tradicionais seriam improváveis.

Exatamente ao tratar do giro conceitual e teórico do interesse público, bem como da busca por resultados pelo Estado, explica Diogo de Figueiredo Moreira Neto quanto a relevância do consenso:

É inegável que o consenso como forma alternativa de ação estatal representada para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (Justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evitam os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem) (Moreira Neto, 2003, p. 145).

Nesse diapasão, conclui-se que o consenso não descarta o interesse público, mas o potencializa através de mecanismos viáveis à concretização de resultados inalcançáveis pelos instrumentos tradicionalmente postos à disposição da Administração Pública.

5. Os Acordos de Leniência celebrados no âmbito do executivo mineiro

Em Minas Gerais, os estímulos à celebração do acordo de leniência devem ser destacados. Isso ocorre em razão da atuação articulada entre a Controladoria-Geral, Advocacia-Geral e Ministério Público, sobrelevando o alcance do que é pretendido pelo Estado, inclusive em matérias inerentes a outros ramos jurídicos, e, por corolário, aumentando as vantagens do colaborador, que igualmente transcendem a outra instância punitiva.

Enquanto titular da Ação de Improbidade Administrativa e da Ação Penal, a inserção do Ministério Público como interveniente anuente, permite o recebimento e o aproveitamento das informações e documentos nas mencionadas ações, celebrando, em benefício do delator, por corolário, Acordos de Não Persecução Civil e, também, Penal.

No âmbito do Executivo mineiro foram celebrados cinco acordos de leniência com base na Lei Anticorrupção, sendo o primeiro deles realizado no ano de 2021, com a Empresa Andrade Gutierrez Engenharia S.A., que se comprometeu a devolver aos cofres públicos o valor de R\$128.931.033,66 (cento e vinte e oito milhões, novecentos e trinta e um mil e trinta e três reais e sessenta e seis centavos), até dezembro de 2030, em razão da confessa prática de pagamento de vantagens indevidas a agentes públicos e fraude em licitações envolvendo contratos da Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais (CODEMIG) e a Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG).

O segundo, com o valor acordado de R\$42.760.679,43 (quarenta e dois milhões, setecentos e sessenta mil seiscentos e setenta e nove reais, e quarenta

e nova centavos), foi celebrado em 2022 com a Construtora OAS S.A., antiga COESA S.A., tendo como ilícito a verificação de fraudes na Construção da Cidade Administrativa do Estado de Minas Gerais e em projetos da CEMIG.

Ainda em 2022, foi celebrado o terceiro acordo de leniência em Minas, novamente relacionado à Cidade Administrativa, notadamente a fraudes em licitações para a sua construção. O negócio, celebrado com a Novonor (antiga Odebrecht) e a OEC S.A., é o maior, no prisma financeiro, até então realizado no Estado, alcançando a cifra de R\$202.426.419,91 (duzentos e dois milhões, quatrocentos e vinte seis mil, quatrocentos e dezenove reais, e noventa e um centavos), o que equivale a quase um sexto do valor final da obra de construção da sede do governo mineiro, no montante de 1,2 bilhão.

As negociações que desembocaram no mencionado acordo tiveram a duração de mais de três anos, ocorrendo entre 5 de julho de 2019 a 8 de agosto de 2022, sendo satisfeitos todos os requisitos para a sua celebração, incluindo a confissão da prática de atos de fraude à licitação e o pagamento de vantagens indevidas a servidores públicos, e a contribuição com documentos e informações para a manutenção e propulsão da investigação de ilícitos praticados por outros envolvidos, mantido ainda em sigilo, obrigando-se a colaboradora a participar dos atos processuais e investigativos à suas expensas.

Para cessar o seu envolvimento nos ilícitos confessados, a Novonor se comprometeu a deixar de participar de licitações e de renovar contratações ilegais, bem como apurar internamente os ilícitos da empresa e os valores pagos ou ofertados a agentes públicos nas condutas fraudulentas.

O valor de R\$202.426.419,91 (duzentos e dois milhões, quatrocentos e vinte seis mil, quatrocentos e dezenove reais, e noventa e um centavos) pactuado no acordo corresponde ao ressarcimento ao erário, e através da participação do Ministério Público, que também celebrou com a empresa o Acordo de Não Persecução Civil, à multa civil e ao dano moral coletivo. A multa prevista na Lei Anticorrupção não incidiu em razão da prática dos fatos em momento anterior à sua vigência, cumprindo, assim, a irretroatividade da lei prejudicial ao imputado.

Isso porque, como bem explica Fábio Medina Osório (2021), os princípios de Direito Penal são aplicáveis, por simetria e com ressalvas, ao Direito Administrativo Sancionador.

O pagamento foi dividido em vinte e uma parcelas anuais, sendo que a primeira delas deverá ser realizada até 1º de outubro de 2024, sendo o valor atualizado, em todo caso, pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), ou em caso de sua superação, por índice que o fizer.

Em que pese constar do próprio termo que o acordo visa, além de combater a corrupção, preservar a empresa e manter sua atividade e os empregos pela ela gerados, o vicênio pactuado para a satisfação integral do ressarcimento da empresa transgressora pode ser questionado como excessivo, afinal, os ganhos pelos ilícitos perpetrados pela colaboradora foram imediatos, assim como foram os impactos perniciosos causados ao Estado.

Não bastasse, o período é sobremaneira elevado para alterar substancialmente a saúde da empresa e sua própria existência, bem como os estímulos e amarras ao cumprimento do acordo, o que poderia instabilizar sua própria efetividade.

Não há aqui uma manifestação contrária ao parcelamento, afinal, é razoável a alegação dos órgãos de controle, notadamente no que tange à importância da manutenção da empresa e dos empregos por ela gerados, e, ainda, o fato de que a não realização do parcelamento inviabilizaria a própria celebração do acordo. O que se expõe é que o vasto período concedido para o ressarcimento poderia não promover o efeito afletivo desejado à transgressora, nem mesmo o efeito reparador à sociedade lesada, que, talvez, nem vislumbrará a integralidade da reparação, pois poderá ficar ao vislumbre da sociedade vindoura, afetando o que Ricardo Lobos Torres (2011, p. 105) nominou de “equidade entre gerações”, ocasionado pelo prejuízo imediato e ressarcimento diferido.

Além disso, também foi estabelecido o aperfeiçoamento do programa de integridade pela Novonor, o que, nos termos do acordo, já foi operacionalizado pela empresa e avaliado pela Controladoria-Geral da União, sendo aceito no âmbito estadual em razão do Acordo de Colaboração Técnica nº 5/2019, firmado entre as Controladorias dos dois entes. O programa de integridade encontra-se disponível em seu sítio eletrônico²⁶.

Importante ressaltar que o mencionado acordo de leniência não foi o primeiro realizado pela empresa Novonor. Isso porque, além daqueles celebrados no âmbito da Operação Lava-Jato, ainda sob a denominação de ODEBRECHT, a empresa celebrou acordos nacionais e até internacionais, repercutindo em pautas anticorrupção de todo o mundo e alcançando cifras bilionárias. Em um desses acordos celebrados, Pimenta destaca:

Em dezembro de 2016, a Odebrecht e a Braskem assinaram acordos de leniência simultâneo com autoridades brasileiras, americanas e suíças. Também foram celebrados acordos de colaboração com setenta e oito de seus executivos. Não faltaram superlativos para descrever

²⁶ <https://novonor.com/pt/como-atuamos/sistema-de-conformidade>. Acesso em: 5 jun. 2023.

o caso. O Departamento de Justiça americano classificou os acordos como “a maior resolução global de caso de propina transnacional” por violação ao FCPA. No Brasil, os acordos ficaram conhecidos como a “delação do fim do mundo” pelo seu alcance nacional e internacional e pelas implicações trazidas ao sistema político, com denúncia a diversos de seus membros (Pimenta, 2020, p. 109110).

No ano de 2023, foram celebrados outros dois acordos de leniência, ambos relacionados à ilícitos em contratos de compra e venda de energia elétrica realizados entre as empresas colaboradoras e a Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG), entre os anos de 2011 e 2016. O primeiro deles foi celebrado com a Passos Maia Energética S.A., no valor de R\$22.927.994,67 (vinte e dois milhões novecentos e vinte e sete mil novecentos e noventa e quatro reais e sessenta e sete centavos). O segundo, com a empresa Moinho S.A., alcançou o numerário de R\$9.280.277,42 (nove milhões, duzentos e oitenta mil, duzentos e setenta e sete reais e quarenta e dois centavos).

O valor total de R\$32.208.272,09 (trinta e dois milhões, duzentos e oito mil, duzentos e setenta e dois reais e nove centavos) deve ser pago em até trinta dias à celebração do acordo, em parcela única, correspondendo o valor ao ressarcimento ao erário, à multa administrativa da lei anticorrupção, e, ainda, ao dano moral coletivo, viabilizado mais uma vez pela intervenção do Ministério Público, que celebrou com as empresas o Acordo de Não Persecução Civil, sendo que o ressarcimento e a multa aproveitam os dois negócios jurídicos extrajudiciais.

Em todos os acordos, buscando a proficuidade no manejo das informações angariadas como requisito a sua celebração, se vislumbra o sigilo, não sendo possível o acesso a todos os seus elementos com vistas a proteger as próprias investigações, ainda em curso.

No entanto, é perceptível a relevância do instituto como mais um instrumento de combate à corrupção, sendo capaz de restaurar, em cinco acordo, mais de quatrocentos milhões aos cofres públicos, por meio da confissão de irregularidades que, possivelmente, não seriam conhecidas ou integralmente conhecidas pelo Estado.

De mais a mais, o potencial de êxito do instrumento será provavelmente maior, haja vista a alavancagem investigativa que permite a apuração e a responsabilidade de outros eventuais envolvidos em atos ilícitos, sendo ambos (envolvidos e atos lesivos) deletados pela colaborada.

6. A sanção e o Acordo de Leniência

Não se pode entender o acordo de leniência como mero mecanismo de abrandamento de sanção. Isso porque, como explorado, a sua celebração não implica em renúncia do poder punitivo estatal, mas sim em sua

redução negociada, motivada pelos benefícios recíprocos experimentados pelo colaborador e a Administração Pública, sendo este o inegável móvel à sua concretização.

A sanção como critério definidor do Direito se mostra presente até mesmo em momento anterior a celebração do acordo, afinal é o medo de sofrê-la na integralidade que transluz o ímpeto da pessoa jurídica em dirigir-se ao Poder Público para revelar o ilícito por ela praticado, indicando provas e a alavancagem investigativa em relação a outros ilícitos e, eventualmente, a outras pessoas jurídicas, permitindo, em relação aos últimos, a aplicação integral do *ius puniendi* do Estado, na máxima expressão do efeito repressivo da sanção. Nesse sentido leciona Marrara (2015, p. 511):

Diga-se bem: negociar não para beneficiar gratuitamente, não para dispor dos interesses públicos que lhe cabe zelar, não para se omitir na execução das funções públicas. Negociar sim, mas com o intuito de obter suporte à execução bem sucedida de processos acusatórios e atingir um grau satisfatório de repressão de práticas ilícitas altamente nocivas que sequer se descobririam pelos meios persecutórios e fiscalizatórios clássicos.

Essa versatilidade da sanção no acordo de leniência o robustece como instrumento eficiente de identificação, apuração e punição de atos lesivos e corruptivos praticados por pessoas jurídicas, fazendo com que, pela compulsão psíquica tardia, irregularidades sejam conhecidas em relação ao colaborador e a outros transgressores, reduzindo a amplitude do poder punitivo em relação ao primeiro, para garantir sua efetividade em relação a ilícitos que poderiam nem mesmo se tornar conhecidos pela Administração Pública.

Registra-se, portanto, a relevância da previsão abstrata da sanção para conformar condutas, com potencial de inibir irregularidades pelo receio de essas se tornarem conhecidas pelos órgãos de controle, seja pela atividade investigativa ordinária, seja pela colaboração de outras pessoas jurídicas, uma vez que a primazia é estimulada pela Lei Anticorrupção.

Os acordos celebrados em Minas Gerais superaram a cifra de R\$400.000,00 (quatrocentos milhões de reais), alcançados pelo o valor de ressarcimento ao erário, a aplicação da sanção de multa e, ainda, pela atuação do Ministério Público como interveniente anuente, o dano moral coletivo.

Além disso, a colaboradora, que confessou sua participação no ilícito, obriga-se a cessar imediatamente a sua prática, apresentando documentos que o comprova, além de entregar elementos que contribuem para a investigação de novos atos lesivos e a participação de outras pessoas jurídicas, propiciando assim o elastecimento do poder punitivo estatal a fatos e atores até então desconhecidos.

Como relevante medida de prevenção especial, a experiência mineira revelou a exigência de estabelecimento ou aperfeiçoamento dos mecanismos de integridade empresarial, com vistas a desenvolver metodologias para evitar a prática do ilícito, identificá-los e corrigi-los.

Verifica-se, portanto, que o Acordo de Leniência, além de punir os atos lesivos verificados, busca educar a pessoa jurídica que os praticou, obrigando-a a cessar imediatamente a sua prática, e dissuadindo a renová-la, tangenciando resultados razoáveis pelo consensualismo e pela compulsão psíquica ocasionada pelo medo da sanção, haja vista que além da apuração estatal, como método tradicional de descoberta de ilícitos, estes também podem se tornar conhecidos pela contribuição do primeiro colaborador, que por assim fazer terá maiores benefícios, o que estimula, por corolário, a profícua desconfiança entre os transgressores.

Assim, a previsão abstrata da sanção e do acordo de leniência são hábeis a conformar a conduta das pessoas jurídicas, incentivando, pelo risco da sanção e da delação, à retidão no atuar empresarial.

7. Conclusão

Como visto no artigo, os atos corruptivos tem o elevado potencial de subtrair recursos públicos, reduzindo a capacidade de atuação do Estado nos mais diversos setores, como em direitos individuais, sociais e coletivos, e, ainda, sendo também um fenômeno privatístico, interferindo na economia e na elevação de preços através da captura de agentes públicos para otimização de ganhos dos envolvidos, afetando, de forma difusa e onipresente, os comandos constitucionais vigentes e qualidade de vida da população.

Nesse cenário, o acordo de leniência anticorrupção se apresenta como mais um instrumento para o combate de atos tão perniciosos ao Estado Democrático de Direito, sobretudo na ótica dos direitos fundamentais, minguados, em muito, pelo interesse egoístico de alguns segmentos ego-cêntricos (ou seja, via políticas econômicas privadas ilícitas) e orientados pelo insaciável impulso capitalista de acumulação de riquezas, buscando, para tanto, subverter a lógica constitucional e subjugar o Estado à realização de seus próprios desideratos.

Logo, através da compulsão psíquica tardia e do “círculo virtuoso da desconfiança”, a Administração Pública é capaz de estimular que as pessoas jurídicas envolvidas em ilícito lhe ofertem informações, provas, a reparação do dano e o cumprimento de outras obrigações pecuniárias, em troca da redução de seu poder punitivo, cujo exercício seria incerto ou incompleto pelo desconhecimento, total ou parcial, da irregularidade revelada pela colaboradora.

Além disso, o consensualismo operado no instrumento pactuado não implica em renúncia do poder punitivo, não só em razão de sua incidência, embora diminuída, àquele que primeiro revelar os ilícitos, mas, sobretudo pela alavancagem investigativa em relação a outros eventuais envolvidos.

Nota-se, portanto, que além de conformar a conduta do colaborador, com seu retorno à licitude e a concepção ou lapidação de seu programa de integridade para prevenir, verificar e corrigir práticas irregulares, a Administração Pública também é capaz de conhecer novos ilícitos e envolvidos, propiciando, também em relação a estes, o reestabelecimento da lisura pela aplicação integral de seu *ius puniendi*.

Por fim, vislumbram-se as potencialidades do consensualismo e do acordo de leniência no combate a corrupção, ainda mais se considerarmos tratar-se de princípio e instituto nupérrimos no Direito Administrativo Brasileiro, com abertura à lapidação e aprimoramento para o enfrentamento de tão complexo fenômeno.

8. Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. de Mário da Gama ury. Brasília, Editora Universidade de Brasília, c1985.

ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa Maria Murgel (org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2012.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1986.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. – Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Traduzido por Carmen C, Varriale, João Ferreira, João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm. Acesso em: 26 mai. 2023.

BRASIL. Decreto nº .420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

2018/2015/decreto/D8420.htm. Acesso em: 26 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000. Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10149.htm. Acesso em: 26 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 26 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 26 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 26 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 8429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 24 mai. 2023.

COOTER, Robert D.; GAROUPA, Nuno. *The virtuous circle of distrust: a mechanism to deter bribes and other cooperative crimes*. Berkeley Program in Law and Economics, Working Paper Series. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1117564>. Acesso em: 24 mai. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *A corrupção como fenômeno social e político*. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 185, p. 1-18, 1991. DOI: 10.12660/rda.v185.1991.44482. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44482>. Acesso em: 24 mai. 2023.

GODOI, Marciano Seabra de. *Concentração de renda e riqueza e mobilidade social – A persistente recusa da política tributária brasileira a reduzir a desigualdade*, Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, V.50, Núm. 235, jul-set. 2022.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

MARRARA, Thiago. *Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes*. Revista Digital de Direito Administrativo, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 509527, 2015. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v2i2p509-527. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195>. Acesso em: 19 mai. 2023.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3ª edição. Brasília, DF: Ga-

zeta Jurídica, 2017.

MINAS GERAIS. Controladoria-Geral do Estado. *Acordo de leniência*. Disponível em: <https://cge.mg.gov.br/projetos-especiais/acordo-de-leniencia>. Acesso em: 18 mai. 2023.

MINAS GERAIS. Decreto nº 46.782, de 23 de junho de 2015. Dispõe sobre o Processo Administrativo de Responsabilização, previsto na Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito da Administração Pública do Poder Executivo Estadual. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacaomineira/texto/DEC/46782/2015/?cons=1>. Acesso em: 26 mai. 2023.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/portal/menu/comunicacao/noticias/mpmg-cge-e-ageassinam-acordo-de-leniencia-com-empresas-que-deverao-ressarcir-mais-de-r-202milhoes-aos-cofres-publicos-8A94806782EF29160184A5F9CC487820-00.shtml>. Acesso em: 18 mai. 2023.

MINAS GERAIS. Resolução Conjunta CGE/AGE nº 4, de 12 de novembro de 2019. Define os procedimentos para a negociação, a celebração e o acompanhamento dos acordos de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito da Controladoria-Geral do Estado – CGE e da Advocacia-Geral do Estado – AGE. Disponível em: <https://advocaciageral.mg.gov.br/wp-content/uploads/2020/11/2019resolucaoconjunta-4-cge-age.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2023.

MORAES, Wanderson José Catalunia. *A corrupção sob a perspectiva do Direito Econômico*. Dissertação (Mestrado em Direito nas Relações Econômicas e Sociais) – Departamento de Direito, Faculdades Milton Campos, Nova Lima, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novos institutos consensuais da ação administrativa*. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 231, p. 129–156, 2003. DOI: 10.12660/rda.v231.2003.45823. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823>. Acesso em: 5 jun. 2023.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito* / Paulo Nader – 45ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Transparência Internacional. Índice de Percepção da Corrupção 2022. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/indice-de-percepcao-dacorrupcao-2022>. Acesso em: 26 mai. 2023.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador* [livro eletrônico]. 4ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

PIMENTA, Raquel de Mattos. *A construção dos acordos de leniência da Lei anticorrupção*. São Paulo: Blucher, 2020.

SANTANA, Artur Cardoso Carvalho. *Corrupção e consensualismo: os acordos de leniência sob a ótica da concertação administrativa interorgânica*. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. São Paulo: LTr, 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário* – 18ª edição, revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime Organizado: uma categorização frustrada*. Discursos Sediciosos: Crime Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 45-67, jan./jun. 1996.

1...0J1U0S1T0I1Ç0A1...0
JUSTIÇA ENTRE ZEROS E UNS ¹
CONSIDERAÇÕES CONTEMPLATIVAS

1...0J1U0S1T0I1Ç0A1...0
JUSTICE BETWEEN ZEROS AND ONES ²
CONTEMPLATIVE CONSIDERATIONS

Fernanda Duarte³
Filipa Pais D'Aguiar⁴

DOI: <https://doi.org/10.34628/S5RF-WY29>

Resumo: A utilização disseminada e o alcance global dos sistemas do Inteli-gência Artificial (doravante, IA), muito mais do que a sua mera existência, justificam uma reflexão e incursão sobre dimensões principialistas, revisitando, em particular, o conceito de princípio de per se, a problematização da Justiça enquanto princípio e con-

¹ No entender de M. Kaku, o conceito de zero viola o princípio da incerteza de Heisenberg, pelo que o “nada puro” ou o vácuo puro será inexistente. In KAKU, M. (2018) – O futuro da humanidade : terraformação de Marte, viagens interestelares, imortalidade e nosso destino para lá da Terra. Trad. Isabel Fernandes e Fernanda Barão. 1.^a ed. Lisboa : Editorial Bizâncio. P. 354.

² In Mr Kaku’s view, the concept of zero violates Heisenberg’s uncertainty principle, which means that ‘pure nothing’ or pure vacuum will not exist. In KAKU, M. (2018) - The future of humanity: terraforming Mars, interstellar travel, immortality and our destiny beyond Earth. Trad. Isabel Fernandes and Fernanda Barão. 1st ed. Lisbon : Editorial Bizâncio. P. 354.

³ Pesquisadora Associada da Universidade Federal Fluminense. Doutora em Direito. Coordenadora do Collaborative Research Network 1 of the Law and Society Association. Membro do Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos. Juíza Federal

⁴ Doutora em Direito. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada. Investigadora do Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais. Investigadora associada do Instituto Galego de Análise e Documentación Internacional.

venção humana, bem como a sua fundamentalidade na construção de sistemas de IA. Destarte, o presente ensaio propõe um itinerário contemplativo e reflexivo, primeiro, sobre o ser humano, enquanto organismo vivo, e a relevância da paz e da justiça na luta pela sobrevivência; segundo, a justiça enquanto princípio e enquanto convenção humana; e, terceiro, problematização da justiça e da ética considerando os principais desafios colocados pelos sistemas de IA. Por se considerar a relevância, a montante, da construção de um enquadramento teórico destas questões à luz da Dignidade da Pessoa Humana, enquanto resposta aos desafios do mundo actual e caminho para a Justiça Social, o presente ensaio propõe um caminho de reflexão e debate demorados em torno de conceitos abstractos (v.g., como princípios, justiça e ética), ao invés da apresentação, imediata, de propostas concretas suscetíveis de conceder operacionalidade prática aos princípios estudados, aplicando-os aos sistemas de IA. O silêncio resultante da ausência de uma reflexão e abstracção demorada sobre estes temas poderá, eventualmente, ser preenchido pelo ruído de respostas superficiais, mas aparentemente definitivas porque velozes, talvez sugeridas pelos sistemas de IA, talvez mais próximas dos interesses dos seus criadores do que de uma construção desinteressada da Dignidade da Pessoa Humana e da Justiça Social. Sabendo que, no final, tudo resultará das escolhas humanas.

Palavras-chave: Inteligência artificial; Princípios; Ética; Justiça; Democracia.

Abstract: *The widespread use and global reach of Artificial Intelligence (henceforth, AI) systems, much more than their mere existence, justify a pondering and incursion into the principles dimensions, revisiting, particularly, the concept of principle per se, the problematisation of Justice as a principle and as a human convention, as well as its fundamentality in the construction of AI systems. Thus, this essay proposes a contemplative and reflective itinerary, firstly, on the Human being, as a living organism, and the relevance of Peace and Justice in the struggle for survival; secondly, Justice as a principle and as a Human convention; and, thirdly, problematisation of Justice and ethics considering the main challenges posed by AI systems. By considering the primary relevance of building a theoretical framework for these issues in light of the Human Being Dignity, as a response to the challenges of today's world and a path to Social Justice, this essay proposes a path of lengthy pondering and debate on abstract concepts (such as principles, justice and ethics), instead of the immediate presentation of concrete proposals capable of granting practical operability to the principles studied, applying them to AI systems. The silence resulting from the absence of lengthy pondering and abstraction on these topics could eventually be filled by the noise of superficial [but-apparently-definitive-because-they-are-quick] responses, perhaps suggested by AI systems, perhaps closer to the interests of their creators than a disinterested construction of the Human Being Dignity and Social Justice. Aware that, in the end, it will all rely on Human choices.*

Keywords: Artificial Intelligence; Principles; Ethics; Justice; Democracy.

Sumário: Introdução. §1. Sobre o ser humano, enquanto organismo vivo, e a relevância da Paz, da Esperança e da Justiça, na luta pela sobrevivência. §2. Sobre a Justiça enquanto princípio e enquanto convenção humana. §3. Sobre a problematização da Justiça e da Ética, considerando os desafios colocados pelos sistemas de IA. Considerações finais. Referências.

Summary: Introduction. §1. On the human being as a living orga-

nism and the relevance of Peace, Hope and Justice in the struggle for survival. §2. On Justice as a principle and as a human convention. §3 On the problematisation of Justice and Ethics, considering the challenges posed by AI systems. Final considerations. References.

“Talvez precisemos de voltar a essa arte tão humana que é a lentidão. Os nossos estilos de vida parecem irremediavelmente contaminados por uma pressão que não dominamos; não há tempo a perder;

[...] À conta disso, os ritmos de atividade tornam-se impiedosamente inaturais.

[...] Os horários avançam impondo um recuo da esfera privada. E mesmo estando aí é necessário permanecer contactável e disponível a qualquer momento.

[...] Deveríamos, contudo, refletir sobre o que perdemos, sobre o que vai ficando para trás, submerso ou em surdina, sobre o que deixamos de saber quando permitimos que a aceleração os condicione deste modo. [...]”⁵

Introdução

O crescimento exponencial dos sistemas de Inteligência Artificial (IA) nos últimos anos tem redefinido as interações sociais com a tecnologia, suscitando profundas questões éticas e jurídicas. Este artigo embarca em uma jornada contemplativa para explorar a interseção entre justiça, ética e tecnologia, investigando os princípios e convenções humanas que fundamentam nossa compreensão de equidade e igualdade. Baseado em uma perspectiva interdisciplinar, o texto aborda os desafios impostos pela IA em um contexto global.

Nesse sentido, a interação entre sistemas de IA e conceitos filosóficos de justiça impõe a necessidade de reinterpretação e refinamento de paradigmas que, embora historicamente bem estabelecidos, enfrentam novos desafios no contexto tecnológico contemporâneo. Este cenário levanta questões complexas que transcendem a aplicação prática da IA, demandando uma análise filosófica profunda sobre a natureza da justiça em sistemas que operam de forma autônoma e em escala global. Em especial duas dimensões reflexivas se colocam como pano de fundo deste trabalho e que inspiram estas linhas, ainda que não sejam oferecidas respostas explícitas às questões colocadas por estas dimensões, as mesmas operam como guias.

De um lado é questionado se a Justiça deveria ser tomada como um conceito fluido em contextos tecnológicos. Ora a justiça, tradicionalmente definida em termos de princípios normativos que asseguram a equidade e o bem comum, enfrenta uma dualidade peculiar no contexto da IA. Por

⁵ In *Pequena apologia da lentidão*, Mendonça, 2024, p. 136.

um lado, a tecnologia promete aumentar a eficiência na tomada de decisões e na alocação de recursos, possibilitando processos mais objetivos e imparciais. Por outro lado, a própria natureza algorítmica da IA pode introduzir distorções que refletem vieses humanos, inerentes aos dados que a alimentam e às estruturas sociais nas quais opera⁶.

De outro, considera-se a universalidade e o contexto da Justiça, destacando-se a tensão entre a universalidade da justiça e os contextos culturais e sociais em que a IA opera. Os sistemas de IA, muitas vezes desenvolvidos em contextos socioculturais específicos, podem enfrentar dificuldades ao serem aplicados em realidades diversas. Isso levanta questões sobre a possibilidade de criar princípios universais de justiça tecnológica que respeitem as nuances culturais, evitando a imposição de uma visão homogênea e potencialmente etnocentrista.

Por meio de uma análise cuidadosa, o artigo revisita os fundamentos filosóficos da justiça, considerando sua relevância não apenas como princípio, mas também como construção social. A discussão se estende a questões contemporâneas, como os dilemas éticos relacionados ao uso de sistemas de IA e seu potencial para influenciar a democracia, os direitos humanos e a justiça social. Esta investigação reflexiva busca contribuir para o debate acadêmico que pretende construir um marco teórico baseado na dignidade da pessoa humana e na promoção da justiça global, compromissada com os ideais de uma sociedade mais justa e equitativa, capaz de receber diferentes formas de estar no mundo.

§1. Sobre o ser humano, enquanto organismo vivo, e a relevância da Paz, da Esperança e da Justiça, na luta pela sobrevivência

O ser humano, enquanto organismo vivo, busca a vida, a sobrevivência, mais do que uma qualquer contemplação sobre a vida, por mais urgente que seja. Será a luta pela sobrevivência e os instintos mais primários que nos conduzem, *a priori*, à ação e, *a posteriori*, a uma contemplação sobre os motivos dessa ação⁷. A razão é, assim algo que surge num

⁶ Aqui, é essencial distinguir entre justiça distributiva e justiça procedimental no âmbito da IA. A justiça distributiva, preocupada com a alocação de bens e recursos, pode ser influenciada pela forma como os sistemas de IA priorizam dados e indivíduos em processos de tomada de decisão. Já a justiça procedimental, que enfatiza a equidade nos processos, enfrenta desafios na transparência e explicabilidade dos algoritmos, questões críticas em sistemas que muitas vezes operam como “caixas-pretas”.

⁷ Para J.J. Gomes Canotilho, *“Um poeta, um jurista, um advogado. Gosta de pessoas, do pai, da mãe, dos filhos, da mulher, do avô, da avó, da família, das gentes. Um jurista [...] tem de ser isto. Estar com os outros. No princípio estão as pessoas, as forças mais exuberantes da vida, do corpo e da natureza. Um dia claridoso obriga-nos a voltar à habituais coisas: “a água, o pão, um cântaro,*

segundo momento, quase como contemplação da acção sendo que, o que nos move é, verdadeiramente, é o instinto, e a luta pela sobrevivência⁸. Assim, o ser humano, enquanto ser natural, é parte da natureza e não poderá excluir-se das leis da natureza, particularmente, reconhecendo a sua relevância no funcionamento do cérebro (v.g., através de processos bioquímicos, da homeostasia, etc.), com manifestações importantes na construção do ser humano enquanto ser cultural e social⁹. Por exemplo, em termos clínicos, a esperança constitui um elemento fundamental na manutenção da vida, principalmente, perante um prognóstico reservado ou mesmo perante a certeza da morte¹⁰. A esperança, enquanto emoção [do médico, do paciente, da comunidade], é a única que persiste ao longo dos estados de alma do paciente oncológico¹¹, em manifestações como a oração e a fantasia, permitindo lidar com a doença e com o tempo de morrer¹². “Manter a Esperança Imunizada”¹³ é, pois, primordial para o ser humano. Assim, em princípio, a sobrevivência desenvolve-se, em termos óptimos, num ambiente de paz e esperança¹⁴, justiça e prosperidade de

uma rosa” (J. L. Borges). In CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2010) - *Admirar os outros*. 1.^a Ed. Coimbra: Ed. Almedina.

⁸ Também neste sentido, ROVELLI, Carlo (2022) - *A ordem do tempo*. Trad. Silvana Cobucci. 1.^a ed., 4.^a republicação. Penguin Random House : Lisboa. p. 182 ss.

⁹ Vide, ROVELLI, Carlo (2022) - *Sete breves lições de física*. Trad. Vasco Gato. 1.^a ed., 3.^a republicação. Penguin Random House : Lisboa. Também, ROVELLI, Carlo (2022) - *A ordem do tempo*. Trad. Silvana Cobucci. 1.^aed., 4.^a Republicação. Penguin Random House : Lisboa. Também, DAMÁSIO, António (2017) - *A estranha ordem das coisas : a vida, os sentimentos e as culturas humanas*. Trad. Luís Oliveira Santos e João Quina Edições. 1.^a ed. (Temas & Debates). Lisboa: Círculo de Leitores.

¹⁰ ANTUNES, João Lobo (2016) - *Ouvir com outros olhos: ensaios*. 4.^aed. Lisboa: Gradiva. P. 111 ss.

¹¹ Sobre os quatro estados de alma sucessivos do doente oncológico, J. Lobo Antunes refere a proposta de Kübler-Ross: “[...] 1.º Negação e isolamento; 2.º Zanga; 3.º Negociação; 4.º Depressão; 5.º Aceitação. Mas sublinha: «*One thing that usually persists through all these stages is hope*”.», in ANTUNES, João Lobo (2016) - *Ouvir com outros olhos*... p. 112. Itálicos do autor.

¹² ANTUNES, João Lobo (2016) - *Ouvir com outros olhos*... p. 112.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2016) - *Questões actuais da Ciência Jurídica: Seminário de doutoramento em Direito*. Comunicação oral. S.d. Lisboa : Universidade Lusíada de Lisboa.

¹⁴ Sobre como a esperança de paz suplanta o medo da energia nuclear, vide, FIOLHAIS, Carlos (2024) - *Toda a física divertida*. Ed. integral, revista e actualizada. Pref. David Marçal. 1.^a ed. Lisboa : Gradiva. P. 310-314.

modo a manter a sobrevivência do organismo vivo. A percepção de que existem princípios imanentes ou imutáveis decorrerá, talvez, do facto de o ser humano ser um *ser natural*, dependente da existência de um substracto orgânico, sendo esta a variável que não se alterou ao longo dos tempos¹⁵. Logo, o decurso de tempo e a permanência de um substracto orgânico contribui para a ideia 'aparente' da existência de um princípio imanente, universal de Justiça. Verdadeiramente, o que poderá existir é uma ideia de Justiça que decorre do substracto orgânico e da necessidade de sobrevivência do ser humano enquanto organismo vivo. Assim, um princípio de Justiça, variável no tempo e lugar, visa, antes de tudo, a sobrevivência do ser humano enquanto ser natural sendo este [talvez] um dos fundamentos da organização em sociedade, da socialidade e da Justiça. A ideia de Justiça, contemplada deste modo, refere-se, então, a essa dimensão de sobrevivência; resulta de uma construção humana orientada para o bem comum, como nas primeiras comunidades humanas. De facto, do Código de Hammurabi à Declaração Universal dos Direitos Humanos, é possível identificar segmentos revestidos de universalidade que parecem resultar, precisamente, da indissociabilidade das dimensões biológicas e culturais do ser humano, na sua existência, simultaneamente, orgânica-biológica e social-cultural¹⁶. Assim, se considerarmos que, em ciência, a verdade absoluta é aquela à qual se opõe outra verdade absoluta¹⁷, então, será neste exercício contemplativo de dimensões filosóficas, culturais, religiosas, morais, culturais, aparentemente incompatíveis que nos aproximamos da verdade e, assim, da universalidade¹⁸: um exercício contemplativo com significado e relevância na construção de um enquadramento teórico de Justiça capaz de dialogar com os desafios colocados pela IA, e com contributos para a edificação de um caminho para a Dignidade da Pessoa Humana e para a Justiça Social, no séc. XXI.

¹⁵ Sobre o substracto orgânico, homeostasia e sua relevância na construção do ser humano, *vide, v.g.*, DAMÁSIO, António (2020) - *Sentir & Saber: a caminho da consciência*. 1.^a ed. (Temas & Debates). Lisboa : Círculo de Leitores.

¹⁶ DAMÁSIO, António (2017) - *A estranha ordem das coisas : a vida...* p. 46 ss. BOUZON, Emanuel (2000) - *O código de Hammurabi*. 8.^a ed. Editora vozes : Petropolis.

¹⁷ ANTUNES, João Lobo (2016) - *Ouvir com outros olhos...* p. 169, considerações do autor sobre as propostas de Niels Bohr e do Papa Bento XVI sobre a verdade.

¹⁸ ANTUNES, João Lobo (2016) - *Ouvir com outros olhos...* p. 167 ss. Também, RAWLS, John (2013) - *Uma teoria de justiça*. Trad. Carlos Pinto Correia. 3.^a ed. Lisboa : Editorial Presença.

§2. Sobre a Justiça enquanto princípio e enquanto convenção humana

Uma contemplação sobre a Justiça enquanto princípio e enquanto convenção humana conduz-nos, desde logo, a uma reflexão sobre as suas *dimensões globais* e *dimensões específicas*. Assim¹⁹, as *dimensões globais* identificar-se-iam com uma ideia de Justiça entendida enquanto princípio de sobrevivência do ser humano, *i.e.*, um princípio de Justiça enquanto imperativo ou *conditio sine qua non* na manutenção de um organismo vivo dependente de um substracto orgânico. Um princípio comum a todo o tempo, desde as primeiras comunidades humanas até aos dias de hoje, e, por isso, com cariz universalista, mas identificando-se, no essencial, com a sobrevivência do ser humano enquanto organismo vivo. As *dimensões específicas* identificar-se-iam com uma ideia de Justiça entendida enquanto convenção humana, relacionada com o espaço e tempo em que se localiza e desenvolve, e com o sentimento do que possa ser justo e injusto. Mas... o que significa se a IA vier a colocar a hipótese ou a criar a possibilidade de um *download* de consciência e de uma subsequente alteração do conceito de sobrevivência? Quais seriam as consequências de uma ideia de Justiça definida desta forma? Sobreviver significaria, então, permanecer eternamente num sistema de IA ou, ao invés, permanecer efemeramente num corpo físico, num organismo vivo, num substracto orgânico? Ou ambos? E, subsistiriam, *in fine*, dimensões universais de Justiça ou desvanecer-se-iam perante a imensidão de zeros e uns? Perante o universo de possibilidades em aberto para os sistemas de IA no séc. XXI, deixaremos as questões em aberto, procurando analisar a realidade do que existe. Falamos, *v.g.*, em concreto, da existência de sistemas de IA capazes de criar *pivot's*, influenciadores digitais, modelos com existência unicamente digital, mas cuja aparência não permite distinguir se se trata de um ser humano ou de uma construção algorítmica criada por sistemas de IA²⁰[em princípio, apenas impossível de distinguir se a comunicação se realizar a distância].

Por um lado, são sistemas de IA com a capacidade de influenciar e manipular os seres humanos nas suas actividades, nas suas escolhas profundamente humanas, condicionando, a montante e *ab initio*, quer o desenvolvimento da personalidade quer a liberdade de expressão. Como salienta S. Westerland,

¹⁹ Reflectindo sobre a proposta de Braz Teixeira em TEIXEIRA, António Braz (2006) – *Sentido e valor do Direito : introdução à filosofia jurídica*. 3.^a ed. rev. e aumentada. (Estudos gerais; série universitária). Lisboa : INCM – Imprensa Nacional-Casa da Moeda.

²⁰ SILVA, Marta Martins (2024) – *Inteligência artificial : não pagam segurança social nem podem namorar*. *Revista Domingo*. 16350 (2024-04-07) 28-32.

“Moreover, freedom of elections is challenged when AI is used to influence potential voters. Candidates can be promoted by interactive social bots that spread messages and communicate with other users in a way that strongly resembles human activity. These bots can be automated either by political campaigners or external sources and can lead to a candidate reaching an unproportionate advantage compared to others that do not have access to these technologies or consider them unacceptable because of their manipulatory nature [...]”²¹

Por outro lado, a utilização destes sistemas permite ultrapassar as vicissitudes características de um organismo vivo: *v.g.*, não adoecem, não gozam de férias, licença de parentalidade, não necessitam de período de descanso, não se queixam nem lamentam, não têm egos e são, no fundo, mais rentáveis pois produzem sem causar transtorno²². A reflexão levamos a uma miríade de questões: estaremos perante escravatura digital? E se os sistemas de IA se tornarem sencientes, poderão ser sujeitos de direitos? E de deveres?... Novamente, deixaremos estas questões em aberto, com prudência perante a imensidão de possibilidades tecnológicas, e, principalmente porque esta não nos parece ser a questão-chave. A questão-chave parece residir mais no seguinte: a forma como os seres humanos interagem e tratam a IA diz mais sobre a ética humana do que a construção dedicada e aturada de um qualquer quadro teórico dedicado a eventuais pseudo-direitos-deveres de hipotéticos sistemas de IA senciente. A contemplação da ética humana, na sua relação com a IA, parece ser o caminho para uma análise das dimensões globais e das dimensões específicas da Justiça - da Justiça enquanto princípio e convenção humana - permitindo construir os alicerces de um enquadramento teórico que potencie um desenvolvimento tecnológico vibrante, à luz da promoção e protecção da Dignidade Humana, da Justiça Social e da Democracia. Muito simplesmente... regressemos ao *essencial*²³...

²¹ WESTERLAND, Salla (2024) - *Reconstructing AI Ethics Principles: Rawlsian Ethics of Artificial Intelligence. Science and Engineering Ethics* [Em linha]. 30:46 (2024) 1-21. Springer. [Consult. 14 Out. 2024]. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11948-024-00507-y>. P. 8.

²² SILVA, Marta Martins (2024) - *Inteligência artificial*...

²³ Essencial entendido, aqui, na perspectiva de Alberto Caeiro. PESSOA, Fernando (1997) - *Obras completas de Fernando Pessoa : Poemas de Alberto Caeiro*. Vol. III. (Coleção Poesia). 10.^a ed. Lisboa : Ática. “XXIV O que nós vemos das coisas são as coisas. / Porque veríamos nós uma coisa se houvesse outra? / Porque é que ver e ouvir seria iludirmo-nos / Se ver e ouvir são ver e ouvir? / O essencial é saber ver, / Saber ver sem estar a pensar, / Saber ver quando se vê, / E nem pensar quando se vê, Nem ver quando se pensa. [...]”, p. 50. Contemplemos, então.

§3. Sobre a problematização da Justiça e da Ética, considerando os desafios colocados pelos sistemas de IA

Contemplar os desafios colocados pelos sistemas de IA, especificamente, os que vimos de elencar, significa a problematização da ética e da justiça subjacente à construção, utilização, manutenção e monitorização das actividades desenvolvidas pelos sistemas de IA, pelos seus autores e proprietários, em particular, quando a sua actividade pode significar um risco elevado para os Direitos Humanos, para a Justiça, para a Democracia. De resto, esta questão tem sido uma preocupação da UNESCO, principalmente, no ano de 2024 em que grande parte da população mundial foi chamada às urnas para exercer o seu direito de voto²⁴. Num estudo desenvolvido por D. Innerarity²⁵ foi apurado o impacto da IA nas Democracias e no debate público, vital para a democracia, bem como a legitimidade e qualidade das decisões e escolhas algorítmicas, permitindo, *in fine*, a elaboração de um elenco de recomendações para uma governança democrática da IA, comprometida com a edificação de um mundo mais pacífico, inclusivo, equitativo e democrático²⁶. De entre as principais recomendações destacamos a *educação e literacia digital* (fundamentais para que os cidadãos compreendam todos os aspectos relacionados com a IA, com as implicações da transição digital e se sintam protegidos pelas autoridades competentes); o *desenvolvimento tecnológico* capaz de respeitar uma *governança democrática* e um *desenvolvimento legislativo e regulatório da IA* que previna a utilização indevida e promova o bem-comum; a promoção da *explicabilidade*, da *transparência*, do direito de *queixa*, do *pluralismo* e da *inclusão* na decisão algorítmica permite compreender os processos subjacentes a estas decisões e verificar se observam o princípio democrático, justiça e equidade²⁷. As decisões algorítmicas construídas a partir destes princípios irão, certamente, espelhá-los e amplificá-los. Apesar da exigência dos desafios, a inacção não é uma opção²⁸. A omissão destes

²⁴ INNERARITY, Daniel (2024) – *Artificial Intelligence and Democracy*. [Em linha]. UNESCO Office Montevideo : Montevideo. [Consult. 28 Set. 2024]. Disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000389736>

²⁵ INNERARITY, Daniel (2024) – *Artificial Intelligence and Democracy*...

²⁶ INNERARITY, Daniel (2024) – *Artificial Intelligence and Democracy*... Foreword de Daniela Ramos, Assistant Director-General for the Social and Human Sciences of UNESCO.

²⁷ INNERARITY, Daniel (2024) – *Artificial Intelligence and Democracy*... p. 19-21.

²⁸ INNERARITY, Daniel (2024) – *Artificial Intelligence and Democracy*... p. 19. No mesmo sentido, *vide, v.g.*, Yuval Harari sobre as redes colaborativas cujo mau uso do poder se traduz, no essencial, num problema de informação, que é o que mantém as redes

princípios na decisão algorítmica será rapidamente substituída por um qualquer outro critério ou teoria moral de base considerado verdadeira, talvez não tão comprometido com a democracia, justiça e equidade, mas, invariavelmente, com o mesmo resultado: espelhar e amplificar os critérios subjacentes ao processo de decisão algorítmica. Existem, por exemplo, propostas, como a de S. Westerland, que, partindo da Teoria de Justiça de J. Rawls, do seu conceito de equidade e de justiça social²⁹, apresenta um elenco de três “Orientações Éticas Rawlsianas para uma IA Equitativa”³⁰ que, no fundo, se traduzem em princípios-alicerce que conferem operacionalidade prática à ética da IA³¹. E ainda que, como Dworkin, se discorde de Rawls e se considere que os princípios básicos de justiça que o dispositivo da ‘posição original de Rawls’ modela são igualitários, ainda

coesas. Propõe o autor que é necessário agir ante o recuo das democracias liberais visto que poderemos assistir, durante o séc. XXI, ao advento de um outro regime totalitário com a capacidade de impedir a denúncia de falsas narrativas, in HARARI, Yuval (2024) – *Nexus : história breve da redes de informação : da idade da pedra à inteligência artificial*. Trad. Miguel Romeira. 1.^a ed. Lisboa : Penguin Random House Grupo editorial. p. 11-13.

²⁹ RAWLS, John (2013) – *Uma teoria de justiça*. Trad. Carlos Pinto Correia. 3.^a ed. Lisboa : Editorial Presença.

³⁰ WESTERLAND, Salla (2024) - *Reconstructing AI Ethics Principles: Rawlsian Ethics of Artificial Intelligence*. *Science and Engineering Ethics* [Em linha]. 30:46 (2024) 1-21. Springer. [Consult. 14 Out. 2024]. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11948-024-00507-y>. “The conclusive set of Rawlsian ethics guidelines for fair AI are: 1. Developers and deployers of an AI system must ensure that the AI system does not threaten the basic liberties of any individual. 1.1 AI systems should not endanger but support the freedom of thought and liberty of conscience. 1.2 AI systems should not compromise but support political liberties and freedom of association, such as the right to vote and to hold public office. 1.3 AI systems should not harm but support the liberty and integrity of the person, including freedom from psychological oppression and physical assault and dismemberment. 1.4 All AI systems should be aligned with the principle of rule of law. 2. The use and development of AI systems should not negatively impact people’s opportunities to seek income and wealth. If an AI system is used in distribution of advantageous positions, such as recruitment, performance evaluation, or access to education, it needs to be ensured that. 2.1 The tool is trained with non-biased training data, or appropriate tools are used to mitigate the biases in the final product if no non-biased training data is available (data bias mitigation), 2.2 The outcome of the use of the tool includes an explanation of the grounds for the outcome it produces (explainability), and. 2.3 the algorithms used shall encourage neither biased results nor the systematic repetition and amplification thereof in, e.g., the feedback loops of a machine learning system (algorithmic bias mitigation). If these conditions cannot be met, AI should not be used in the process. 3. All inequalities affected by AI systems, such as acquiring a position of power or accumulation of wealth, must be to the greatest benefit of the least advantaged members of society.” P. 14.

³¹ WESTERLAND, Salla (2024) - *Reconstructing AI Ethics Principles: Rawlsian Ethics of Artificial Intelligence...* p. 14.

assim, ambos concordam que a posição original se encontra alicerçada em verdades morais admitidas³². Ou seja, será necessária uma teoria moral de base considerada verdadeira para a escolha [humana] sobre a idealização dos princípios³³, que, no caso da IA, é revelada pela escolha algorítmica. Por último, como vem salientando S. Rogerson, além das recomendações para uma governança digital ao nível dos Estados, é necessário que também a comunidade dos sistemas de informação acolha e promova, no âmbito das suas organizações, a implementação e monitorização de códigos de conduta bem como a promoção de um ambiente laboral que privilegie práticas e processos de decisão eticamente responsáveis³⁴.

Considerações finais

Os sistemas de IA, ou apenas IA, são apenas isso: instrumentos. Tal como as pontas-de-seta³⁵ foram, num dia perdido no tempo, a tecnologia mais avançada criada pelo ser humano. Sim, estamos longe desse dia, mas a lógica mantém-se. A IA, *de per se*, não é boa nem má. Não é ética ou desprovida de ética. É apenas um instrumento cujo resultado depende exclusivamente do tipo de utilização que dele se fizer³⁶. É no comportamento humano que reside, em *ultima ratio*, a decisão sobre o tipo de utilização a atribuir: seja o comportamento do matemático que elaborou o algoritmo, do programador do sistema ou muito simplesmente do cidadão comum. Assim, a utilização da IA, enquanto instrumento, pelo cidadão comum deverá, antes do mais, traduzir-se num comportamento informado e educado³⁷ sobre todas as capacidades, alcance e implicações

³² DWORKIN, Ronald (2020) – *Justiça para ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. 1.^a ed. Coimbra : Almedina. P. 74-78.

³³ DWORKIN, Ronald (2020) – *Justiça para ouriços...* p. 75.

³⁴ ROGERSON, Simon (2023) - *Ethical Digital Technology in Practice*. Boca Raton, London : CRC Press, Taylor & Francis Group. P. 206-207. Também, ROGERSON, Simon (2023) – *Imagine : Ethical Digital Technology for Everyone*. Boca Raton, London : CRC Press, Taylor & Francis Group. P. 30.

³⁵ Sobre a importância deste e de outros utensílios de pedra para os seres humanos, *vide, v.g.*, HARARI, Yuval Noah (2011) - *Sapiens : História breve da Humanidade*. Trad. Rita Carvalho e Guerra. 26.^a ed. Amadora: Elsinore. P. 20-25.

³⁶ PINTO, Paulo J. (2024) - *A inteligência artificial*. Aula aberta sobre Inteligência artificial, na unidade curricular de Metodologia da Investigação e Tecnologias da Informação. 13 de dezembro 2024, Auditório 2. Lisboa : Universidade Lusíada – Centro Universitário de Lisboa. (comunicação oral).

³⁷ O conceito de educação aqui entendido enquanto aquisição de competências e atitudes adequadas aos desafios do séc. XXI. Friedman destaca quatro competências e

da IA, procurando evitar que, por exemplo, o aparente antropomorfismo destes sistemas possa, eventualmente, manipular o comportamento humano³⁸. Por outro lado, a utilização da IA, enquanto instrumento, pelos seus criadores, deverá procurar corresponder à Dignidade da Pessoa Humana, acolhendo, *v.g.*, recomendações sobre princípios e ética da IA para a promoção da justiça, da democracia, da coexistência pacífica e da sustentabilidade, aqui entendida no sentido de preservação das condições básicas para a manutenção e desenvolvimento dos organismos vivos, em particular, da vida humana no planeta Terra...³⁹.

Referências

- ANTUNES, João Lobo (2016) – *Ouvir com outros olhos: ensaios*. 4.^a ed. Lisboa: Gradiva.
- BOUZON, Emanuel (2000) – *O código de Hammurabi*. 8.^a ed. Editora vozes: Petropolis.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2010) – *Admirar os outros*. 1.^a Ed. Coimbra: Ed. Almedina.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2016) – *Questões actuais da Ciência Jurídica: Seminário de doutoramento em Direito*. Comunicação oral. s.d. Lisboa: Universidade Lusíada de Lisboa.
- DAMÁSIO, António (2017) – *A estranha ordem das coisas: a vida, os sentimentos e as culturas humanas*. Trad. Luís Oliveira Santos e João Quina Edições. 1.^a ed. (Temas & Debates). Lisboa: Círculo de Leitores.
- DAMÁSIO, António (2020) – *Sentir & Saber: a caminho da consciência*. 1.^a ed. (Temas & Debates). Lisboa: Círculo de Leitores.

atitudes fundamentais para a pedagogia no séc. XXI: 1.^a “Aprender como aprender”, ou seja, estar em constante aprendizagem e procurar novas formas de realizar tarefas antigas ou novas; 2.^a “Paixão e curiosidade”, compreendendo que a paixão e curiosidade combinadas são mais valiosas para a aprendizagem do que apenas um quociente de inteligência elevado; 3.^a “Gostar de interagir com pessoas”, ou seja, gostar de interagir com pessoas e saber fazê-lo com empatia; 4.^a “Desenvolver o hemisfério direito do cérebro” na medida em que é responsável pela empatia, capacidade artística, busca do transcendente, ou seja, actividades que são dificilmente substituídas por IA que utiliza um raciocínio lógico e matemático, este da responsabilidade do hemisfério esquerdo. Conclui Friedman que fazer-se o que se gosta é, pois, uma estratégia de sobrevivência, *in* FRIEDMAN, Thomas L. (2007) – *O mundo é plano: uma história breve do século XXI*. 7.^a ed. actualizada e ampliada. Pref. João César das Neves. Trad. Carla Pedro. Lisboa: Actual Editora. P. 282-288.

³⁸ Questão também desenvolvida por MOLLICK, Ethan (2024) – *Co-inteligência : viver e trabalhar com IA*. Trad. Luís Gonçalves. 1.^a ed. Porto: Porto editora.

³⁹ Pelo menos, enquanto não existir outro planeta para ser habitado. Sobre estas e outras questões a solucionar numa viagem interestelar para outro planeta, *vide*, KAKU, M. (2018) – *O futuro da humanidade: terraformação de Marte, viagens interestelares, imortalidade e nosso destino para lá da Terra*. Trad. Isabel Fernandes e Fernanda Barão. 1.^a ed. Lisboa: Editorial Bizâncio. P. 243-267.

DWORKIN, Ronald (2020) – *Justiça para ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. 1.^a ed. Coimbra: Almedina.

HARARI, Yuval Noah (2011) – *Sapiens: História breve da Humanidade*. Trad. Rita Carvalho e Guerra. 26.^a ed. Amadora: Elsinore.

HARARI, Yuval (2024) – *Nexus: história breve das redes de informação: da idade da pedra à inteligência artificial*. Trad. Miguel Romeira. 1.^a ed. Lisboa: Penguin Random House Grupo editorial.

FIOLHAIS, Carlos (2024) – *Toda a física divertida*. Ed. integral, revista e actualizada. Pref. David Marçal. 1.^a ed. Lisboa: Gradiva.

FRIEDMAN, Thomas L. (2007) – *O mundo é plano: uma história breve do século XXI*. 7.^a ed. actualizada e ampliada. Pref. João César das Neves. Trad. Carla Pedro. Lisboa: Actual Editora.

INNERARITY, Daniel (2024) – *Artificial Intelligence and Democracy*. [Em linha]. UNESCO Office Montevideo: Montevideo. [Consult. 28 Set. 2024]. Disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000389736>

KAKU, M. (2018) – *O futuro da humanidade: terraformação de Marte, viagens interestelares, imortalidade e nosso destino para lá da Terra*. Trad. Isabel Fernandes e Fernanda Barão. 1.^a ed. Lisboa: Editorial Bizâncio.

MENDONÇA, José Tolentino (2024) – *O pequeno caminho das grandes perguntas*. Reimp. 2024 da edição de 2017. Lisboa: Quetzal. ISBN 978-989-722-411-9.

MOLLICK, Ethan (2024) – *Co-inteligência: viver e trabalhar com IA*. Trad. Luís Gonçalves. 1.^a ed. Porto: Porto editora.

PESSOA, Fernando (1997) – *Obras completas de Fernando Pessoa: Poemas de Alberto Caeiro*. Vol. III. (Colecção Poesia). 10.^a ed. Lisboa: Ática.

PINTO, Paulo J. (2024) – *A inteligência artificial*. Aula aberta sobre Inteligência artificial, na unidade curricular de Metodologia da Investigação e Tecnologias da Informação. 13 de dezembro 2024, Auditório 2. Lisboa: Universidade Lusíada – Centro Universitário de Lisboa. (comunicação oral).

RAWLS, John (2013) – *Uma teoria de justiça*. Trad. Carlos Pinto Correia. 3.^a ed. Lisboa: Editorial Presença.

ROGERSON, Simon (2023) – *Ethical Digital Technology in Practice*. Boca Raton, London: CRC Press, Taylor & Francis Group.

ROGERSON, Simon (2023) – *Imagine: Ethical Digital Technology for Everyone*. Boca Raton, London: CRC Press, Taylor & Francis Group.

ROVELLI, Carlo (2022) – *A ordem do tempo*. Trad. Silvana Cobucci. 1.^aed., 4.^a Republição. Penguin Random House : Lisboa.

ROVELLI, Carlo (2022) – *Sete breves lições de física*. Trad. Vasco Gato. 1.^a ed., 3.^a republição. Penguin Random House : Lisboa.

SILVA, Marta Martins (2024) – *Inteligência artificial: não pagam segurança social nem podem namorar*. *Revista Domingo*. 16350 (2024-04-07) 28-32.

TEIXEIRA, António Braz (2006) – *Sentido e valor do Direito: introdução à filosofia jurídica*. 3.^a ed. rev. e aumentada. (Estudos gerais; série universitária). Lisboa: INCM – Imprensa Nacional-Casa da Moeda.

WESTERLAND, Salla (2024) – *Reconstructing AI Ethics Principles: Rawlsian Ethics of Artificial Intelligence. Science and Engineering Ethics* [Em linha]. 30:46 (2024) 1-21. Springer. [Consult. 14 Out. 2024]. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11948-024-00507-y>.

A TEORIA DEMOCRÁTICA EM PAÍSES COM INSTITUIÇÕES INCIPIENTES

DEMOCRATIC THEORY IN COUNTRIES WITH INCIPIENT INSTITUTIONS

José Barracho Júnior¹

Álvaro de Souza Cruz²

DOI: <https://doi.org/10.34628/TKX1-JW86>

Resumo: Este artigo investiga a erosão constitucional como a sucessão de eventos que testemunhamos em diversos Estados ocidentais. A efetividade dos direitos fundamentais, a separação de poderes, a jurisdição constitucional, a regularidade das eleições e dos mandatos populares possibilitaram a perspectiva ocidental de que a democracia seria um regime político estabelecido, e que melhor preserva a liberdade, a propriedade e a igualdade. Os problemas globais que a democracia atualmente enfrenta reflete-se em países da América Latina, incluído o Brasil, possuindo, contudo, as singularidades de democracias recém instituídas, com características sociais, econômicas e políticas oriundas de formas autocráticas precedentes, o que torna mais complexa a tarefa de conter a erosão da Constituição.

Palavras-chave: Erosão constitucional; Constitucionalismo latino americano; Constitucionalismo brasileiro; Federalismo brasileiro; Jurisdição constitucional; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: *This article investigates constitutional erosion as a succession of events that we have witnessed in several Western states. The effectiveness of fundamental rights, the separation of powers, judicial review, regular elections and popular mandates have made possible a Western perspective that democracy would be the a safe political regime that would*

¹ Mestre e Doutor em Direito Constitucional. Master of Law pela Harvard Law School. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da PUCMinas. Advogado.

² Mestre em Direito Econômico; Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Realizou estudos de Pós-doutorado em Direito/História na UFMG. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da PUCMinas. Desembargador no Tribunal Regional Federal da 6ª Região.

best preserve freedom, property and equality. The problems that democracy faces globally are reflected in Latin American countries, including Brazil, which have, however, the singularities of newly established democracies, with social, economic and political characteristics originating from previous autocratic forms, which make the task of containing the erosion of the Constitution more complex.

Keywords: *Constitutional erosion; Latin american constitutionalism; Brazilian constitutionalism; Brazilian federalism; Judicial review; Federal Supreme Court.*

Sumário: 1. Introdução. 2. A recente erosão constitucional. 3. A experiência contra majoritária no Supremo Tribunal Federal. 4. Federalismo de democracia no Brasil. A concentração de poderes na União. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

Summary: 1. Introduction 2. Recent constitutional erosion 3. The anti-majoritarian experience of the Supreme Court. 4. The federalism of democracy in Brazil. The concentration of powers in the Union. 5. Conclusions. 6. Bibliographical references.

1. Introdução

A ideia de democracia nos Estados ocidentais consolidou-se nos últimos dois séculos a partir de institutos jurídicos e políticos essenciais.

A ordem jurídica fundada em uma constituição, a enunciação e garantia ao exercício de direitos fundamentais, a separação de poderes, a regularidade de eleições e dos mandatos, o pluripartidarismo, a deliberação majoritária e a garantia de liberdade para a oposição compuseram a complexa rede que por décadas amparou os propósitos democráticos.

O estertor do século XX, contudo, trouxe incertezas quanto à solidez desse sistema complexo. A rigidez das normas constitucionais foi flexibilizada em prol de dinâmicas econômicas, os direitos fundamentais sofreram limitações crescentes em nome da segurança, a jurisdição constitucional ampliou seu espectro político, a higidez de eleições e a certeza dos mandatos foi comprometida em alguns Estados, o pluripartidarismo fragmentou-se em frentes partidárias circunstanciais, o exercício da oposição sofreu diferentes formas de restrição.

A instabilidade do cenário democrático revelou-se mesmo nas democracias europeias e estadunidense, referências ocidentais para a plausibilidade dos institutos desse Regime Político. Os apuros democráticos atingiram não apenas a concretização de suas instituições em dados Estados ou circunstâncias, eventos insuficientes para descredenciá-la como a melhor opção jurídica e política, mas tem corroído a própria ideia de democracia.

Ao atingir essa dimensão intelectual, a própria ação democrática perde vigor, maximizando os riscos de soluções provisórias, restritivas da liberdade.

Por outro lado, a degradação do ideário democrático é sentida de modo mais profundo em Estados nos quais seus alicerces ainda estão em construção, posto que a solidez de seus princípios oscila com maior intensidade em regiões do ocidente como a América Latina e a África.

O objetivo do presente artigo é argumentar no sentido de que a novidade representada pela crise democrática na Europa e nos Estados Unidos, por atingir a ideia de democracia em si, agrava um quadro de instabilidade já vivido fora desse eixo. Além disso, pretendemos demonstrar que a novidade que assola as democracias mais avançadas é uma velha conhecida em Estados de democracia incipiente, o que pode significar uma vantagem, visto que o enfrentamento de problemas similares está em curso há mais tempo, tornando possível o aprendizado pela experiência negativa.

2. A recente erosão constitucional

No ocidente vamos nos concentrar nas mazelas da democracia americana. Nesse sentido, está claro que o jogo democrático impõe derrotas. A regra é aceitar a vitória do adversário e renunciar ao exercício do poder. O ritual desse reconhecimento é indispensável. Contudo, o 6 de janeiro no Capitólio americano e o 8 de janeiro na praça dos 3 poderes em Brasília atestam justamente o inverso: o risco de erosão democrática é real! Perceber que a derrota não é o fim do mundo e que a mesma traz aprendizados para futuras conquistas precisa urgentemente crescer como uma ideia força para revigorar a democracia.

No Brasil, a sequência de mandatos do Partido dos Trabalhadores impõe certa dificuldade à concretização dessa ideia pelo receio difundido de que “o sistema” impedirá a vitória da direita. Logo, uma eventual reeleição de Lula pode ser vista por muitos como uma ameaça existencial levando ao desespero. Cenas vistas em dezembro de 2021, com milhares de pessoas pedindo uma “intervenção militar”, podem novamente se reproduzir exponencializando o risco de erosão democrática.

Steven Levitsky e Daniel Ziblatt³ denunciam o uso indevido de dispositivos constitucionais para matar a democracia. É fato a existência de parcela significativa do eleitorado sensível à xenofobia. Os *red neck* americanos (brancos e pobres) são particularmente adeptos de um endurecimento de políticas migratórias. A recente vitória republicana assistiu ao discurso do presidente, Donald Trump, arengar sobre uma massiva deportação de imigrantes da história. Na Europa, França, Inglaterra, Suíça, Alemanha e Itália assistem o crescimento de partidos extremista.

³ LEVITSKY, Stecen; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro, editora Zahar, 2018.

O *hardball* (Mark Tuchnet) constitucional tem favorecido o retrocesso democrático. Victor Orbán usou de uma fictícia ameaça muçulmana para atingir seu desejo: praticamente inviabilizar a oposição. Expurgo e preenchimento de vagas em tribunais, incluindo um afastamento de András Baka, que é a despeito de ter sido membro efetivo da corte europeia de direitos humanos, não tinha 5 anos de exercício da magistratura na Hungria e, portanto, foi destituído do cargo por se opor à xenofobia legal. Um total de 274 juízes perderam seus cargos. Cerca de 1000 funcionários da mídia oficial também foram exonerados. Judiciário e a mídia foram controlados.

Pior: a comissão eleitoral super dimensionou distritos eleitorais rurais leais ao governo e sub representou redutos urbanos. Tal como ocorreu por décadas em distritos eleitorais favorecendo brancos em detrimento de negros no sul dos Estados Unidos. Essa prática, denominada de *Garrymandering*, obriga hoje que a oposição tenha cerca de 300.000 votos a mais do que o partido de Orbán (Fidesz) para lograr a maioria parlamentar. Algo semelhante ao que ocorre com a eleição presidencial americana, pois o colégio eleitoral privilegia estados pequenos, particularmente do meio Oeste (pouco denso Populacionalmente por questões geográficas e climáticas) que são marcadamente conservadores. Isso possibilitou vitórias republicanas de Bush e a primeira de Trump (não esta que aconteceu agora em 2024). Com inferior de votos a Hillary Clinton.

A origem da eleição indireta via de um colégio eleitoral não foi fruto de uma inauguração teórica. Foi uma imposição de delegados sulistas que “desconfiavam do povo”, pois, na época, oferecia vantagens para estados menos densamente povoados.

Obviamente o fenômeno de sub e sob representação parlamentar ocorre tanto lá quanto no Brasil. Um eleitor do Acre “vale” mais na representação da Câmara dos Deputados do que um eleitor paulista. O mesmo ocorre para o Senado, pois ambos Estados ofertam um número idêntico (3) de senadores. Isso se repete nos Estados Unidos, mas a gravidade da situação americana é maior, pois a maioria dos votos fica condicionada ao número de representantes que cada estado oferece ao seu colégio eleitoral para a eleição presidencial.

E por que essa regra não é alterada? Sobre o aspecto formal o Senado opera para alterações legislativas ordinárias sob a exigência de supermaioria (75%) de votos que bloqueia permanentemente alterações legislativas apoiadas por maiorias. E, alterações legislativas, e no caso esse *filibuster* é acrescido nas 2 casas parlamentares na hipótese de mutação constitucional, exigindo 2/3 em cada uma, além do apoio de 3/4 dos estados americanos. Sobre o aspecto contetudístico, dificilmente uma proposta dessa natureza lograria maioria pelo apelo aos costumes e ao respeito

originalista à posição dos pais fundadores da América em sua relação a permanência do colégio eleitoral.

Se o Brasil vive problemas com econômico sobre população de baixa renda, os Estados Unidos vivenciam problemas graves com design institucional. E ambos são afetados pela política quântica denunciada por Giuliano Da Empoli na obra *Engenheiros do Caos*⁴. Pessoas são “dominadas” pelos algoritmos da internet nos quais a mentira entre aspas (*fake news*) é repassada/compartilhada muito mais rapidamente do que é mentira. A concepção de Stuart Mill que o livre mercado de ideias possa expurgar a mentira e o discurso do ódio enfrenta um novo e visceral desafio. Byung-Chul Han⁵ sustenta ver uma “sociedade do cansaço” no qual os indivíduos aderem irrefletidamente a ideias depondo seu arbítrio/autonomia individual. A aderência a grupos/bolhas de pensamento interdita a velha ação comunicativa de Habermas⁶ impedindo consensos e amplificando o abismo da polarização. E a defesa incondicional da “liberdade de expressão” facilita a erosão democrática assumindo a face do que David Landau designa por constitucionalismo abusivo⁷.

O presidencialismo de coalizão desenhado por Sérgio Abrantes ganha nova coloração na última década. A construção de emendas orçamentárias compulsórias, o federalismo e a atonização partidárias são elementos dificultadores da relação entre os Poderes Executivo e Legislativo brasileiros que em boa medida não existe nos Estados Unidos.

Contudo, o peso do Judiciário em ações contra majoritárias é um fenômeno de todo o ocidente. Nos Estados Unidos, a alternância de cortes ora dominadas por conservadores, ora por liberais, ocorre há mais de 150 anos. Mas por lá o argumento “federalista” amplia o problema. Bom exemplo foi o *overruling* da permissão do aborto concedida em 1973 no histórico caso *ro* Vs Wade. A corte reconheceu em *Dobbs Vs Jackson Women’s Health* a competência dos Estados-membros para legislar sobre o tema, abrindo espaço para que estados conservadores do meio Oeste do Sul, como Wyoming, Tennessee e Carolina do Sul passassem a proibir inteiramente a prática.

⁴ DA EMPOLI, Giuliano. *Os engenheiros do Caos* São Paulo Vestígio, 2019.

⁵ HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: Editora Âyné, 2018.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madri: Editorial Trotta, 2010.

⁷ LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. UC Davis Law Review, [s. l.], v. 47, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2244629>. Acesso em: 8 novembro de 2024.

3. A experiência contra majoritária no Supremo Tribunal Federal

A ideia de jurisdição constitucional como garantia de exercício da oposição e proteção às minorias é um dos pilares da experiência democrática ocidental.

Os excessos no exercício dessa função, porém, é uma preocupação frequente, tanto em democracias avançadas, quanto nas incipientes.

Entre 1903 e 1937, os Estados Unidos experimentou a denominada *Lochner Era*, o ponto culminante do *Substantive Due Process*.

Neste período foram declarados inconstitucionais diversas leis estaduais, particularmente quanto versavam sobre direitos dos trabalhadores.

A orientação jurisprudencial foi duramente criticada na década de 1930, sendo parcialmente abandonada a partir de 1937, em um ambiente de restauração da separação de poderes, tanto na vertente horizontal quanto na vertical.

A doutrina do *Substantive Due Process* não foi abandonada, mas o recurso a ela atenuou-se bastante, mesmo em momentos controvertidos como o da *Warren Court* (1953 a 1969).

O caráter contra majoritário da jurisdição constitucional teve seus contornos redefinidos, com maior deferência às decisões dos legisladores estaduais.

Os institutos democráticos estadunidenses venceram as vicissitudes da assimilação de direitos trabalhistas em um país de economia liberal, fomentando a crença na ideia de democracia.

A experiência brasileira na esfera da natureza contra majoritária da jurisdição constitucional enfrenta, há tempos, dificuldades maiores.

Em 15 de novembro de 1974 foram realizadas eleições para o Congresso Nacional. O partido oposicionista Movimento Democrático Brasileiro – MDB obteve 161 das 364 cadeiras na Câmara dos Deputados (44%) e 16 das 22 vagas colocadas em disputa no Senado Federal (72%).

Nas eleições anteriores, realizadas em 1970 sob a égide do Ato Institucional n. 5⁸, a Aliança Renovadora Nacional – ARENA, partido de sustentação do governo militar, conquistou a maioria das vagas nas duas casas do Congresso Nacional.

A novidade no equilíbrio majoritário do Poder Legislativo coincide com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 1975, publicada em 1977, no Processo Administrativo n. 4.477/72, relatada pelo Ministro Moreira Alves.

⁸ Os Atos Institucionais foram atos normativos supra-constitucionais característicos do regime militar brasileiro. O AI-5 restringiu o exercício de diversos direitos fundamentais assegurados pela Constituição de 1967, e precedeu a Emenda Constitucional n. 1 de 1969.

A matéria em pauta era a necessidade de suspensão, pelo Senado Federal, da execução de lei federal declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em Representação de Inconstitucionalidade.

Essa ação de jurisdição constitucional abstrata, atualmente denominada Ação Direta de Inconstitucionalidade, foi introduzida no Direito brasileiro pela Emenda Constitucional n. 16 de 1965⁹, possibilitando a pronúncia de inconstitucionalidade de lei federal.

Os rudimentos da jurisdição constitucional abstrata no Brasil remontam à Constituição de 1934, quando foi pela primeira vez prevista a ação direta interventiva (art. 12), a qual estava restrita ao juízo de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais.

A mesma Constituição de 1934, em seu artigo 91, inciso IV, instituiu como competência do Senado Federal a suspensão total ou parcial da execução de lei, ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Esse instituto possuía dupla função: a suspensão da execução de lei, ato, deliberação ou regulamento estadual declarado inconstitucional na ação interventiva, bem como a mesma suspensão quando declarada inconstitucional lei federal, aqui por meio do controle difuso e concreto. Nesse último caso, a inconstitucionalidade declarada concretamente pelo Poder Judiciário, passaria a ter efeitos para todos, caso assim decidisse o Senado Federal.

Essas inovações trazidas pela Constituição de 1934 foram distorcidas na Constituição de 1937. Contudo, a promulgada em 1946 restabeleceu o papel tanto da ação interventiva quanto da suspensão da execução total ou parcial de lei pelo Senado Federal, o que também vamos identificar na Constituição de 1967, mesmo após a Emenda Constitucional n. 1 de 1969.

Ocorre que entre as Constituições de 1946 e a de 1967 houve exatamente a promulgação da Emenda Constitucional n. 16/65, a que criou a jurisdição constitucional abstrata de lei federal no país, e a pertinência do exercício da competência do Senado Federal para suspensão da execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em Representação de Inconstitucionalidade tornou-se tema privilegiado no debate publicístico nacional.

⁹ A Emenda Constitucional n. 16/65, promulgada um ano após o golpe militar de 1964, é, por si, um tema de interesse ao objeto do presente estudo. Porém, a análise do contexto e das consequências da promulgação dessa Emenda exigiria uma importante digressão, o que, tratando-se de um artigo, não seria recomendável. Por tal motivo, fazemos apenas uma sugestão bibliográfica: VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Alfredo Buzaid¹⁰ considerava a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de lei federal declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal uma prerrogativa facultada ao órgão legislativo, opinião acompanhada por diversos doutrinadores e, majoritariamente, pela jurisprudência do Supremo. Os efeitos subjetivos da decisão de inconstitucionalidade de lei federal estariam restritos às partes, podendo o Senado Federal ampliar tais consequências, suspendendo a execução da lei, quando o considerasse conveniente e oportuno.

No caso da ação interventiva, estando em pauta lei ou ato normativo estadual, a decisão do Supremo Tribunal Federal teria efeitos subjetivos em relação a todos, *erga omnes*, e o ato do Senado Federal uma natureza promulgadora.

Não obstante, a matéria tornou-se controvertida após a instituição da jurisdição constitucional abstrata de lei federal em 1965.

Nos primeiros anos de vigência da Representação de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal manteve a rotina dos anos anteriores, enviando ao Senado as decisões proferidas em ações interventivas e em ações de jurisdição constitucional concreta (incluídas as de leis federais), acrescentando ao mesmo protocolo as decisões proferidas na jurisdição constitucional abstrata de leis federais.

A matéria, entretanto, era controvertida, deveria o Supremo Tribunal Federal remeter ao Senado Federal mesmo as decisões proferidas em sede de jurisdição constitucional abstrata de lei federal? Não estariam essas decisões além do alcance do disposto no artigo 42, inciso VII, da Constituição de 1967, emendada em 1969?

Em 1972 o Supremo Tribunal Federal instaurou um Processo Administrativo para decidir sobre a matéria.

A via estabelecida, processo administrativo, que tem natureza interna, é duvidosa.

Estando em questão uma competência privativa do Senado Federal, conforme dispunha o artigo 42, inciso VII, do texto constitucional então vigente, necessariamente entraria em jogo a separação de poderes estatuída no artigo 6º.

O processo administrativo comporta matérias *interna corporis* da Corte Suprema, e a deliberação sobre a extensão da competência privativa de um órgão legislativo está além desta alçada.

Um processo de natureza judicial, no qual houvesse uma interpretação do alcance do artigo 42, inciso VII, após a criação da Representação de

¹⁰ *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª edição, São Paulo:Saraiva, 1986.

Inconstitucionalidade, permitiria a única via constitucional e democrática para solução da controvérsia, mas este não foi instaurado.

Se houve um problema quanto ao meio empregado pelo Supremo Tribunal Federal para solucionar o confronto, por outro lado o contexto em que a decisão proferida em 1975 ocorreu também suscita lacunas quanto ao seu caráter constitucional e democrático.

A tese desenvolvida pelo relator, ministro José Carlos Moreira Alves, é sem dúvida consistente.¹¹

Ao instituir a Representação de Inconstitucionalidade de lei federal em 1965, a jurisdição constitucional no Brasil assumiu um caráter híbrido¹², consagrando simultaneamente institutos inerentes aos modelos estadunidense e austríaco de jurisdição constitucional.

No modelo austríaco, a jurisdição constitucional abstrata resultante na declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo tem efeito *erga omnes*, efetivando a atividade do legislador negativo.

Ainda que consistentes esses argumentos sob o ponto de vista doutrinário, o processo que os consagrou é frágil, tanto sob o ponto de vista formal quanto material.

Formal pelo tratamento do tema como uma questão *interna corporis* do Supremo (processo administrativo), quando na realidade afetou o rol taxativo de competências privativas do Senado, e material porque, conquanto consistentes os argumentos expendidos pelo ministro Moreira Alves, o hibridismo não conduz necessariamente a esse resultado, o pronunciamento do Senado Federal sustentar-se-ia precisamente porque não adotamos o modelo austríaco *tout court*, mas sim um modo de jurisdição constitucional abstrata, sem que fosse instituída uma corte constitucional.

Por fim, é importante lembrar que a decisão administrativa do Supremo coincide com a vitória da oposição nas eleições para essa casa legislativa, assumindo um sentido contra majoritário às avessas, ou seja, a oposição teve comprometida a sua capacidade de influência no processo político, em decorrência da restrição à competência da casa legislativa em que melhor poderia exercer o seu papel.

A via imprópria (administrativa), aliada à mudança na composição política do Senado são indicativos da fragilidade institucional que carac-

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹² A expressão utilizada pelo ministro Moreira Alves é controle de constitucionalidade misto. Preferimos falar em jurisdição constitucional híbrida porque a expressão controle de constitucionalidade compreende também o que Mauro Cappelletti (*Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, 2ª ed, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984) designa por controle político de constitucionalidade.

teriza o Estado brasileiro há muitas décadas, remontando a um período em que diversos autores europeus e norte-americanos identificavam uma inabalável solidez intrínseca na ideia de democracia.

Os percalços na América Latina, e no Brasil em particular, são evidentes, não sendo apropriado pensar que as antigas bases do Estado democrático estejam sendo abaladas, posto que essas bases nunca foram estabelecidas solidamente.

4. Federalismo e democracia no Brasil. A concentração de poderes na União

República, federalismo e democracia são conceitos entrelaçados na experiência estadunidense.

Como demonstra Tocqueville¹³, não apenas os teóricos franceses, mas também a experiência pública comunitária na Nova Inglaterra, forjaram as instituições consagradas na Constituição dos Estados Unidos da América.

A construção de uma grande república propugnada nos Artigos Federalistas¹⁴ estruturou-se a partir das organizações coletivas locais nas colônias em que preponderavam a pequena propriedade rural e o trabalho familiar, ao contrário das colônias do sul, latifundiárias e escravagistas.

A precedência da esfera pública instituída nas colônias do nordeste, emancipadas a Estados soberanos com a independência, permite a conformação das instituições republicanas e democráticas estabelecidas na Convenção da Filadélfia, ao mesmo tempo em que assegura a condição autônoma de modos políticos estabelecidos antes da Constituição.

A edificação da República, assim como da democracia em âmbito nacional, observa nesse sentido um movimento centrípeto, tornando interdependentes os três institutos fulcrais dos Estados Unidos da América.

Os problemas enfrentados pela democracia estadunidense no século XXI¹⁵ revelam que esses institutos não são inabaláveis, mesmo em uma democracia até então pensada como a maior e das mais exemplares do planeta.

A sustentação da República, da democracia e da federação entrelaçadas, talvez a curto e médio prazo, parece possível, porém, a corrosão provoca preocupações relevantes a longo prazo.

¹³ *A democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

¹⁴ *Os artigos federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.

¹⁵ Particularmente a endogenia que caracteriza movimentos contrários à escolha do Presidente pelo Colégio Eleitoral (2020) e as mais recentes manifestações contrárias à aceitação de uma eventual derrota do candidato do Partido Republicano (2024), é a evidência de condições impensáveis na paradigmática experiência estadunidense.

A experiência Latino Americana, e a brasileira em particular, é bastante diferente, não obstante a consagração dos mesmos institutos, a república, a federação e a democracia.

República e federação surgem formalmente no mesmo período da história brasileira, o movimento de novembro de 1889, mas alimentadas por forças políticas distintas, eventualmente até contraditórias.

O projeto republicano era frágil, o que revelava a recorrente limitação dos votos populares dirigidos ao Partido Republicano. No entanto, era uma alternativa plausível para um projeto conservador, desconfiado da ascensão de uma mulher ao trono e ansioso pela hegemonia da oligarquia militar emergente.

O federalismo, por sua vez, também atenderia aos anseios de oligarquias tradicionais, ainda que decadentes. O movimento centrífugo de instituição de nossa federação caracterizou-se por uma república sem povo e uma federação sem Estados.

A centralização política a partir da década de 1920 foi uma consequência previsível, com reflexos até os dias atuais, e a análise da federação brasileira após a promulgação da Constituição de 1988 endossa essa afirmativa.

Na construção desse argumento, destacamos inicialmente o paradoxo entre o desenho federativo de 1967, mesmo após a Emenda n. 1 de 1969, e a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal à repartição de competências concorrentes após 1988.

Na Constituição anterior, a competência dos Estados era reservada ao que não lhes fosse, implícita ou explicitamente, vedados pelo texto constitucional, conforme o artigo 13, § 1º.

A Constituição de 1988 manteve a competência reservada, ou residual, no artigo 25, § 1º. Contudo, trouxe expressiva novidade ao estabelecer competências legislativas enumeradas aos Estados no artigos 24, impondo a limitação da União à edição de normas gerais, o que deveria significar uma descentralização federativa.

Não foi o que se constatou nas duas primeiras décadas de vigência da Constituição.

Uma ilustração relevante desse paradoxo foi a instituição pioneira de normas de proteção ao meio ambiente e combate à poluição pelos Estados da federação, quando vigente a Constituição de 1967.

Enquanto a União permaneceu quase omissa na edição de normas sobre essa matéria até 1981, quando foi editada a Lei n. 6.938, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, os Estados, amparados no mencionado artigo 13, § 1º, e na inexistência, no artigo 8º, de competência enumerada à União em matéria ambiental, promulgaram, desde 1973, diversas leis e

regulamentos convergentes às diretrizes da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo em 1972.¹⁶

A Constituição superveniente, a de 1988, dispõe dentre as competências enumeradas a defesa do meio ambiente e o combate à poluição, nos termos de seu artigo 24, que preceitua como competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI).

A enumeração referida acima, aliada à limitação imposta à União para edição de normas gerais e à previsão da competência concorrente cumulativa, deveria expandir a órbita de atuação dos Estados nessas matérias, o que, contudo, não se verificou, particularmente em virtude da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Dentre diversas decisões relevantes para nossa hipótese, devemos apontar a proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.623-2 – ES. Estava em questão a lei estadual que proibia o plantio de eucalipto para fins de produção de celulose, o que poderia ter como fundamento o citado artigo 24.

Subestimando o conceito de função sócio-ambiental da propriedade, o Supremo Tribunal Federal declarou a lei estadual inconstitucional, fundamentando sua decisão em uma concepção clássica do direito de propriedade, e evocando a competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil.

A República Federativa que promulgou a Constituição de 1988 viu retroceder a competência dos Estados em matéria ambiental, atendo-se a conceitos jurídicos tradicionais e incapazes de absorver as escolhas de um trabalho constituinte realizado às vésperas do século XXI.

Ainda que a matéria ambiental seja especialmente sensível ao objeto desse artigo, vamos também considerar as vicissitudes da jurisprudência do Supremo sobre direitos do consumidor, tanto porque caminham na mesma linha de suas decisões sobre Direito Ambiental, como porque igualmente revelam o descompasso entre o texto promulgado democraticamente e a interpretação que lhe conferiu esse Tribunal.

Na decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2 – PR, o Supremo Tribunal Federal analisou a inconstitucionalidade da Lei

¹⁶ No capítulo *As transformações na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e seus impactos nas políticas públicas de saúde* (In: BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de O. e PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. *Os 35 anos da Constituição de 1988: entre progressos e fissuras democráticas*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023) elencamos diversos exemplos de leis estaduais ambientais anteriores a 1981.

Estadual nº 10.248/93, do Estado do Paraná, que dispunha sobre a obrigatoriedade de pesagem, pelos estabelecimentos que comercializarem GLP – Gás Liquefeito de Petróleo, à vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão ou cilindro entregue e também do recolhido, quando procedida a substituição, matéria afeta a produção e consumo, definida como competência concorrente pelo artigo 24, inciso V.

O ministro relator, ao decidir pela inconstitucionalidade, afirmou que “o mecanismo de distribuição do gás liquefeito, até hoje submetido a regramento uniforme em todo o país, possa admitir variações regionais, impostas em nome da proteção do consumidor, cujos problemas, parece, hão de ter, no setor de que se cuida, soluções nacionais.”

Apesar da assertiva de que haveria usurpação de competência privativa da União, no mesmo passo a decisão não afasta como objeto da Lei estadual impugnada a produção e o consumo, sob a perspectiva particular da proteção ao consumidor. Não obstante, sem fundamentar e sequer suscitar, afasta a aplicação do § 3º do artigo 24, o qual está exatamente a dispensar um regramento nacional para exercício da competência concorrente pelos Estados.

Conforme dissemos no livro acima indicado:

Após exaustiva pesquisa, não encontramos, desde a promulgação da Constituição de 1988 até o ano de 2015, sequer uma decisão que, sopesando normas, valores e fatos, resultasse na prevalência da competência estadual sobre a federal no âmbito de matérias concorrentes.

Em que pese haver questões afetas à competência legislativa dos Estados – a proteção ao meio ambiente, o combate à poluição, a defesa do consumidor, dentre outras –, o Supremo Tribunal Federal entendeu repetidamente que a matéria constante de leis estaduais editadas no âmbito da competência concorrente invadia a seara do Direito Civil, esta não conferida ao Direito estadual.¹⁷

A ausência de decisões a reconhecer a constitucionalidade de leis estaduais promulgadas com fundamento no artigo 24 termina por revelar uma disposição reiterada do Supremo Tribunal Federal em privilegiar a competência da União em detrimento dos Estados, sempre que houver superposição de temas enumerados nos artigos 22 e 24.

O entrelaçamento entre os conceitos de república, federalismo e democracia é expresso no artigo 1º da Constituição brasileira, ao estabelecer que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Observa-se, contudo, a fragilidade isolada de cada um desses institutos e, por consequência, um entrelaçamento que não se torna efetivo.

¹⁷ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de O. e PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. *Os 35 anos da Constituição de 1988: entre progressos e fissuras democráticas*.

5. Conclusões

As diversas teorias sobre a democracia foram desenvolvidas a partir de experiências e ideias que tiveram lugar na Europa ocidental e na América do Norte.

As virtudes próprias a essas teorias possibilitaram o trânsito do pensamento democrático em outras regiões do planeta. A circulação de tais ideias, contudo, proporcionou assimilações assimétricas, condicionadas pelas características sociais, econômicas, políticas e jurídicas inerentes a cada Estado soberano em que os institutos definidores da democracia foram adotados.

A América Latina, e o Brasil em particular, têm vivências próprias, onde o pensamento democrático e o modo autocrático das relações institucionais coexistem, gerando há muitas décadas paradoxos desafiadores.

A crise enfrentada pelas instituições democráticas nos países em que elas melhor se efetivaram deflagra a erosão do pensamento democrático, com reflexos significativos onde são incipientes suas instituições.

Por outro lado, por conviverem há longo tempo com os paradoxos da democracia, a América Latina e o Brasil buscam desde a emancipação soluções, tanto práticas quanto teóricas, em prol da afirmação do ideal democrático, o que pode significar uma contribuição relevante para desafios que são novos em democracias tidas até há pouco como sólidas.

6. Referências

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de O. *As transformações na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e seus impactos nas políticas públicas de saúde*. In: BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de O. e PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. *Os 35 anos da Constituição de 1988: entre progressos e fissuras democráticas*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.

BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1986.

CAPPELLETTI, Mauro. *Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, 2ª ed, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SILVA, Diogo Bacha e; GIBSON, Sérgio Armanelli. *A linguagem do ódio: a democracia em risco*.

DA EMPOLI, Giuliano. *Os engenheiros do Caos* São Paulo Vestígio, 2019.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madri: Editorial Trotta, 2010.

HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2018.

LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. UC Davis Law Review, [s. l.], v. 47, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2244629>. Acesso em: 8 novembro de 2024.

LEVISTSKY, Stecen; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro, editora Zahar, 2018.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Rio de

Janeiro: Nova Fronteira, 1987.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ESTADO DEMOCRÁTICO E INSTITUIÇÕES JURÍDICAS E POLÍTICAS. NOVOS PARADIGMAS OU REORGANIZAÇÃO DE CONCEITOS? CONTRIBUTOS DA HISTÓRIA

DEMOCRATIC STATE AND LEGAL AND POLITICAL INSTITUTIONS. NEW PARADIGMS OR REORGANISATION OF CONCEPTS? CONTRIBUTIONS FROM HISTORY

José Duarte Nogueira¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/WF6R-B032>

Resumo: No século XXI, por motivos nem sempre claros e para os quais não há explicação unânime, por alguns caracterizados como modernidade, o Estado democrático parece ter entrado num processo de erosão que, paulatinamente, foi abrindo espaço a modelos que, sem deixarem de se reclamar de democráticos, foram transigindo com formas de exercício do poder mais disponíveis para componentes antes próximas do Estado não democrático. Estar-se-á perante uma modernidade capaz de deixar marca perene na evolução social e seu enquadramento jurídico tal como outras fizeram no passado? Ou tratar-se-á apenas de uma convulsão que o tempo irá apagar tal como também aconteceu já, bastando recordar o acto em larga medida falhado que o humanismo protagonizou no seu tempo, ao tentar reformular o conhecimento e difusão do direito romano na Europa? No presente texto carream-se alguns elementos que numa perspectiva histórico-jurídica sugerem poder estar-se perante uma convulsão de duração incerta, talvez longa, mas que pode não pôr em causa parte relevante do lastro civilizacional, filosófico, jurídico e político que o ocidente europeu foi construindo ao longo das centúrias, depois adoptado em outras partes do mundo.

Palavras-chave: Estado democrático; Estado liberal; Estado iliberal; Estado de Direito.

¹ Professor da Universidade Lusíada. Investigador integrado do CEJEIA (Universidade Lusíada).

Abstract: *In the 21st century, for reasons that are not always clear and for which there is no unanimous explanation, characterised by some as modernity, the democratic state seems to have entered a process of erosion that has gradually given way to models which, while still claiming to be democratic, have compromised with forms of exercising power more readily available to components previously close to the non-democratic state. Are we facing a modernity capable of leaving a lasting mark on social evolution and its legal framework, as others have done in the past? Or is it just a convulsion that time will erase, as has already happened, suffice it to recall the largely failed act that humanism played in its time, when it attempted to reformulate the knowledge and dissemination of Roman law in Europe? This text presents some elements which, from a historical and legal perspective, suggest that we may be facing a period of upheaval of uncertain duration, perhaps long, but which may not call into question the relevant part of the civilisational, philosophical, legal and political ballast that Western Europe has built up over the centuries, later adopted in other parts of the world.*

Keywords: *Democratic state; Liberal state; Illiberal state; Rule of law.*

I – Introdução

1. O interrelacionamento entre democracia, Estado de Direito, liberdade e ordenamento jurídico tem recebido na actualidade atenção redobrada. Parte não despendiendola da comunidade tinha-o até há não muito tempo por relativamente estabilizado. A democracia, entendida como modelo político que garante a todos os cidadãos a intervenção livre e plena em matérias de relevância fundamental atinentes à organização e funcionamento da sociedade, parecia indissociável do Estado de Direito², pois embora em tese este pudesse existir sem aquela e aquela não fosse garantia absoluta da vigência deste, tal ligação era vista como o elo probabilisticamente mais seguro para garantir a estabilidade social³. Por sua vez, o Estado de Direito era visto como a forma de organização social que melhor se ajustava ao valor liberdade, entendida como o poder que cada um tem de expressar licitamente a sua vontade em tudo o que não implicasse o constrangimento da vontade lícita dos outros, pelo simples motivo de que só o respeito pleno pela ordem juridicamente estabelecida a assegurava com plausibilidade. A concreta organização das regras que dirimiriam conflitos entre vontades distintas e definiriam prioridades ou hierarquias, quando a colisão ocorresse e exigisse intervenção externa, era o papel do ordenamento jurídico. A existência de um ordenamento fiável no qual a sociedade se revisse dependia da participação da sociedade e

² O governante não eleito, mesmo o que exerce o poder absoluto, pode garantir o cumprimento do Direito e vincular-se a cumpri-lo. Em suma, vincular-se a respeitar a decisão dos juízes, mesmo as desfavoráveis desde que nele enquadradas.

³ Naturalmente, desde que o governante se auto vinculasse, moral e eticamente a não usar a democracia para pôr em causa o próprio Estado de Direito.

esta só existia validamente se funcionasse numa base democrática. Como se se estivesse perante um círculo virtuoso que se autossustentava com base no equilíbrio entre as componentes.

É certo que o preenchimento dos conceitos envolvidos nem sempre era pacífico no meio académico, político e social que se revia genericamente neste equilíbrio. Todavia, em regra o debate não punha em causa as virtualidades do modelo, centrando-se mais na escolha do *iter* para obter o máximo possível de satisfação social e de progresso económico.

Contudo, é certo também que em segmentos da comunidade mundial, em particular nos que se enquadravam em modelos de feição autoritária ou ditatorial, aquele equilíbrio não era valorizado ao menos pelos que exerciam facticamente o poder. Em qualquer caso, raramente a desvalorização se fundava na contradita racional dos pressupostos do modelo. Algumas vezes tratava-se de situações apenas associáveis à negação primária de componentes suas; outras, de situações enquadradas por crenças metafísicas nas quais a racionalidade não lograva penetrar; outras ainda, de situações que embora se reclamassem dos mesmos conceitos e da racionalidade inerente, os preenchiam com conteúdos conducentes a soluções contrárias.

Mas, como em muitos outros segmentos se aceitava no essencial aquele equilíbrio, concebendo-se o ordenamento jurídico como produto de mecanismos democráticos, a ligação entre o jurídico e o político mantinha-se estável em torno da democracia. Favorecendo esta a liberdade e acreditando-se que tal valor correspondesse a um anseio tendencialmente universal, o sistema democrático liberal surgia como o vértice para o qual se tenderia naturalmente, independentemente da matriz mais ou menos intervencionista de cada concreta experiência. A dificuldade ou demora em atingir esse momento era entendida mais como fruto de circunstâncias patológicas ou contingências evolutivas, do que da probabilidade de a convicção assentar em equívocos. Tal como a doença se confronta expectavelmente com a cura à medida que o conhecimento é adquirido e a evolução se refina através da educação, também a democracia liberal – liberal porque valorizava como fundamental a liberdade – independentemente das suas variantes acabaria por prevalecer contra os sistemas autoritários. Seria uma questão de tempo ⁴.

⁴ A queda do muro de Berlim e a tentativa de Tian an Men em 1989 foram iniciativas, num caso com sucesso no outro não, que ilustrariam nas duas maiores potências mundiais não democráticas a ânsia de reorientação social no sentido democrático. Seguir-se-ia o fim da própria União Soviética em 1992.

2. No início do século XXI, depois de décadas de progresso social e económico no contexto europeu e em parte significativa do mundo democrático, começam a ocorrer pontualmente eventos que erodiam o processo evolutivo tal como imaginado, embora de início talvez sem disso haver clara percepção. Consubstanciavam linhas de actuação que depois adquiririam progressivamente maior consistência, nas quais a autocracia ou a democracia iliberal⁵ eram propostas ou surgiam como alternativa natural à liberal. Linhas estas nas quais se integravam componentes procuradas junto de conceitos como *povo*, *cidadania*, *república*, *fundamento do poder*, *poder judiciário* ou outros⁶, no que de cada um era útil para a respectiva envolvência. De modo por vezes dissimulado, recuperavam-se ocasionalmente formas de pensar que tinham feito o seu curso no passado, consideradas por muitos apenas já como testemunhos da diversidade idiossincrática humana. Em regra, afirmavam manter-se nos quadros democráticos em que haviam surgido, mas em qualquer caso abriam espaço a alguma dúvida sobre se a evolução social e política, tal como imaginada, não teria tido na base mais uma questão de fé do que uma evidência racional. Naturalmente, aos que se reviam na democracia liberal esta incerteza parecia perturbadora. Aos demais, àqueles que já se reviam em formas políticas diferentes, ditas patológicas ou de índole cultural, a perturbação

⁵ Mais tarde o conceito de democracia iliberal ganha projecção, criando um possível lastro de diferenciação entre Estado de Direito e democracia, ao dar primazia a esta. A democracia para este entendimento pode ser liberal ou iliberal. Já o Estado de Direito restringir-se-ia ao que cumpre o direito. A iliberal seria aquela que aceita o princípio da consulta ao povo, mas não assegura o pleno uso da liberdade, já que a condiciona a critérios e valores por si própria considerados de especial relevo para um determinado percurso. Como tal percurso não é necessariamente o que resulta da consulta livre aos cidadãos, considera lícito o uso de mecanismos conducentes a tal propósito, desde o judiciário ao populismo, passando por outros. Naturalmente o uso desses mecanismos não é facultado livremente aos cidadãos, estando apenas ao alcance do próprio poder que os usa para manter o rumo predefinido. Em última análise o uso da força faria parte dessa panóplia. Todavia tais situações já dificilmente permitiriam reivindicar o qualificativo de democrático, pelo que usualmente nas iliberais se está perante autocracias suaves, embora na realidade não sejam já democracias e sejam quase tão difíceis de reverter como as ditaduras.

⁶ *Povo* como conceito potencialmente excludente de alguns a quem o poder não reconhece a inserção na sociedade política; *cidadania* como conceito reversível em função de certos pressupostos definidos pelo poder; *república* enquanto único regime naturalmente identificável com a democracia plena; *fundamento do poder* como construção intelectual na qual a origem não é necessariamente pertença exclusiva do povo; *poder judiciário* como potencial impedimento ao pleno exercício do poder político por parte do executivo.

apenas vinha reforçar o desdém com que já viam tal entendimento.

Em face deste quadro, muitos dos que valorizam a democracia liberal têm procurado reflectir sobre o fenómeno, equacionando perguntas e racionalizando respostas. Entre outras, por relevantes identificamos algumas: a) Existirá uma alteração de paradigma no modo de pensar político das sociedades democráticas, ou o que se julgava serem desvios eram apenas manifestações desvalorizadas por uma certa arrogância intelectual? b) Terão ocorrido factos que potenciaram a difusão dos modelos iliberais ou não democráticos, tornando-os atractivos mesmo para parte do universo humano que neles se não parecia rever, explicando-se por aí a mudança? E, a ser assim, a atractividade não terá sido favorecida por algum desleixo na forma de cuidar da democracia, por excesso de confiança nas suas virtualidades? c) Estar-se-á perante uma ruptura no ciclo político evolutivo da humanidade com a qual se terá de aprender a viver- de algum modo comparável à inquestionável ruptura climática que se vive no século XXI - ou apenas perante uma oscilação pendular similar a outras já vividas no percurso histórico da sociedade em que o modelo cultural democrático ocidental moderno emergiu? d) A interferência do executivo no judiciário que se percebe ser uma das valências relevantes da nova realidade, é suficiente para pôr em causa a ideia de Estado de Direito, ou continua a poder falar-se de equilíbrio substancial a tal nível?

Não iremos debruçar-nos sobre todas. Ficar-nos-emos pela penúltima com algumas incursões na derradeira. Quanto àquela, porquanto convoca uma visão histórico-jurídica, sendo nosso entendimento que neste campo o passado disponibiliza dados que ajudam a compreender melhor o presente. Quanto a esta, porquanto incorpora um ponto frágil da democracia, qual seja a excepção do judiciário em relação ao modelo de base, o qual quando devidamente explorado no plano populista reúne potencial capaz de favorecer a transição para modelos iliberais.

3. A democracia é a justificação ideológica que suporta o exercício do poder político nos modelos em que o povo é dele considerado origem e detentor. Com raízes antigas, mas concebida com vocação universal a partir dos finais do século XVIII, só se consolidou e obteve aura de modernidade com a assimilação da ideia de *igualdade entre cidadãos* e de *correspondência entre povo e conjunto de cidadãos*. Contudo, no passado manifestações democráticas não correspondentes à hodierna, mas com similaridades, viveram épocas de pujança encantatória para os que as vivenciaram. Nas quais, tal como na actual parece hoje querer ocorrer, também a partir de certo momento se verificou perda de consciência da valia nelas ínsita, abrindo-se espaço a modelos não democráticos ou es-

cassamente democráticos. Vista deste prisma a realidade de hoje poderá corresponder a um momento do qual se aproxima uma fase de retrocesso, como se sob nova roupagem a História se esteja a repetir.

E de que modo se insere aqui a problemática do judiciário. O poder político exerce-se através da vontade do governante, seja pessoa ou ente colectivo e concretiza-se em normas. Independentemente do fundamento que lhe assiste, no seu concreto exercício depara sempre com dificuldades. Os sujeitos podem não acatar as normas, divergir sobre o modo de as aplicar na vida social, ou desencadear acções disruptivas que colocam em causa a comunidade. As divergências podem ser resolvidas pela força bruta, mas a instabilidade assim gerada leva geralmente as sociedades a preferirem a resolução pelo judiciário, o qual enquanto poder é indissociável do próprio Estado. Se este é democrático, o judiciário supostamente tem o respaldo do povo. Se não é, tem no mínimo o respaldo do titular do poder, actuando depois na prática num quadro semelhante.

No Estado democrático o judiciário é geralmente entendido como autónomo porquanto participa do mesmo fundamento do poder político em geral. No que em particular lhe respeita é, porém, possível distinguir situações em que o respaldo do povo é obtido directamente e situações em que é indirecto, mediado através de uma norma superior que o transfere para quem em concreto o exerce. Esta diferença não é uma minudência. Supostamente o directo estaria associado a uma forma mais perfeita de democracia. Todavia, o sistema mais frequente, em particular nos modelos democráticos modernos de ascendência europeia continental, é o outro. Importará tal dado uma desvalorização da democracia ou será irrelevante? Mesmo não sendo nosso propósito entrar a fundo neste campo, interessa reflectir sobre o motivo, ou o possível motivo pelo qual a segunda opção se tornou predominante nessa área geográfica. Excluindo a inelutabilidade, uma vez que em alguns Estados democráticos fora da área europeia continental a opção não foi a mesma, sem tal implicar um *deficit* de democracia, surge uma perplexidade. À primeira vista as duas alternativas são compatíveis com a democracia liberal. Todavia, na actualidade a relação entre executivo e judiciário adquire particular importância nos modelos que se reclamam, expressa ou facticamente, de tendência iliberal. Surge assim um dilema. Se o respaldo do povo ao judiciário nos Estados democráticos liberais pode ocorrer de duas formas, mas se a concepção iliberal investe preferentemente numa, isso só pode significar que existe potencial vantagem em tal opção.

Significará isso que, comparativamente, num sistema democrático pleno essa opção deve ser vista como menos fiável? Não necessariamente.

te. Pode apenas significar que é mais susceptível de aproveitamento por parte do executivo, quando este tem a intenção de o desvirtuar ou de fazer uma leitura desviante da separação de poderes. E presta o outro modelo judiciário garantias de segurança contra tal situação? Não necessariamente. Pode também ocorrer desvirtuamento quando o judiciário interfere abusivamente, favorecendo o que usualmente se designa como *governo de juízes*. Ambas as situações conduzem, no fundo, a uma conclusão que não sendo nova por vezes parece andar algo esquecida. O sistema democrático tem fragilidades que se tornam visíveis se, ou quando, o poder político é democraticamente entregue a quem dele se queira aproveitar para fins não democráticos, podendo inclusivamente conduzir à autocracia. A questão do judiciário, não sendo a única incorpora um desses casos. Como se percebe, a relação entre democracia e judiciário não é irrelevante.

Nas linhas seguintes partiremos de dados extraídos do percurso histórico em que se insere o relacionamento entre democracia e poder político. Para o efeito fixar-nos-emos em conceitos, ideias e áreas de intervenção do poder como as já referidas. O ponto de chegada é simples. Alguns dos conceitos que a este propósito nos envolvem e que agora estão aparentemente a ser questionados, contêm efectivamente um lastro que oscilou entre fases de pujança e de apagamento. A pretensa modernidade de que frequentemente surgem ornados não tem, portanto, sólido suporte histórico⁷. O ponto de partida será a divisão do percurso histórico em que podem ser vistos em época antiga, de transição e recente, às quais por simplicidade chamaremos *clássica*, *intermédia* e *moderna*.

II - Época clássica

4. É de conhecimento comum que as matrizes do direito vigente na maioria das democracias modernas de influência ocidental foram essencialmente três. Por ordem de importância, a romana, a canónica e a ger-

⁷ De certo modo serve aqui um entendimento que, em síntese, recorda que a maioria das soluções jurídicas actuais, em particular no campo civil, já em algum momento do passado foram pensadas. Embora com níveis de elaboração muito menos sofisticados foram intuídas e não raro aplicadas, seguindo-se épocas em que se tornaram quase invisíveis até voltarem a ser recuperadas e levadas a níveis de complexidade superior, sem, porém, a matriz anterior ficar apagada. No que respeita especificamente àqueles conceitos, não obstante a natureza predominantemente política que lhes assiste, em certa medida o mesmo se pode dizer. Sob terminologia e enquadramento diferente, deles encontramos traços em épocas diversas na sociedade ou na órbita do poder, junto de eruditos, juristas e políticos, umas vezes afirmando-se com plenitude e suscitando forte adesão em termos de percepção social, outras quase apagados.

mânica, ainda que a última não autorize ligação ao actual significado de germanismo, já que foi uma criação destinada a identificar povos que habitavam a Europa desde tempos imemoriais com os quais Roma contactava e depois em parte integrou⁸. Esta tripartição releva, já que a primeira preenche sensivelmente a época que denominámos clássica.

a) A *ideia de povo* que subsiste hoje tem origem no vocábulo *populus*. Poderia ter ido buscar o étimo grego, mas o que permaneceu foi o latino talvez porque era compatível com uma noção mais ampla de população. Embora de início numa perspectiva censitária, porquanto ligada à liderança associada ao *pater*, a cultura romana fazia corresponder o *populus* à população detentora de um acervo essencial de direitos políticos e civis. Exceptuavam-se escravos e estrangeiros, embora ambos fossem potenciais membros futuros do *populus*⁹. Inicialmente correspondente à generalidade dos que habitavam a cidade com as excepções assinaladas, o conceito foi depois estendido a todo o território estadual através da atribuição generalizada da latinidade ou cidadania a todos os que o habitavam.

Porque foi preferida esta terminologia nos tempos modernos quando o liberalismo introduziu o povo como elemento do Estado? Certamente

⁸ Na obra de Tácito conhecida como *Germania* tal sentido surge claramente. Refere-se este autor aos povos que habitavam para além do Reno, ou seja fora dos limites do Império Romano na terra genericamente designada como *Germania*, por ser ao tempo deste escritor considerada o solar habitado pelos Germanos. Todavia, sob esta designação caíam todas as tribos ou povos que ali viviam, muitos dos quais eram restos de migrações oriundas de locais distantes situados na Eurásia entre as planícies da Ucrânia, Rússia, Cáucaso e outros locais mais a sul e que viam no Império Romano o *Eldorado* onde tentavam entrar, tal como hoje a Comunidade Europeia ou os Estados Unidos constituem o objectivo último de muitos migrantes. Exemplificativamente, um desses povos era os Alanos, de origem iraniana e cujo destino final seria em 509 o território hoje situado na parte central de Portugal, onde depois se dissolveriam nos Vândalos enquanto povo, tendo em seguida em parte passado ao norte de África. A *Germania* de Tácito seria mais tarde associada à parte do Sacro Imperio Romano-Germânico que ficaria em poder de um dos filhos de Carlos Magno e que depois, associada à parte itálica do império carolíngio, constituiria o Sacro Império Germânico e que sob denominações diversas e múltiplas vicissitudes, já amputada da parte mais tipicamente alemã, chegaria até ao final da primeira guerra mundial como Imperio Austro-Húngaro. Por uma parte relevante da antiga *Germania* corresponder ao que hoje se designa de Alemanha em sentido lato, a identificação é frequentemente feita, todavia, sem correspondência rigorosa à realidade histórica.

⁹ Os estrangeiros podiam transformar-se em cidadãos através da concessão do estatuto correspondente ou do estatuto de latino. Em qualquer caso, mesmo na qualidade de estrangeiros tinham acesso ao direito romano através do *ius gentium* (direito das gentes), ainda que não do *ius civile* (direito civil). Os escravos por manumissão

por vários motivos. O *populus* romano era constituído por grupos sociais de contornos delimitados pelo acesso à riqueza ¹⁰, que com as devidas adaptações são aproximáveis dos que hoje se designam classes. Apenas o grupo senatorial, quantitativamente escasso, incluía uma componente hereditária. O facto de a maioria do *populus* estar integrado em grupos de tal natureza e as classes serem os grupos sociais que no século XVIII vieram substituir as ordens, poderá ter sido motivante, mesmo que inconscientemente ¹¹. Também, tal como hoje, ao indivíduo integrante do *populus* assistia a condição de cidadão independentemente da classe que integrava. O facto de a recepção do direito romano ocorrida na Europa após o século XI incorporar textos jurídicos em que o vocábulo surgia poderá ter sido também relevante. Todavia, se existisse incompatibilidade substancial entre o conceito clássico de *populus* e o moderno de povo, dificilmente teria tido preferência quando na véspera do constitucionalismo passou a integrar o léxico político.

b) A ponte entre o *populus* e o poder político era, portanto, a *condição de cidadão*. A cidadania adquiria-se por nascimento, manumissão, lei e concessão. Os principais modos de aquisição eram respectivamente o primeiro e o último. Embora com o tempo tenham ocorrido alterações, na época clássica era potencialmente cidadão o filho legítimo nascido de pais cidadãos¹², embora aquisição originária só se concretizasse se o *pater* o reconhecesse como *filius*. Dependia, pois, de decisão deste. Como a família era um organismo político, tratava-se no fundo de uma decisão política. Era também cidadão o indivíduo a quem o Estado outorgasse tal estatuto, podendo neste caso mediar um estágio intermédio no qual gozava já de alguns direitos políticos, designadamente o de votar. Esta forma intermédia transformou-se, aliás, até ao século III dC no principal meio de aproximar o estrangeiro da romanidade. Ora, na essência, a cidadania obtida deste modo tem semelhanças com a moderna obtida por concessão, na

¹⁰ Esses grupos eram pelo menos cinco. O primeiro, o dos senadores, tinha uma componente hereditária. Os cavaleiros dependiam de uma avaliação censória que implicava a detenção de certos meios e atributos. Os demais apoiavam-se em critérios timocráticos apenas. Todavia, as duas primeiras eram quantitativamente exíguas em relação ao conjunto da população.

¹¹ Para além das classes podem equacionar-se as ordens e as castas. Qualquer destas denominações identifica grupos sociais fechados ou tendencialmente fechados, residindo nesta vertente uma diferença relevante em relação à classe.

¹² Na época clássica eram cidadãos os filhos legítimos de pai e mãe de estatuto romano pleno. Se a mãe não tivesse tal estatuto, os filhos seguiriam em princípio o seu estatuto e não o do pai.

medida em que para a sua atribuição eram irrelevantes critérios culturais, religiosos, étnicos ou outros essencialmente pessoais. A obtenção através da lei acabava também por depender de critérios políticos, apenas a manumissão dependendo da vontade singular do manumitente. Em suma, a cidadania dependia essencialmente de uma decisão política do Estado ou do chefe da família ¹³ e concretizava-se na atribuição de direitos e deveres. A irrelevância de condicionantes pessoais para atribuir – facto raro nos povos da antiguidade – tornava a cidadania romana um modelo que prazia aos legisladores do constitucionalismo oitocentista.

c) A *ideia de república* que a cultura ocidental hoje perfilha é igualmente em larga medida romana e é através dela que se chega ao modelo democrático de governação ¹⁴. Porque motivo se pode estabelecer ligação entre a ideia republicana romana e a democrática moderna? A essência do modelo republicano radicou em Roma na luta de parte da população por acesso a direitos políticos e civis. Como a República garantia a participação do cidadão na vida pública e como cidadão era quem gozava dos direitos civis e políticos plenos, não existindo distinção em função dos grupos sociais, as duas realidades na prática confundem-se quando vistas da actualidade. Olhando-o nesta dupla vertente, percebe-se não só que o modelo republicano romano para além de ter fortes parecenças com o modelo moderno – em alguns casos ia mesmo mais longe – tinha como objectivo a minimização do risco de o mandato popular ser potencialmente enfraquecido.

Alguns exemplos. c1) *Implantação*. Tal como em muitos Estados modernos, a República surgiu em Roma por imposição popular em ruptura com o regime monárquico. Neste particular foi bem mais longe, pois não deixou espaço para qualquer vestígio do regime anterior ¹⁵. c2) *Poderes*. A divisão de poderes e sua distribuição por diferentes magistrados impõe-

¹³ A amálgama cultural resultante da concessão de latinidade e cidadania levantou problemas e para os minimizar os juristas imaginaram soluções. Trata-se de uma problemática também hoje não desconhecida dos países de forte imigração porquanto causa uma certa compartimentação difícil de ultrapassar.

¹⁴ É certo que hoje a democracia é compatível com a monarquia representativa. Em qualquer caso, as características essenciais da república estão também presentes neste regime, pois a opção incorpora em geral uma decisão democrática tomada quando da elaboração da Constituição, pelo que também por esta via a diferença não é de monta.

¹⁵ De facto, na sociedade romana, mesmo na época imperial nunca os governantes invocaram o título de rei, mesmo quando os poderes de que dispuseram foram absolutos. Apenas o título de imperador, mas na época este vocábulo não tinha conotação nobiliárquica, significando apenas *o que manda* ou *o que exerce o poder político superior*. Em suma: o líder ou caudilho.

-se com a emergência da República. Não correspondia rigorosamente à tríplice divisão hoje usual, mas sabemos que ainda no século XIX se admitiam outras partições. Em Roma só sofreria erosão em época tardia, mas mesmo então manteve-se ainda que o fundamento do poder do magistrado já não estivesse verdadeiramente no povo. c3) *Mandato*. A limitação temporal dos mandatos existe desde o início da República e mantém-se até o poder imperial se tornar pleno. A anualidade era frequentemente a regra. c4) *Colegialidade*. As magistraturas eram colegiais. Esta regra visava limitar eventuais abusos de algum dos magistrados. Não passou para os modernos sistemas democráticos. c5) *Veto político*. O veto político foi a regra entre magistrados detentores dos diferentes poderes. Não passou para o modelo moderno. A mesma preocupação foi ainda incrementada através do tribuno da plebe, *mutatis mutandis* hoje emulado em certos modelos pela figura do promotor de justiça. c6) *Responsabilidade*. A responsabilidade dos magistrados era a essencialmente política, tal como hoje e aferia-se quando da eventual recandidatura ao cargo. Superiorizava-se em relação à responsabilidade civil/criminal. c7) *Orgânica do Estado*. Ainda que informalmente, a estrutura orgânica superior do Estado romano pode ser aproximada da bicamaral. Concretizava-se na existência de um Senado com poderes consultivos e de controle político sobre decisões do *populus* tomadas em Assembleia, na qual se concentrava a competência legislativa e eleitoral. Senado e Assembleia comicial actuavam, no fundo, como duas câmaras.

Em face destes dados é, pois, difícil não ver na República romana traços que se repetem no perfil das modernas democracias de feição republicana e monárquica.

d) Quanto à *ideia de democracia*. O termo tem origem grega e encontra-se suportado na experiência ateniense. Todavia, neste caso a estratificação social da *polis* era maior e a divisão em classe não tão intensa, o que acabava por restringir a amplitude de quem nela participava. Em Roma, como vimos, é difícil separá-la da ideia de república. O *populus* correspondia à generalidade da população detentora de cidadania ou de latinidade. A sua importância condensou-se desde o início na adopção da divisa SPQR que passou a acompanhar toda a vida pública, mesmo durante a fase imperial. Vertida em linguagem livre tinha o significado de *o Senado e o Povo romano*. A inclusão do *populus* nesta sigla como elemento fundamental afirmava, pois, claramente o que hoje se diria democracia.

e) O *fundamento do poder político* pode deduzir-se do anteriormente dito. Os principais poderes de Estado no quadro romano clássico eram o *imperium* e a *potestas*. Interessa-nos o primeiro porquanto identificava o poder de mando que assistia a certos magistrados, com o correlato dever

de acatamento por parte do cidadão. Não raro é mesmo qualificado como manifestação de poder absoluto outorgado transitoriamente pelo *populus* a alguns magistrados quando da respectiva eleição ¹⁶. Como esta ocorria por votação, deve entender-se que o fundamento radicava na vontade do *populus*. Talvez com algum nível de censitariedade, mas nem por isso menos compatível com a democracia. Mais tarde a autocracia tenderá a desvalorizar esta relação, mas mesmo então manteve-se através da *lex de imperio* votada pelos cidadãos no início do governo do imperador e à qual simbolicamente era ligado o fundamento do seu poder.

f) Por fim uma referência ao *poder judiciário*. Na época clássica o judiciário encontrava-se organizado em dois níveis, ambos sob controlo do *populus*: o da decisão de condenação, absolvição ou abstenção, na medida em que era proferida por um cidadão titulado de *juiz*, ao qual se exigia apenas discernimento intelectual e postura moral avalizada pelos cânones da época; o do rigor jurídico enquadrante da decisão entregue ao *pretor*, eleito no quadro político republicano. A natureza casuística do processo facilitava-o, sendo a experiência factor relevante. É ainda de notar que a sequência seguida no processo judicial clássico, inversa em relação à hoje usual, pode também ter tido origem na vontade do *populus* em controlar o processo judicial da época monárquica, o qual por ser talvez de natureza arbitral era facilmente dominado pelas elites. Em suma, entre as duas alternativas inicialmente referidas sobre a escolha dos juizes, o Direito romano desta época colocava o momento judiciário essencialmente sob o respaldo directo do *populus*.

Conjugando estes vectores é difícil recusar que a ideia democrática não estivesse presente na época a que chamámos clássica. Mas, esteve presente até ao fim da romanidade? De facto, não. À medida que o poder se concentrava inelutavelmente na pessoa do governante entrou em erosão. As características referidas foram-se esbatendo e no século V o que delas restava era formal e sem correspondência substancial ao modelo antigo. Embora estivesse gravado em textos e fosse ainda do conhecimento de alguns, a política quotidiana dependia já da decisão do governante ficando o povo arredado. O Estado afastava-se da democracia, seguindo uma via que deixa no ar alguma similitude com o que se parece passar actualmente.

III - Época intermédia

5. É na segunda época que as matrizes canónica e germânica se fazem sentir, ainda que com percursos diferentes. A germânica por só após o

¹⁶ A *potestas* era o poder de representar Roma.

século V se ter começado a consolidar através da progressiva delimitação dos territórios que deram lugar a muitos dos Estados europeus actuais. A canónica porquanto a Igreja só no século IV começou a dar passos decisivos fora dos grandes centros. Há, todavia, aspectos a notar logo desde os tempos mais antigos.

a) Os povos germânicos seguiam originalmente quadros jurídicos essencialmente costumeiros. Organizavam-se em geral sob modelos monárquicos, mas recorriam com frequência à eleição para escolher o governante, ainda que a escolha tendesse a concentrar-se em certas estirpes¹⁷. Tratava-se de monarquias electivas ou semi-electivas, o que dava margem à intervenção das elites na escolha do governo. Como estas correspondiam a chefias de clãs e estes eram grupos sociais relativamente homogêneos assentes em relações de parentesco ou de dependência, havia algum espaço para a vontade popular interferir na escolha. A estrutura social valorizava regras jurídicas de ascendente colectivo bem diferente do individualismo romano. Característica que se foi atenuando à medida que o direito romano penetrou nos seus costumes, dando lugar à elaboração de códigos¹⁸, os quais deixariam marca em instituições jurídicas de épocas posteriores. É, contudo, de realçar que as comunidades rurais recorriam frequentemente à convocação de assembleias populares para tomar decisões de interesse colectivo. Não tinham propósitos legislativos. Em qualquer caso consubstanciavam órgãos para-democráticos de regulação local. Este dado levou alguma doutrina a ver nessas assembleias a origem dos posteriores municípios, tidos então como baluartes de liberdade popular.

b) Quanto ao canónico, como a Igreja apenas se hierarquizou tardiamente¹⁹ o processo foi mais lento. Inicialmente tentara fazer corresponder a sua própria organização à provincial romana²⁰. Essa orgânica sobreviveria até ao fim do Império e consolidou-se quando os bispos passaram a ser designados pelo Papa, deixando de ser eleitos pelas comunidades como inicialmente ocorria. Até então o quadro jurídico canónico era um conglomerado constituído por regras retiradas da Bíblia, da patrística e do costume, ainda que este último não se revestisse da importância que lhe assistia no germânico. Mas, rapidamente os cânones se tornaram na principal fonte. Sendo elaborados em concílios constituídos pelas elites

¹⁷ Se acaso não correspondesse às expectativas, não raro destituíam-no.

¹⁸ Só no território ibérico surgiram quatro colectâneas todas de grande interesse. Outras surgiram em diferentes reinos da Europa.

¹⁹ Primeiro através da unificação dos ritos e em seguida do direito.

²⁰ Encabeçada por governadores.

da Igreja, o direito canónico adquire por esta via maioritariamente feição legislativa. A pouca erudição do círculo que rodeava os reis germânicos abriu à Igreja a possibilidade de colocar nesse contexto clérigos conhecedores das regras canónicas e indirectamente elementos do direito romano do qual era ao tempo já a única guardiã. O princípio do contraditório é um exemplo de *apport* do direito canónico para o laico.

6. Um momento de mudança ocorre quando o espaço europeu, após o século XII se reabre ao direito romano que havia sido preservado em Bizâncio. A consolidação dos Estados ganha novo impulso, conduzindo à criação de estruturas administrativas revestidas de maior solidez. As fronteiras tornam-se linhas delimitadoras do território sobre o qual o poder político se exercia. A procura de melhor organização administrativa e militar sente-se em cada Estado em função da vontade de resistir ou de concretizar pretensões territoriais face a vizinhos²¹. Este contexto acabaria por impulsionar a criação de direitos nacionais próprios de ascendente legal. Passa então a existir convivência ou ocasionalmente concorrência entre o direito romano e o nacional. Ao lado deste, constata-se, contudo, a presença de direitos locais ou populares fundados no costume germânico, no direito romano vulgar e ocasionalmente no canónico. A Igreja face este quadro retira do romano as componentes que lhe serviam para uso como *lex terrena*. A convicção de que na essência era uma sociedade distinta da civil pelos fins, conduzirá ao desenvolvimento de um direito canónico com pretensões regulatórias da vida religiosa e da civil na parte sobre a qual detinha ascendente como eram as relações familiares e sucessórias.

Em face da religação dos Estados aos quadros jurídicos romanos, poderia pensar-se que os conceitos jurídico-políticos referidos fossem recuperados. Não foi assim.

²¹ Com o fim do Império romano e a fragmentação da Europa, iniciou-se neste território uma fase de luta endémica entre Estados vizinhos que se prolongaria até ao século XX quase sem interrupções significativas. De então em diante a guerra tornou-se um dado cultural na Europa, estado este a que a criação da União Europeia, hoje Comunidade Europeia, procurou com sucesso dar resposta. É de admitir que este estado de coisas seja hoje generalizadamente considerado obsoleto no território europeu pelo menos por parte significativa da população de matriz cultural ocidental. Ainda insuficiente para criar um estado de espírito cooperativo em matéria militar, existem, todavia já manifestações de disponibilidade neste sentido. O esforço em curso da Rússia de quebrar este estado de paz ocupando pela guerra território europeu em Estados vizinhos, paradoxalmente parece estar a conseguir reforçar as perspectivas de cooperação em tal matéria, de tal modo que a unidade europeia da qual a vertente militar comum é essencial pode estar significativamente mais perto.

a) A *ideia de povo* com a dimensão clássica não foi recuperada. A sociedade tinha-se estruturado em ordens sociais e o povo correspondia agora apenas a uma, sendo detentor de estatuto próprio tal como as demais. Neste campo quebrara-se a possibilidade de reincorporar a dinâmica anterior, tanto mais que o contacto com a romanidade fora retomado através de textos jurídicos moldados no ambiente bizantino fortemente orientado para a figura imperial, convolada na mente dos juristas europeus da época na figura régia.

b) A *ideia de cidadão* com a dimensão romana também não foi recuperada. Fora substituída pela de *súbdito*, mais em sintonia com a concentração do poder no governante. Continuavam a existir estrangeiros e nacionais, mas a relação de cada um fazia-se para com o governante e não para com o Estado ²².

c) A *ideia de república* desapareceu também quase totalmente²³. O sistema monárquico impusera-se seguindo a prática germânica e adquirira feição hereditária. Até ao século XIII ainda ocorrem episódios que recordam a electividade original, mas rapidamente as dinastias se consolidam através de regras sucessórias que asseguravam a escolha do titular de geração em geração ²⁴. Todavia, há excepções. No solo itálico ²⁵ algumas cidades assumiram-se como repúblicas, escolhendo os governantes. Certamente algum peso da herança romana. Embora já longe do modelo clássico, estas cidades são exemplos de uma ideia política que não desaparecera de todo.

d) Já a *ideia de democracia* não se mostrava então possível na generalidade do território europeu, com excepção das repúblicas italianas. Aliás, como vimos, o povo era então apenas parte da população e a ideia de democracia apenas teria sentido se expressasse uma relação com todos os segmentos populacionais, o que não era o caso.

E que dizer das assembleias usualmente referidas como Cortes? Tratar-se á de órgãos representativos da totalidade da população? A questão pode ser observada em diferentes perspectivas. Não há dúvida que esta assembleia representava a nação. O facto de a generalidade dos procura-

²² É certo que a partir do século XII se começa a observar o uso da expressão *coroa* no sentido de coisa pública. Todavia, o titular era o rei e não a comunidade ou o povo.

²³ Usava-se o termo *respublica* ocasionalmente, mas não no sentido de povo actuante detentor de direitos e vinculado a deveres.

²⁴ Irá generalizar-se um brocardo jurídico francês que atesta a continuidade da monarquia sem solução de continuidade: *le roi est mort, vive le roi*.

²⁵ Algumas cidades eram feudos, outras estavam integradas em reinos, outras ainda faziam parte dos chamados Estados Papais.

dores não serem eleitos, não a inviabiliza. O critério de representação política dominante na época não se apoiava no voto universal ou censitário, mas antes na ideia de que a melhor parte representava o todo. O que releva é o facto de estas assembleias não gozarem de poderes deliberativos. Eram apenas instâncias de aconselhamento, debate e reclamação, mas não de decisão. Não prefiguravam órgãos democráticos, pois a vontade expressa no órgão não era vinculativa. Tão pouco existia direito a exigir a convocação ou dever em as convocar. Era prerrogativa régia ainda que associada à ideia de bom governo, mas apenas isso. Em qualquer caso não pode deixar de se referir um dado que mostra não estar o povo enquanto ordem social totalmente destituído de intervenção política. Em alguns Estados a criação de impostos não podia ser feita sem a sua anuência. Embora não existisse norma formal nesse sentido, muitas referências mostram que o respeito por tal prática era exigido pelo povo. Há múltiplos casos ilustrativos. Mesmo sendo escassa, subsiste aqui alguma margem de intervenção política popular. Caracterizá-la como indício democrático sobrevivente será provavelmente excessivo, mas não custa admiti-lo.

e) E que dizer do *fundamento do poder político*? A realidade social e política era então bem diferente da da época clássica. Após o fim da romanidade o regime governativo predominante passara a ser o monárquico e só por aqui já o fundamento teria de ser procurado algures que não na vontade do povo. De início a tradição germânica deve ter sido determinante, embora a electividade que inicialmente condicionava a escolha do rei implicasse de certa forma um compromisso com a sociedade.

Mas, pelo menos do século IX em diante rapidamente se torna dominante outro factor. Trata-se da consolidação da Igreja como estrutura centralizada. A cristianização do território europeu tinha na base uma crença que se projectava na compreensão do mundo e sua organização. Um era a crença de que Deus detinha o poder supremo a nível universal e que de algum modo o poder político terreno era uma extensão daquele. Quando exercido dentro do quadro cristão era legítimo. Já não se ocorresse fora. Só assim se compatibilizava a crença com a concreta realidade social na sua vertente organizativa. A ordem suportada no governante era essencial à sobrevivência da sociedade. Poucos o contestavam. O poder político era, portanto, tendencialmente indispensável. Mas, era impensável que o governante o exercesse fora dos parâmetros determinados por Deus. A Igreja era a entidade que se considerava naturalmente habilitada a interpretar os seus limites, origem, fins e meios, aceitando a sociedade civil esse primado, ainda que com reticências por parte dos titulares do poder. Nessa medida reclamava-se detentora por direito divino do poder de intervir em tal matéria, fazendo-o declarativa ou constitutivamente

dependendo das circunstâncias. É certo que nem toda a Igreja perfilhava a crença de que o poder político fosse na essência de origem divina. Alguns teólogos viam nele algo de intrinsecamente maligno, apoiando-se em passagens da Bíblia. Mas a convicção contrária foi a que fez carreira. Seria esta a posição oficial da Igreja desde que se sentiu em condições de interferir activamente na vida política europeia, o que ocorreria principalmente a partir da Concordata de Worms.

Ainda que fosse esta a posição oficial e que através dela se resolvesse a questão do fundamento último do poder, não era suficiente para explicar o seu concreto exercício pelo governante, ou seja, não explicava como o poder passava de Deus ao rei. A discordância quanto a este ponto existiu dentro e fora da Igreja e embora suportada com argumentos jurídicos, lógicos, filosóficos e teológicos de cada lado, o entendimento que em cada momento fez validade foi sempre o mais conveniente aos interesses de quem lograva impor-se. Na essência oscilou entre reconhecer o Papa como medianeiro entre Deus e o governante, ou entender que este o recebia directamente de Deus.

Existiria nesta problemática, lugar para o povo? De facto, existia e este aspecto mais do que qualquer outro mostra que as implicações da ideia democrática não haviam desaparecido totalmente, mesmo fora das repúblicas italianas. Muitos entenderam que o medianeiro entre Deus e o governante era o povo e que na inexistência de sucessor, ou na impossibilidade de aplicação dos critérios sucessórios, a escolha do governante se lhe devolvia ²⁶. É certo que ser medianeiro não é o mesmo que ser detentor originário e que só esta posição incorporaria verdadeira ideia democrática. Mas o simples facto de se reconhecer ao povo o direito à escolha política ainda que sob o manto divino, é no contexto da época suficiente, a nosso ver, para mostrar que para muitos o direito de escolha não estava dissociado da vontade popular.

f) E quanto ao *poder judiciário*? Sobre este ponto há aspectos igualmente interessantes que se prolongaram até ao século XVIII. Referimo-nos ao aparecimento e preservação até à época liberal de um sistema judiciário dual.

O modelo monárquico germânico, em particular após se ter consolidado como hereditário, abriu espaço à criação de um sistema judicial

²⁶ Conhecem-se casos em que esta solução foi aplicada. Sempre em momentos de crise grave, deve dizer-se, mas não raros. Em geral não se tratou de meras soluções de facto. Foram devidamente justificadas em termos políticos através de construções intelectuais convincentes. Não se tratou, portanto, de improvisações, mas de posições consideradas defensáveis.

dependente do governante. Era algo que não fazia parte do modelo clássico, mas que tivera a sua génese na época romana tardia sem com isso ter deixado de funcionar o tribunal do pretor suportado na escolha popular. Nos Estados europeus posteriores surgem então juízes nomeados pelo governante e perante ele responsáveis. Aplicam direito romano e nacional e o poder que exercem é recebido directamente do governante. Eram letrados pelas Universidades, formando a espinha dorsal do sistema judicial que ainda hoje a generalidade dos países europeus ocidentais conhece. Chamaram-lhes em alguns Estados *juízes de fora* ou juízes de vara branca. Constituíram sempre um grupo limitado, mas da maior importância política pois seguiam as directivas régias ²⁷. Todavia, nos centros populacionais médios ou menores tais juízes não existiam. Em compensação assinalam-se desde tempos muito antigos juízes populares eleitos localmente ²⁸que aplicavam essencialmente direito costumeiro e algum régio de que iam tendo conhecimento. Tinham mandato limitado no tempo, em regra anual, embora pudessem ser reeleitos. Não dispunham de formação universitária, mas ocupavam o topo da hierarquia local. Não obstante tratar-se de juízes populares, nem por isso o poder de que dispunham era negligenciável, podendo inclusivamente condenar à pena capital.

Estamos, portanto, perante um sistema judiciário dual. Uma magistratura central de formação elevada e uma magistratura popular eleita localmente, decidente em função do costume, do bom senso, da experiência e dos quadros legais disponíveis. Esta realidade, ainda que mostrasse a vontade popular como fundamento do poder de julgar, não era vista como afrontosa pelo rei. Dentro dos limites que lhe eram próprios pode ser entendida como manifestação democrática num contexto que estruturalmente o não era ²⁹.

²⁷ Por exemplo, no caso português nunca ultrapassou os sessenta ou setenta, mesmo nas épocas de maior abundância. Também existiram no Brasil, legando inclusivamente o nome a uma cidade não longe do Rio, a qual foi seguramente sede de tribunal de um destes magistrados. Os motivos da exiguidade foram provavelmente pragmáticos: os recursos humanos eram escassos, tal como os financeiros, sendo dada preferência às instâncias centrais e a centros populacionais economicamente mais valiosos.

²⁸ Conviviam com juízes designados pelo senhor local.

²⁹ Sempre se poderá dizer que tinham a aquiescência do governante – o que é verdade – mas uma tal interpretação, por reconduzir à vontade do Estado tudo o que por este não consegue proibir ou impedir, não passaria de um enviesamento retórico de cariz positivista.

IV - Época moderna

7. Entre os séculos XVI e XIX a percepção dos conceitos e ideias políticas anteriormente referidas, embora permaneça dentro dos mesmos parâmetros esbate-se mais em alguns casos. A concentração progressiva do poder na pessoa do governante a isso conduziu. A inversão apenas ocorrerá na segunda metade do século XVIII através de alguma elite iluminada, que trabalhava em parte em divergência com o poder, através da recuperação de componentes clássicos no plano das ideias, embora sob roupagem aparentemente nova.

No contexto do renascimento e em seguida do iluminismo, a concentração do poder no governante torna-se incontornável até atingir o paroxismo com o despotismo político. Como ponto de partida estava a emergência da moderna concepção de Estado no plano interno e externo, através da definição de fins próprios e da noção de soberania. A Igreja passara por uma crise gravíssima concretizada na divisão da cristandade em catolicismo e protestantismo. Nos locais onde a posição de Roma teve o apoio do poder régio, reforçou a homogeneidade e a capacidade de intervenção no tecido social. Nos demais perdeu-a quase totalmente. Em qualquer caso, mesmo nos primeiros o Estado irá impor progressivamente o distanciamento entre o poder laico e o eclesiástico, criando um lastro que viria a desembocar mais tarde na separação entre Igreja e Estado. Nada disto favoreceu a recuperação dos conceitos clássicos antes referidos. Pelo contrário, o que deles tinha subsistido na prática ou nas ideias tende a esbater-se mais ainda. A excepção será o modelo judiciário que se mantém sensivelmente idêntico, sem prejuízo de alterações no plano processual em convergência com o incremento do poder central.

a) A *ideia de povo* mantém-se dentro dos parâmetros anteriores, pois nenhuma modificação relevante ocorrera na organização em ordens. O poder político encarava tal estrutura como correspondente à ordem universal natural e não se revia em qualquer ruptura. A emergência de uma burguesia socialmente separada do povo comum como ordem, não conseguira obter reconhecimento dentro da estrutura social. Seria esta omissão, aliás, uma das causas do sucesso da revolução de matriz ideológica dos finais do século XVIII, já que o único segmento social que dela beneficiou a curto prazo foi este.

b) A antiga *ideia de cidadania* não é objecto de recuperação. A noção de *súbdito* mantém-se ainda com maior acuidade, pois quanto mais o soberano é senhor absoluto mais o indivíduo se encontra diminuído nos seus direitos e agravado por deveres.

c) Quanto à *ideia de república*, se em si mesmo já é contraditória com o regime monárquico, por maioria de razão o seria num contexto em que o

poder se encontrava concentrado no governante. Este, assessorado pelos filósofos, era o ente adequado à interpretação dos interesses do Estado. Tratava-se do que se julgava ser a ordem natural das coisas avalizada pela razão. Qualquer regime que o não contemplasse, visto de tal perspectiva seria *contra natura*.

d) A *ideia de democracia* não tinha igualmente sentido. Aliás, se conceito político há que a partir do século XVII foi marginalizado, é este. Não tanto por ter merecido contestação doutrinal específica uma vez que não constituía um risco real, mas porque foram eliminados os vestígios que poderiam permanecer abrigados ou dissimulados em práticas anteriores. Referimo-nos em particular ao funcionamento das Cortes. Como vimos, esta instituição era a única que abrigava laivos democráticos originados na época germânica ou sobreviventes do modelo clássico. Todavia, a partir dos meados do século XVII deixam de ser convocadas. O governante na lógica do despotismo não necessitava delas. Nem para se aconselhar, nem como instância de debate ou de reclamação. O aconselhamento fazia-se através dos cultores da razão e estes eram essencialmente os filósofos e as elites iluminadas. Nunca através de um órgão que incluía povo supostamente inculto. Como instância de debate, a sede onde o aconselhamento ao rei já ocorria, servia bem; quanto ao debate em si, seria dispensável pois ao aconselhamento seguir-se-ia a decisão a cargo do déspota. Enquanto instância de reclamação seria abrir um precedente perigoso reconhecer que o governante não antecipava as necessidades do reino.

e) Quanto ao *fundamento do poder*, a clivagem anteriormente referida entre transmissão directa a partir de Deus ou indirecta através do Papa, na perspectiva do governante não se colocava já. Ainda que a Igreja continuasse a perfilhar a segunda alternativa, ao rei interessava apenas a primeira. É precisamente nessa linha que os monarcas adoptam como exórdio das leis a expressão *rei por graça de Deus*, encerrando deste modo à partida qualquer dúvida sobre a posição de que se reclamavam na cadeia de transmissão a partir de Deus.

f) Ao *poder judiciário* já nos referimos. As linhas gerais da época anterior mantem-se. Sem dúvida sujeito a maior vigilância— ou não se estivesse em pleno despotismo — mas preservando-se a dicotomia entre magistrados populares e régios. Será mesmo a única área em que o quadro da época intermédia fica relativamente incólume. Mas tal resiliência não duraria muito. O constitucionalismo, mal se implantou, acabaria com as magistraturas populares. Não é o momento de aprofundar os motivos pois o tempo em que ocorreu encontra-se fora dos nossos propósitos. Mas não deixará de ter pleno sentido colocar uma interrogação. Se o despotismo iluminado, claramente autocrático, condescendeu com o judiciário de

eleição popular, porque motivo não condescendeu o liberalismo supostamente democrático? Existirão certamente várias possíveis respostas e cada uma arrastará consigo a visão ideologicamente comprometida do autor. Pela nossa parte diremos apenas que foi efeito da faceta politicamente autocrática do liberalismo. Na verdade, o liberalismo oitocentista não pretendeu apagar o despotismo iluminado da coisa pública. Pretendeu essencialmente reciclá-lo, colocando-o na dependência de novos protagonistas e de uma nova construção ideológica justificável com base em argumentos democráticos. Percebeu a racionalidade destes em confronto com os que suportavam o despotismo iluminado e não hesitou. No cume onde estava a vontade do rei colocou a vontade do executivo, chamando-lhe lei votada no Parlamento, ou vontade popular. Por algum motivo, não raro se lê que iluminismo e liberalismo são as duas faces da mesma moeda.

V – Conclusões

8. É no contexto descrito que as mudanças do século XVIII se vão progressivamente disseminar. Apenas a recuperação do estrito modelo republicano romano não ocorreria de imediato nos Estados de cultura ocidental, em face da abertura à monarquia representativa. Mas, todas as demais ideias ou conceitos políticos, embora com as adaptações e terminologia que o século impunha são recuperadas.

Que concluir? Tal como no direito civil a matriz romana ficou indelevelmente presente, também na dimensão política a mesma matriz não está ausente. Talvez de forma menos celebrada, mas presente. Não é sequer de estranhar, porquanto muitos dos filósofos e políticos envolvidos na revolução das ideias dos finais do século XVIII dispunham de formação jurídica, conhecendo, portanto, o modelo romano clássico.

Entre outros aspectos, a readaptação oitocentista concretizou-se na frequente colocação de uma estrutura bicamaral na base do Estado, na divisão de poderes por magistraturas diferentes, em mandatos limitados no tempo, na sujeição dos órgãos soberanos a limitações, na imposição de regimes republicanos em alternativa aos absolutistas, com a excepção dos monárquicos representativos, no desenho de concepções democráticas nas quais o povo corresponde ao conjunto de indivíduos com direitos políticos e na aceitação de um conceito de cidadania não dependente de factores eminentemente pessoais. Já no que concerne ao judiciário, a sequência assumiu certas particularidades. A preferência pelo modelo não electivo iniciada na fase romana final, foi na pós-romanidade quase esquecida até ser revalorizada na generalidade dos Estados europeus continentais, ainda que apenas com o constitucionalismo se tendesse a impor.

Esta variação mostra bem quanto o judiciário releva para o poder político, não restando se não concluir que quanto mais este se concentra, tanto mais convive mal com a electividade. Foi por tal motivo que em momento anterior salientámos tratar-se de um ponto frágil do modelo democrático.

Por fim uma breve nota. Tudo o que do ponto de vista político se observa hoje em algumas democracias ou parece observar-se e do qual nas linhas anteriores se tratou, lembra a mudança ocorrida no mundo republicano romano e continuada na pós romanidade. Um modelo julgado quase perfeito e perene que se esboroou, voltou depois a renascer e de novo parece em risco de soçobrar. De interessante é notar que agora tudo se passa num lapso de tempo muito mais curto do que antes, radicando pelo menos aí a sublime marca do progresso.

ANÁLISE PREDITIVA E DIREITO

PREDICTIVE ANALYTICS AND LAW

José Lorenzo Gonzalez¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/HXJP-0675>

Resumo: Usando dados históricos combinados com modelos estatísticos, técnicas de prospeção de dados e machine learning, a análise preditiva constitui um ramo da análise avançada de dados que se destina a fazer previsões sobre futuros eventos. A análise preditiva aplicada *v.g.* ao procedimento judicial pode ser utilizada para antecipar a probabilidade de sucesso de um litígio, estimar custas judiciais ou até mesmo prever sentenças ou acórdãos. Aplicada *v.g.* à investigação criminal, permitirá, no limite, antecipar o crime antes ainda de ele ter sido cometido. Com o advento e a vulgarização da Inteligência Artificial, cabe perguntar, no entanto, a que custo, sobretudo para os direitos fundamentais, à análise preditiva se dará emprego.

Palavras-chave: Análise preditiva; Inteligência artificial; Direitos Fundamentais.

Abstract: Using historical data combined with statistical models, data mining techniques and machine learning, predictive analysis is a branch of advanced data analysis that aims to make predictions regarding future events. Predictive analysis applied *e.g.* to the judicial procedure can be used to anticipate the probability of success of a case, estimate legal costs or even predict sentences. Applied *e.g.* to criminal investigation, it will allow, at the limit, to anticipate the crime even before it is committed. With the advent and popularization of Artificial Intelligence, it is worth asking at what cost, especially for fundamental rights, predictive analysis will be used.

Keywords: Predictive analysis; Artificial intelligence; Fundamental rights.

É necessário distinguir desde o início entre o que é uma «predição» e o que é uma «previsão». Predição é o ato de anunciar o que vai acontecer

¹ Professor Catedrático da Universidade Lusíada; Investigador integrado e Coordenador de Grupo de Investigação do CEJEIA.

(prae, before – dictare, say) antes de eventos futuros (por inspiração sobrenatural, por clarividência ou premonição). A previsão, por outro lado, é o resultado da observação (objetivando, vendo) de um conjunto de dados para visualizar uma situação futura.

(Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente, ponto 3.2.60.)

§ 1. O recurso à Inteligência Artificial (IA) tendo em vista conferir proteção a direitos humanos assenta no pressuposto de que a tecnologia é capaz de realizar previsões precisas com base em dados históricos e supervisionar resultados em tempo real. Contudo, assim simplifica-se excessivamente a natureza complexa das situações em que as violações destes direitos se dão, as quais são muitas vezes fruto de condições políticas, sociais e económicas profundamente enraizadas. Existe, por isso, o risco de a IA não conseguir captar as respetivas *nuances* ou, pior, reforçar os preconceitos incorporados nos dados coletados.

Outra armadilha ética reside no potencial uso indevido da IA por regimes autoritários. Nas mãos erradas, ela pode ser empregue para monitorizar e reprimir dissidências, conduzindo a renovadas violações dos direitos humanos. Por exemplo, a chamada tecnologia de reconhecimento facial (FRT), originalmente concebida para incrementar a segurança coletiva, foi (pelo que se sabe) reutilizada em alguns Estados para vigilância em massa e perseguição de minorias². O que se apresenta como um paradoxo preocupante: a própria tecnologia destinada a proteger os direitos humanos torna-se suscetível de ser aproveitada para os enfraquecer!

Seja no campo dos direitos humanos, seja em qualquer outro, a implementação da IA deve, por conseguinte, ser acompanhada de diretrizes jurídicas rigorosas destinadas a mitigar estes riscos. O que inclui dar a garantia de que os sistemas de IA são transparentes, que são auditados regularmente e que não são usados indevidamente para fins opressivos. Além disso, a colaboração entre governos, organizações de direitos humanos e criadores de IA revela-se crucial para assegurar que a tecnologia é aproveitada de forma profícua e responsável.

§ 2. É relativamente comum *v.g.* concederem-se benefícios ou encargos, executarem-se procedimentos ou atendimentos mais ou menos personalizados ou selecionarem-se pessoas com base em *previsões* sobre

² José González, *Reconhecimento facial (FRT) e direito à imagem*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Número Temático: Tecnologia e Direito, Ano LXIII, 2022, n.ºs 1 e 2.

o seu comportamento ou sobre a sua progressão. V.g. vagas em escolas, ofertas de empregos, concessão de crédito ou de liberdade condicional, distribuem-se muitas vezes entre os sujeitos que apresentam “melhor pontuação (*score*)” (ou seja, maior suscetibilidade de sucesso).

O correspondente esforço de antecipação pode ser desenvolvido de várias maneiras: por especialistas ou por leigos; por processos estatísticos ou casuisticamente, por intuição; individualmente, considerando qualidades pessoais, ou mediante o recurso a fórmulas mais ou menos abstratas.

Dois assuntos principais dominam a controvérsia envolvida na utilização de análise preditiva (*predictive modeling*)³: *precisão* e *legitimidade*.

Pode discutir-se, primeiro, se elas são suficientemente exatas para justificar o seu uso; e, depois, se são legítimas, ao menos em certos contextos, designadamente por se poderem mostrar incompatíveis com o respeito devido à autonomia individual⁴.

Um exemplo paradigmático põe-se no caso em que a elas se recorre para fixar o período de prisão efetiva que a pessoa judicialmente condenada pela prática de um crime há-de cumprir. O aparelho judiciário atua aí, por predição, ao menos em dois diferentes momentos.

Em primeiro lugar, o tribunal (ainda que, muitas vezes, de forma não assumida) fixa a pena de prisão assente, em parte, num juízo sobre a probabilidade de o infrator vir a cometer novos futuros crimes. Aquele que disso for considerado suscetível será, por essa razão, condenado a uma pena mais longa do que aquele outro que se entender menos provável de em tal conduta incorrer.

³ Considerando a diferenciação a que se aludiu na citação que encima este artigo, a locução “análise preditiva” afigura-se imprópria. Assentando em dados estatísticos ou, eventualmente, em outros dados objetivos, ela produz uma previsão e não uma predição. O seu uso encontra-se, todavia, relativamente consolidado. Por isso, no texto, utilizar-se-ão as expressões “predição” e “previsão” em sinonímia.

⁴ “The essential point is that you are not free when you are subject to the arbitrary will of another. Predictive systems are no exception. Predictive systems violate your freedom when they push you down na arbitrary and capricious path, and – importantly for our purposes – they also violate your freedom when you are left with no practical alternative but to submit to the decisions without knowing whether there are adequate reasons for them, reasons that at a minimum show that the decisions are not arbitrary and capricious. You are not free if you are subject to the will of another and denied knowledge of whether that will is arbitrary and capricious. Respecting human freedom requires meeting, or at least sufficiently closely approximating, the following Knowledge Condition: those subject to decisions of another are able with reasonable effort to know that there is an adequate justification for the decisions” (Robert H. Sloan – Richard Warner, *Algorithms and Human Freedom*, Santa Clara High Technology Law Journal, vol. 35, 2019, pág. 4).

Em segundo lugar, estabelece-se um novo esforço de previsão quando se põe a hipótese de conceder ao recluso o estatuto de liberdade condicional supervisionada. Um dos pré-requisitos mais relevantes radica na conclusão de que a pessoa aparenta encontrar-se regenerada, capaz de evitar a prática de novos atos ilícitos quando estiver em liberdade.

§ 3. Uma razão para rejeitar liminarmente a análise preditiva pode fundar-se no entendimento de que as limitações que sofrem as técnicas existentes – por muito apuradas que sejam – são inerentes à sua própria natureza. A antevisão de um futuro comportamento ou de uma futura progressão padece sempre (necessariamente) de algum grau de inexatidão. Ao invés, por comparação, a indagação relativa a factos passados ou presentes, obterá, em princípio, uma resposta verdadeira, e quaisquer erros na averiguação serão imputáveis apenas a insuficiências probatórias.

Em termos práticos, porém, a distinção (para o efeito que for) assente em acontecimentos futuros e eventos passados ou presentes não mantém a solidez que aparenta. Alguns daqueles são tão equívocos como quaisquer previsões; e algumas destas podem ser feitas com tanta confiança como a maioria das demonstrações de factos passados. Por exemplo, o dano mental ou psicológico sofrido (no passado) é notoriamente difícil de determinar; ao passo que, ao contrário, é relativamente fácil fixar o montante dos juros que deve ser pago por um banco sobre um depósito nele efetuado por um cliente.

Acresce, por outro lado, que o padrão de exatidão exigível pode variar segundo o contexto. Por exemplo, a tentativa de prever o sucesso ou insucesso escolar em testes de admissão *v.g.* a universidades é notoriamente limitada em precisão. No entanto, também é verdade que a decisão de rejeitar candidatos exige aí um padrão de precisão inferior *v.g.* àquele que preside à decisão de negar a liberdade condicional a um recluso.

§ 4. A utilização de critérios preditivos para antecipar comportamentos ou progressões individuais é desafiada, contudo, não apenas por razões ligadas à exatidão, mas também por conflitar com outros valores social e juridicamente importantes. *Maxime*, como antes se anunciava, com os que se relacionam com a deferência devida à autonomia individual. Conjeturar, por antecipação, o comportamento de um indivíduo, parece poder reduzi-lo a uma máquina com comportamento inteiramente previsível, em vez de o tratar como um ser humano capaz de ações/inações livres e espontâneas. É este aparente conflito, entre ante-

visão de conduta e respeito pela autonomia, que conduz à afirmação de ser a análise preditiva capaz de atentar contra direitos fundamentais⁵. Para *v.g.* proceder à detenção de uma pessoa por causa dos crimes que se espera que cometa, retira-se-lhe, no fundo, a oportunidade de optar por os evitar⁶. Igualmente por exemplo, para rejeitar uma candidatura a uma oferta de emprego com fundamento num *score* que se prevê de baixo desempenho, nega-se-lhe a oportunidade de superar a previsão.

Os juízos preditivos são geralmente, claro, suscetíveis de refutação. A tomada de decisão preditiva deve reconhecer, em princípio, a possibilidade de livre escolha e a hipótese de rebater a previsão. Mas o uso que de um sistema preditivo normalmente se faz deixa pouca margem para o exercício dessa autonomia⁷. Uma pessoa pode eventualmente colocar-se em condição mais favorável se conseguir melhorar a previsão feita sobre si. *v.g.* o requerente de crédito pode melhorar as suas hipóteses de obtê-lo construindo um histórico de transações mais favorável. Mas isto significa que os esforços devem dirigir-se, portanto, ao aperfeiçoamento da aparência, desconsiderando os seus efeitos sobre o efetivo futuro desempenho. Acresce que alguns sistemas preditivos, pela forma como se

⁵ “Suppose AI allows us to cure diseases, to restore the climate, eliminate starvation, and order social relations in ways that yield a vibrant culture in which all have satisfying opportunities for selfrealization. However, AI’s results are likely to be much more mixed given that it creates winners and losers in mostly mistaken and uncorrectable ways. Massive unfairness and mistaken allocation of rewards and penalties is unlikely to generate net benefits. is also problematic; a system’s predictions are a function of the data it takes as input and the algorithm it employs” (Robert H. Sloan – Richard Warner, *Algorithms and Human Freedom*, Santa Clara High Technology Law Journal, vol. 35, 2019, pág. 8).

⁶ Para além de, obviamente, muitas vezes inexistir fundamento para a própria detenção. Se, por definição, o crime não está consumado, e a tentativa ou os atos preparatórios tão-pouco existirem ou não forem puníveis, a que título se justificará a privação da liberdade?

⁷ “O delinquente – que está agora adstrito a um futuro que depende de um cálculo sobre as suas possibilidades futuras determinadas em função de caraterísticas do seu passado identificadas e avaliadas por instrumentos de IA e que pode ter de passar um longo período na prisão em virtude de um mau scoring – perdeu a liberdade, aberta pela lei, de mobilização das suas capacidades internas de que ninguém conhecia antecipadamente as potencialidades. O seu futuro está comprometido numa nova relação entre ele e os big data, que produz o oxímoro de uma lei individual. A sua capacidade de resposta é supérflua, já que a solução para o seu comportamento futuro é encontrada numa previsão determinista saída de um cálculo” [Anabela Miranda Rodrigues, *Inteligência Artificial no Direito Penal – A Justiça Preditiva entre a Americanização e a Europeização*, in *A Inteligência Artificial no Direito Penal*, Anabela Miranda Rodrigues (coord.), Almedina, Coimbra, 2022, Reimpressão, pág. 47].

encontram construídos, interditam também este canal para o exercício da autonomia. Por exemplo, se o risco de concessão de liberdade condicional for avaliado em grande parte com base na raça, sexo, proveniência social ou idade, o requerente não conseguirá, pelos seus próprios meios, melhorar o respetivo *score*.

Mas, por outro lado, também é verdade que sempre que o resultado prognosticado não assente em preditores sujeitos a controlo individual, estabelecê-lo talvez seja menos ameaçador para a autonomia individual. Por exemplo, a previsão de autoria de comportamentos violentos imputável a certos doentes mentais, embora imprecisa, dificilmente se poderá caracterizar como representando uma séria ameaça à sua autonomia.

Da mesma forma, parece não pôr em causa a legitimidade da predição aquela que respeita a comportamentos que são humanamente controlados apenas de uma forma remota, indireta ou mediata. Por exemplo, prever a morte ou a doença *v.g.* para efeitos de celebração de um contrato de seguro ou para selecionar tratamentos de saúde.

§ 5. As técnicas de predição do comportamento individual recorrem habitualmente a uma das duas seguintes abordagens⁸:

- a. Com base no julgamento subjetivo e casuístico de decisores experimentados capazes de avaliar cada candidato individualmente, à luz do traquejo acumulado.
- b. Ou, em alternativa, com fundamento numa regra pré-determinada que defina, pelo menos, as principais ponderações a realizar e de cuja aplicação resultará uma pontuação suscetível de conversão numa estimativa de desempenho esperado (previsão estatística).

Além do que fica assinalado, estes dois métodos diferem ainda num outro ponto. A previsão estatística torna explícitos e visíveis os critérios pelos quais as pessoas são incluídas ou excluídas, selecionadas ou rejeitadas, consideradas ou desconsideradas, enquanto um método casuístico obscurece o processo de decisão.

A enunciação explícita de critérios protege contra o perigo de o decisor depositar confiança em critérios inadmissíveis. Mas, a obscuridade também tem as suas vantagens, ainda que, talvez, menos evidentes.

O sistema estatístico é provavelmente, na prática, mais aberto a ajustes perante o fornecimento de novos dados, pois admite revisão re-

⁸ Barbara D. Underwood, *Law and the Crystal Ball: Predicting Behavior with Statistical Inference and Individualized Judgment*, *The Yale Law Journal*, vol. 88, 1408, 1979, págs. 1420 a 1432.

gular fundada em novas informações. Na prática, porém, é improvável que tal suceda, uma vez que os métodos estatísticos são frequentemente escolhidos pelos seus baixos custos operacionais e uma prática de retificações frequentes prejudicaria tal vantagem.

A obscuridade, diversamente, previne o perigo decorrente da rotulagem de certas características como fatores de insucesso garantido⁹.

§ 6. De um modo geral, a escolha dos preditores em que a análise preditiva há-de assentar orienta-se pelo critério da precisão. Mas esta não compõe o único critério subjacente. Em primeiro lugar, por ser possível dar-se o caso de não existir exclusivamente um que satisfaça o mesmo propósito; outras opções haverá que serão igualmente dotadas de suficiente exatidão. Além disso, tendo em consideração que mais objetivos se apresentarão, pode revelar-se importante a escolha de um esquema preditivo que sacrifique algum grau de rigor.

De todos os fatores preditivos possíveis, a raça é certamente aquele que maior escrutínio e constante censura recebe. Tanto a Constituição como a lei ordinária impõem restrições rigorosas ao seu uso. O disposto no artigo 13.º da Lei Fundamental (em especial no seu n.º 2) é decisivo para o efeito.

Várias razões sustentam a hostilidade legal ante tal critério. Há, primeiro, o desejo de proteger a exatidão do processo de tomada de decisão, eliminando qualquer preconceito injustificado contra um determinado grupo. A experiência histórica sugere que, na ausência de uma proibição especial, os decisores podem ser influenciados por opiniões discriminatórias sobre grupos raciais minoritários.

Por outro lado, o uso reiterado de previsões negativas fundadas na raça produz um efeito cumulativo. Ao excluir repetidamente de vários benefícios, seleções ou considerações os membros de um certo grupo, a prática estabelecida acaba por contribuir para a formação de uma classe

⁹ É comum apontar-se à IA uma característica intrínseca denominada “efeito *blackbox*”. “A growing chorus of critics has challenged the use of opaque (or merely complex) predictive analytics programs to monitor, influence, and assess individuals’ behavior. The rise of a “black box society” portends profound threats to individual autonomy: when critical data and algorithms cannot be a matter of public understanding or debate, both consumers and citizens are unable to comprehend how they are being sorted, categorized, and influenced”. Contudo, “a predictable counterargument has arisen, discounting the comparative competence of human decision-makers. Defending opaque sentencing algorithms, for instance, Christine Remington (a Wisconsin assistant attorney general) stated, «We don’t know what’s going on in a judge’s head; it’s a black box, too»” (Frank Pasquale – Glyn Cashwell, *Prediction, Persuasion, and the Jurisprudence of Behaviorism*, Brooklyn Law School, 2018, pág. 1).

desfavorecida. Uma proibição de utilização de tais previsões é capaz de produzir consequências reais e simbólicas na redução da sua segregação e estigmatização. Embora este segundo objetivo seja distinto de uma preocupação com o estabelecimento de uma previsão precisa, não tem de conflitar com ela. Até por a previsão assente na raça ser, em geral, de fraco rigor, existindo preditores alternativos disponíveis com, pelo menos, tanto grau de acerto.

Uma outra razão para restringir a seleção com base na raça é que esta compõe uma característica que se encontra para além das capacidades humanas para nela intervir, modificando-a. O recurso a previsões nela alicerçadas priva os indivíduos afetados do poder de melhorar as predições que lhe digam respeito. Embora qualquer decisão de confiar em juízos preditivos represente sempre uma ameaça à respetiva autonomia, ela é maior quando a previsão se apoie em fatores sobre os quais não se disponha de qualquer controlo.

Outros fatores para além da raça, como o sexo ou o nascimento ilegítimo, são igualmente resistentes à mudança. Embora, ao longo da história, o uso de tais preditores se distancie, sobretudo nas suas consequências mais negativas, do recurso à origem racial, as preocupações que suscita são similares¹⁰.

§ 7. Os preditores que, até certo ponto, se encontram sob o controlo individual tendem a induzir a pessoa a comportar-se de um modo suscetível de melhorar o seu *score*. Na verdade, este efeito persuasivo é precisamente o que torna possível recorrer a um esquema de previsão respeitador da liberdade individual. Contudo, também é verdade que, quando o preditor esteja sob o controlo do sujeito, a sua autonomia é prejudicada de forma diferente: não no que respeita aos resultados do processo de inclusão/exclusão, mas no que concerne às condutas que induz ou predetermina. Certos comportamentos são pessoalíssimos e

¹⁰ “An example from the area of «targeted advertising» illustrates how predictive models are trained in real business contexts. In 2012 it became known that some retailers in the US try to identify pregnant supermarket customers by their purchasing behavior in order to provide them with tailored advertising. The relevant training data was collected by tracking the purchasing behavior of customers over an extended period, for example, by utilizing customer loyalty programs or credit card data. Expectant parents could then be identified retrospectively in this data stock as soon as they bought relevant baby products, and predictive models could be trained to identify early «markers» in their behavior as compared with the purchasing behavior of non-pregnant customers. The resulting predictive models could recognize pregnant customers even before they, themselves, or their social environment, knew they were pregnant” (Rainer Mühlhoff, *Predictive privacy: towards an applied ethics of data analytics*, Ethics and Information Technology, 2021, pág. 677).

torna-se, por isso, inadmissível incentivá-los ou desincentivá-los apenas com fundamento no *score* que permitem alcançar. Por esta razão, se proibirá, por exemplo, que os empregadores privados, os credores ou outras instituições selecionem candidatos com base no seu estado civil ou no estabelecimento de outras relações familiares.

Outras condutas, sendo objetiva e humanamente controláveis, são também socialmente censuráveis. A predição neles alicerçada atenderá, então, ao seu mérito ou demérito. Usá-los como preditores é, por isso, questionável, ao menos quando – direta ou indiretamente – sirvam para sancionar o respetivo autor. Quando, por exemplo, as condenações anteriores sejam empregadas para antecipar obstáculos à concessão de liberdade condicional, e esta previsão leve a uma decisão de prolongar o encarceramento, ela pode ser vista como imposição de punição adicional em violação do princípio *ne bis in idem* (n.º 5 do artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa; artigo 47º-7 do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos; artigo 4.º do protocolo n.º 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

A preferência por preditores assentes no mérito/demerito de certa conduta também se põe, por exemplo, a propósito do estabelecimento de critérios adequados para a classificação de risco na celebração de contratos de seguro. No domínio do seguro de responsabilidade civil automóvel ou do seguro de vida, muitas seguradoras utilizam grupos definidos por sexo, idade, estado civil e local de residência para calcular o referido risco. Não se revelará o uso destes fatores contrário ao princípio da igualdade?

§ 8. Os modelos de análise preditiva são criados para avaliar dados, descobrir padrões, analisar tendências e aproveitar esse *insight* para antecipar propensões futuras¹¹. De um modo geral, eles aproveitam os dados históricos para prever eventos vindouros, eventualmente permitindo tomar decisões proativas neles baseadas. Através deles, descobrem-se padrões e tendências ocultas e fornecem-se informações para o planeamento estratégico e para a eficiência operacional. O que, bem usado, é proveitoso. Por exemplo, de forma muito notória, antecipando alterações da ordem pública, aglomerações de trânsito ou determinando tratamentos de saúde¹².

¹¹ “Predictive analytics is the use of use of mathematical, statistical, and artificial intelligence techniques for classification and prediction” (Robert H. Sloan – Richard Warner, *Algorithms and Human Freedom*, Santa Clara High Technology Law Journal, vol. 35, 2019, pág. 3).

¹² “As one noted health law scholar has written, many consider technology pivotal to

Quando uma previsão se baseia em valores socialmente importantes e louváveis, poucas objeções se colocarão ao facto de ela ser passível de conduzir os sujeitos a praticarem atos capazes de melhorar o seu *score*. Contudo, um sistema de prognóstico assente nestes preditores tenderá, com o tempo, a dissipar grande parte do seu acerto. Com efeito, conforme os sujeitos forem ajustando os seus comportamentos, ele perderá o seu valor preditivo.

Recorrendo-se ao método estatístico, os ajuizamentos assentam, sobretudo, na aplicação de uma regra geral e só em medida muito limitada na capacidade de apreciação de um decisor. Preferi-lo, envolve também, normalmente, a escolha de itens preditivos objetivos e fiáveis. Quando assim seja, o *score* do sujeito não dependerá muito de quem o estabeleceu.

Ao uso de preditores preenchidos mediante avaliação subjetiva objecta-se que oferecem ao decisor a oportunidade para encobrir preconceitos sob o manto de um juízo científico. O que prejudica uma das principais vantagens apresentadas pela previsão estatística: a aparente neutralidade de uma regra objetiva, uniformemente aplicada. Torna-se geralmente necessária, contudo, alguma margem de avaliação para se obter o reconhecimento das diferenças individuais. Por isso, na prática, os dispositivos de previsão estatística raramente são adotados sem alguma hibridização.

§ 9. Como resulta da exposição antecedente, o objetivo da análise preditiva consiste, na essência, em responder à seguinte pergunta: “Com base no comportamento passado conhecido, o que (mais) provavelmente sucederá no futuro?”¹³. O emprego, para o efeito, da IA,

addressing issues in health care because technology’s rapid progress has facilitated affordable and easy access to research advancements and patient records. Given these benefits, the use of Big Data in health care seems particularly attractive. Some even predict that it will bring forth «personalized medicine» – analyzing large data sets of patient information to make diagnostic predictions and treatment suggestions” (Kate Crawford – Jason Schultz, *Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms*, Boston College Law Review, vol. 55, 93, 2014, pág. 102).

¹³ Por exemplo: “*Several years ago, credit card companies sought to identify potential customers who would be likely to pay their credit card bills rather than default on them. (...) They wanted to know about potential future customers and whether they would be likely to pay or to default. They set about analyzing their store of «big data» to see if they could find a pattern. Did those who paid their credit card bills purchase certain items that those who defaulted did not? In other words, could the companies find a «correlation» between the purchase of certain items and the paying of one’s credit card bills? If so, it could take this correlation and apply it prospectively to predict which potential customers would be likely to pay their bills*” (Dennis Hirsch, *Predictive Analytics Law and Policy: A New Field Emerges*, I/S: A Journal of Law and Policy for the

promove exponencialmente a sua utilização, bem como os resultados através dela obtidos.

Parece promissor e sedutor para usar nas mais variadas áreas de atuação (incluindo prevenção criminal, responsabilidade pela utilização de veículos autônomos, tomada de decisões judiciais ou diagnóstico e tratamento médico)¹⁴, mas também (muito) ameaçador¹⁵. Pode servir, todavia, propósitos menos sinistros. No caso da circulação automóvel permitirá, por exemplo, antever congestionamentos e escapar, assim, a situações mais perigosas, onde o risco de concretização de um dano é mais elevado. Nem tudo, portanto, serão desvantagens.

§ 10. O que, sobretudo, nos distancia da máquina – mesmo a que de IA for dotada – é a nossa subjetividade¹⁶. Contudo, a via que a ciência historicamente tem trilhado com vista à racionalidade e à objetividade preparou o caminho para o despontar da IA. A sua emergência potencia

Information Society, vol. 14, 2017, págs. 1/2).

¹⁴ “AI systems can be descriptive as they tell you what happened; diagnostic as they tell you why something happened; predictive as they forecast what will (statistically) happen; and prescriptive in being capable of performing actual decision making and implementation” (Iria Giuffrida, *Liability for AI Decision-Making: Some Legal and Ethical Considerations*, Fordham Law Review, vol. 88, 2019, pág. 440).

¹⁵ “What makes predictive analytics particularly worrisome? We answer by identifying four features of predictive analytics that are cause for serious concern”: “• Low accuracy: AI’s classifications and predictions are more accurate than human predictions (even with human predictive systems). But, like human systems, it still has a high error rate in a significant number of cases. • Opacity: Humans have no explanation or understanding of why AI predicts what it does. Even the best human computer science experts find large parts of AI completely opaque. It appears to involve unknown programming and statistical techniques. • Broad-based predictions: What happens in virtually any area of one’s life may serve as input to classifications and predictions affecting virtually any other area (what you pay for insurance, whether you get hired, what schools you get in to, and so on). • Data feedback without error correction: AI’s decisions affect what happens to people in the future, and that information feeds back into AI as input for subsequent decisions. AI does not, however, have mechanisms that detect and correct its errors. Data feedback without error correction combines with broad-based predictions to create mistaken and uncorrectable tracks of winners (those whom AI’s decisions advantage) and losers (those disadvantaged). Losers find it difficult to escape that role as negative classifications feed data into AI that yields further negative classifications” (Robert H. Sloan – Richard Warner, *Algorithms and Human Freedom*, Santa Clara High Technology Law Journal, vol. 35, 2019, págs. 6/7).

¹⁶ Ou seja: o que nos diferencia da máquina é principalmente aquilo que, por exemplo, nos leva a ser adeptos do Sport Lisboa e Benfica ou do Sporting Clube de Portugal só porque sim, sem qualquer outra razão ou justificação.

incomensuravelmente a fiabilidade da análise preditiva. É de supor, por isso, que, num futuro próximo, a ela se recorra com muita frequência, para os mais diversos fins e efeitos. Ainda que os erros e, principalmente, os enviesamentos não desapareçam e, talvez até, em alguns casos, sejam passíveis, porventura, de sofrer incremento¹⁷.

Esta constatação, legitima a pergunta: “*Can machines think?*” (...).

The problem can be described in terms of a game which we call the «imitation game». It is played with three people, a man (A), a woman (B), and an interrogator (C) who may be of either sex. The interrogator stays in a room apart from the other two. The object of the game for the interrogator is to determine which of the other two is the man and which is the woman. He knows them by labels X and Y, and at the end of the game he says either «X is A and Y is B» or «X is B and Y is A». The interrogator is allowed to put questions to A and B thus:

C: Will X please tell me the length of his or her hair? Now suppose X is actually A, then A must answer. It is A's object in the game to try and cause C to make the wrong identification. His answer might therefore be «My hair is shingled, and the longest strands are about nine inches long».

(...)

We now ask the question, «What will happen when a machine takes the part of A in this game?» Will the interrogator decide wrongly as often when the game is played like this as he does when the game is played between a man and a woman? These questions replace our original, «Can machines think?»”¹⁸ (61).

O chamado *Turing test* esquivia, no entanto, a questão de saber se, verdadeiramente, uma máquina é capaz de pensar. Basta que ela consiga fazer-se passar por ser humano – substituindo-o, aparentemente – para, nesta visão, se dever tomar como inteligente.

§ 11. Os algoritmos¹⁹ empregados na análise preditiva pela IA são

¹⁷ Na análise preditiva aplicada à prática da advocacia, o viés relativo à identidade e ao perfil dos magistrados até constituirá geralmente um conjunto de dados de importância muito significativa. Em função dele, poderão antecipar-se, por exemplo, certas decisões judiciais.

¹⁸ A. M. Turing, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, Vol. LIX, n.º 236, 1950, pp. 433 e 434.

¹⁹ Perguntado o *Microsoft Copilot*, em 4/12/2024, sobre “o que é um algoritmo de IA”, a resposta foi: “Um algoritmo de inteligência artificial (IA) é uma sequência de instruções programadas para permitir que um sistema computacional aprenda, raciocine, tome decisões e execute tarefas de forma automática, simulando capacidades humanas como a percepção, o reconhecimento de padrões e a tomada de decisão”.

suscetíveis de separação em dois grupos: *machine learning* e *deep learning*.

*Machine learning*²⁰ constitui um ramo da inteligência artificial – num nível anterior ao *deep learning*²¹ – que se caracteriza por uma menor capacidade da máquina para lidar com problemas novos. Será o subgrupo da inteligência artificial que, para produzir o resultado desejado, envolve algoritmos modificáveis sem intervenção humana²², mas sempre supondo que a informação por ela introduzida se encontra categorizada – contendo *v.g.* as características de um cão ou de um gato – de modo que a máquina proceda à inclusão/exclusão do caso concreto. *V.g.* o algoritmo que identifica e separa o *spam* de entre todo o correio eletrónico recebido.

Deep learning é um diferente (superior) ramo da inteligência artificial em que os algoritmos operam de maneira semelhante aos de *machine learning*, mas organizando-se por inúmeras camadas (*multilayer*), cada uma fornecendo uma interpretação diferente dos dados sobre os quais se alimenta. Essas camadas, numa tentativa de imitar a função das redes neuronais humanas (presentes no cérebro), formam uma rede neuronal artificial²³.

²⁰ “Aprendizagem automática” no dizer da Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica [2015/2103(INL)].

²¹ “It is important to clarify the meaning of the word learning in machine learning. Based upon the name, one might assume that these systems are learning in the way that humans do. But that is not the case. Rather, the word learning is used only as a rough metaphor for human learning. For instance, when humans learn, we often measure progress in a functional sense – whether a person is getting better at a particular task over time through experience. Similarly, we can roughly characterize machine-learning systems as functionally «learning» in the sense that they too can improve their performance on particular tasks over time. They do this by examining more data and looking for additional patterns” (Harry Surden, *Artificial Intelligence and Law: An Overview*, Georgia State University Law Review, vol. 35, 2019, pág. 1311). “«Machine learning» refers to a subfield of computer science concerned with computer programs that are able to learn from experience and thus improve their performance over time. ... The idea that the computers are «learning» is largely a metaphor and does not imply that computers systems are artificially replicating the advanced cognitive systems thought to be involved in human learning. Rather, we can consider these algorithms to be learning in a functional sense: they are capable of changing their behavior to enhance their performance on some task through experience” (Harry Surden, *Machine Learning and Law*, Washington Law Review, vol. 89, 2014, pág. 89).

²² “Such algorithms are powerful because, in a sense, these algorithms program themselves over time with the rules to accomplish a task, rather than being programmed manually with a series of predetermined rules” (Harry Surden, *Machine Learning and Law*, Washington Law Review, vol. 89, 2014, pág. 94).

²³ Artificial Neural Network (ANN) “is like the natural human brain with its biological neurons and synapses, the goal of which is to reproduce the computing power of the human brain.

É importante manter presente, no entanto, “que a noção antropomórfica de que as máquinas de computação são inteligentes e que os seus projetistas conseguiram deslizar uma mente dentro dos seus mecanismos (...) leva-nos a todos a abordar estas ferramentas preditivas com uma certa dose, consciente ou não, de misticismo, afirmando por vezes que aquilo que não é inteiramente possível hoje será inevitavelmente possível amanhã.

As IA «fortes» da literatura de ficção científica não existem. Este tipo de IA, que seria dotada não só de inteligência, mas também de consciência, permanece puramente ficcional. Os sistemas de autoaprendizagem que estão a ser desenvolvidos atualmente são descritos como IA «fracos» (Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente, ponto 3.2./62. e 63.).

§ 12. O uso competente da informação cria valor. No plano da prática jurídica, são facilmente antecipáveis diversos benefícios associados ao emprego de IA²⁴.

Por exemplo²⁵:

A network of many nodes can exhibit incredibly rich and intelligent behaviors such as ability to learn” (Paulius Cerka – Jurgita Grigien – Gintar Sirbikyt, Liability for damages caused by artificial intelligence, Computer Law & Security Review, n.º 31, 2015, pág. 380).

²⁴ Perguntado o Microsoft Copilot, em 3/12/2024, sobre “análise preditiva aplicada ao Direito”, a resposta foi: “A análise preditiva tem um impacto significativo no campo do direito, transformando a maneira como os advogados e profissionais jurídicos trabalham. Aqui estão algumas aplicações específicas:

Previsão de Resultados de Casos: Utilizando dados históricos e algoritmos avançados, a análise preditiva pode ajudar a prever os resultados de litígios com base em casos semelhantes anteriores. Isso permite que os advogados formulem estratégias mais eficazes e tomem decisões mais informadas.

Gestão de Riscos: A análise preditiva pode identificar possíveis problemas e riscos antes que eles se materializem, ajudando a evitar falhas custosas e a melhorar a conformidade regulatória.

Otimização de Recursos: Ao prever quais casos podem exigir mais tempo e recursos, a análise preditiva permite uma alocação mais eficiente desses recursos, resultando em maior eficiência operacional e redução de custos.

Estratégias Jurídicas Mais Inteligentes: Com a capacidade de analisar grandes volumes de dados, a análise preditiva ajuda a criar estratégias mais inteligentes e assertivas, aumentando a eficiência e a eficácia das ações jurídicas.

Jurimetria: Este campo específico da análise preditiva no direito trabalha com a análise estatística de dados judiciais para identificar padrões e prever resultados de litígios, auxiliando na tomada de decisões estratégicas”.

²⁵ Cf. v.g. Anabela Miranda Rodrigues, *Inteligência Artificial no Direito Penal – A Justiça Preditiva entre a Americanização e a Europeização*, in *A Inteligência Artificial no Direito Penal*, Anabela Miranda Rodrigues (coord.), Almedina, Coimbra, 2022, Reimpressão, págs. 17 a 20.

- i. A análise de dados – resultados de casos anteriores, quantidade de julgamentos ou de transações, os custos globais de ações semelhantes – permitirá dar a um advogado uma resposta à questão de saber, por exemplo, se deve litigar ou tentar o acordo com a parte contrária.
- ii. Considerando que a história tende a repetir-se, a observação da taxa de sucesso de ações semelhantes perante o mesmo tribunal, ou sobre as mesmas matérias, pode indicar a maior ou menor probabilidade de um certo pedido ser atendido ou desatendido.
- iii. Qual o valor dos honorários envolvidos na intervenção de um qualquer jurista na resolução de determinado assunto?
- iv. Que estrangulamentos são de prever ou que tarefas poderão ser executadas melhor ou mais rapidamente por outros profissionais?

§ 13. De entre algumas condutas alternativas suscetíveis de desencadear a aplicação de uma norma jurídica, algumas haverá que, ante esta, se deverão ter por inadmissíveis.

No entendimento que subjaz ao denominado *realismo jurídico*, o que se busca nestas circunstâncias é, mais exatamente, a resposta à seguinte questão: se, porventura, alguém se envolver na execução de uma das referidas condutas, incorrerá, por isso, em *v.g.* responsabilidade (civil, penal, disciplinar)²⁶?

Encarado o problema por esta modo, o juízo que ao jurista (advogado, magistrado, consultor) cabe desenrolar integra uma forte componente preditiva²⁷,

²⁶ Trata-se de uma perspectiva que, por exemplo, permite conceber a concessão de um efeito dissuasor à responsabilidade civil subjetiva. “Many commentators have tried to justify tort law on the ground that it promotes socially desirable behavior. Specifically, they claim that it prevents injuries by deterring unreasonably dangerous conduct. Although by no means new, this idea has had a great deal of play of late since it is the cornerstone of the «law and economics» view of tort law, which has been so widely discussed in recent years. If liability effectively served this social engineering purpose, it would be a powerful argument for the retention of tort law” (Stephen D. Sugarman, *Doing Away with Tort Law*, California Law Review, vol. 73, 1985, págs. 559/560).

²⁷ Muito visível quando, por exemplo, para efeitos de procedência do pedido de indemnização por perda de *chance* processual (fundado, portanto, em incumprimento de deveres contratuais ou deontológicos de advogado), o tribunal competente deva, previamente, apreciar a viabilidade da ação que, ao *v.g.* não ser devidamente intentada, haja lesado o mandante. *V.g.*: “Para fazer operar a responsabilidade civil contratual por perda de *chance* processual, impõe-se, perante cada hipótese concreta, num primeiro momento, averiguar, da existência, ou não, de uma probabilidade, consistente e séria (ou seja, com elevado índice de probabilidade), de obtenção de uma vantagem ou benefício (o sucesso da ação ou do recurso) não fora a *chance* perdida, importando, para tanto, fazer o chamado «julgamento dentro do julgamento», atentando no que poderia ser considerado como altamente provável pelo tribunal da causa. E, num segundo momento, caso se conclua afirmativamente pela existência de uma perda de *chance* processual

tornando-o inteiramente substituível por IA²⁸. Como, porém, nem toda a norma jurídica é, inevitável e inteiramente, dotada de caráter indeterminado, em processo judicial ele somente vale até um certo ponto. Se, eventualmente, suceder que o tribunal de instância inferior decida em função do que, dada a experiência, antecipa ser a decisão que o tribunal superior tomará, a verdade é que, na sua última instância (independentemente de qual ela seja), a predição que se fizer coincidirá forçosamente com a respetiva decisão²⁹. Além de que se muitas normas jurídicas têm conteúdo indefinido ou impreciso – designadamente, quando na lei se recorra a cláusulas gerais ou a conceitos indeterminados³⁰ –, nem é

*consistente e séria e pela verificação de todos os demais pressupostos da responsabilidade contratual (ocorrência do facto ilícito e culposo e imputação da perda de chance à conduta lesiva, segundo as regras da causalidade adequada), proceder à apreciação do quantum indemnizatório devido, segundo o critério da teoria da diferença, nos termos prescritos no art. 566º, nº 2, do C. Civil, lançando-se mão, em última instância, do critério da equidade ao abrigo do nº 3 deste mesmo artigo” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/11/2018, Proc. n.º 296/16.6T8GRD.C1.S2). Outro exemplo: “Consider the situation in which the three-judge district court found itself in *Barnette v. West Virginia State Board of Education*. That case presented the question whether a West Virginia Board of Education regulation requiring public school children to salute the American flag violated their rights or their parents’ rights under the First Amendment. Just two years earlier, in *Minersville School District v. Gobitis*, the Supreme Court had upheld a nearly identical requirement against such a challenge. Nonetheless, Circuit Judge Parker, writing for the three-judge court, believed that if faced with the question again, the Supreme Court would overrule *Gobitis*” (Michael C. Dorf, *Prediction and the Rule of Law*, UCLA Law Review, n.º 42, 1995, pág. 661).*

²⁸ “Si el derecho se reduce a predecir qué harán los tribunales, los algoritmos predictivos de tales decisiones se convierten en el paradigma de la inteligencia artificial jurídica y el modelado del razonamiento a través de casos una herramienta fundamental” (Jorge Crego, *Una clasificación de la Inteligencia Artificial jurídica desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho*, *Direito e Inteligência Artificial*, Maria Raquel Guimarães – Rute Teixeira Pedro (Coord.), Almedina, Coimbra, 2023, pág. 323).

²⁹ Michael C. Dorf, *Prediction and the Rule of Law*, UCLA Law Review, n.º 42, 1995, págs. 657/658.

³⁰ Tecnicamente, cláusula geral e conceito indeterminado não são locuções com significado idêntico, embora se relacionem de modo íntimo. “Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos” (Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. port. por João Baptista Machado, 6.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, pág. 208). Estes conceitos podem ser descritivos ou normativos. São da segunda espécie quando a sua aplicação dependa de uma valoração (Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. port. por João Baptista Machado, 6.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, pág. 213). Ora, ao invés do que, por definição, sucede com a cláusula geral, o conceito indeterminado normativo não está necessariamente dotado da generalidade que caracteriza aquela. “Característico da cláusula geral é a sua maior

forçosamente assim, nem é sempre assim.

§ 14. O artigo 5.º, (d), do Regulamento Inteligência Artificial [P9_TA (2024) 0138] proíbe, em regra, “a colocação no mercado, a colocação em serviço para esta finalidade específica ou a utilização de um sistema de IA para a realização de avaliações de risco de pessoas singulares a fim de avaliar ou prever a probabilidade de uma pessoa singular cometer uma infração penal, com base exclusivamente na definição de perfis de uma pessoa singular ou na avaliação dos seus traços e características de personalidade. Esta proibição não se aplica aos sistemas de IA utilizados para apoiar a avaliação humana do envolvimento de uma pessoa numa atividade criminosa, que já se baseia em factos objetivos e verificáveis diretamente ligados a uma atividade criminosa”. Não se interdita, portanto, a análise preditiva. Pretende-se antes, sobretudo, contê-la dentro das margens do razoável.

Há razões de ordem prática que pesam muito fortemente no sentido de admitir o recurso à IA para auxiliar a generalidade dos juristas no desempenho da sua função³¹. Radicam quase todas numa constatação elementar: o Estado de Direito democrático é impraticável nos moldes atuais.

A exequibilidade de grande parte dos chamados Direitos (Fundamentais) Sociais pressupõe que o Estado beneficia de meios e de capacidades ilimitadas. Admitindo-se, por exemplo, que cada médico de

abertura, que alarga o seu campo de aplicação, deixando bastante indefinidos os casos a que virá a aplicar-se” (Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 116). A uma e a outro acresce o chamado conceito discricionário – que pode igualmente fazer apelo, para se manifestar, a conceitos indeterminados ou a cláusulas gerais –, cujo principal atributo reside na “«autonomia» da valoração pessoal” (Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. port. por João Baptista Machado, 6.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, pág. 214).

³¹ Com efeito, “the involvement of AI can vary greatly according to the applications. For illustrative purposes, the main categories are as follows:

- Advanced case-law search engines;
- Online dispute resolution;
- Assistance in drafting deeds;
- Analysis (predictive, scales);
- Categorisation of contracts according to different criteria and detection of divergent or incompatible contractual clauses;
- «Chatbots» to inform litigants or support them in their legal proceedings” (European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment). Cf. v.g. Ray Worthy Campbell, *Artificial Intelligence in the courtroom: the delivery of justice in the age of machine learning*, Colorado Technology Law Journal, vol. 18, 2020, págs. 330 a 334).

família não há-de ter a seu cargo, para desempenhar satisfatoriamente as suas funções, mais de cinquenta doentes, serão aproximadamente necessários 200.000 desses clínicos para satisfazer as necessidades de quase dez milhões de pessoas³²!

Qual, por outro lado, o número ótimo de processos que a cada tribunal se deve adjudicar de maneira que esteja garantida a eficácia e, sobretudo, a celeridade processual (a qual tem natureza de direito fundamental – n.º 4 do artigo 20.º da Constituição)? Essa contabilização já terá sido realizada ou será preferível ignorá-la³³? Quantas dezenas de milhar de magistrados – Judiciais e do Ministério Público –, funcionários e outros empregados serão imprescindíveis para tanto? É, sequer, tarefa executável³⁴?

Unicamente por esta razão, parece haver justificação mais do que suficiente para recorrer ao uso intensivo da IA. Com efeito, regressando aos exemplos, só *v.g.* mediante o diagnóstico clínico realizado mediante IA se pode garantir, à generalidade dos cidadãos, o acesso à saúde em tempo útil. Só através do recurso *v.g.* ao policiamento preditivo³⁵ (como aquele que, no limite da imaginação, compõe o enredo do filme *Minority Report*³⁶) se pode oferecer aos órgãos de polícia criminal

³² Isto apesar de, considerando dados do Eurostat, dos Estados que compõem a EU, Portugal ser o segundo com maior número de médicos (562,00) por cada 100.000 habitantes (<https://ec.europa.eu/eurostat/product?code=DDN-20230818-1>).

³³ Segundo dados de 2018 do Ministério da Justiça (“Os Números da Justiça – dez. 2019”, DGPJ), existiriam, na altura, 1743 magistrados judiciais. Nesse ano, entraram 502.494 processos nos tribunais. Não contabilizando as pendências, o quociente da divisão é de 288 processos por magistrado. Os processos pendentes a 31 de dezembro desse ano, eram 851.879. O quociente da divisão – hiper simplificada, pois não considera categorias de tribunais nem instâncias – é de 488 processos por magistrado. Será realista pretender celeridade?

³⁴ Já sem referir – esperando tratar-se de situação transitória ou conjuntural – a fraca atratividade que a magistratura (Judicial ou do Ministério Público) exerce junto dos recém-licenciados em Direito, a qual faz temer uma perigosa e drástica redução, nos próximos anos, de magistrados em exercício de funções.

³⁵ “The Chicago Police Department’s (CPD’s) Strategic Subject List algorithm creates a risk assessment score known as the Strategic Subject List or SSL. These scores reflect an individual’s probability of being involved in a shooting incident either as a victim or an offender. The initial data consists of information about arrests contained within the CPD data warehouse. Using that data, the algorithm constructs social networks... to previous homicide victims to predict the likelihood of someone becoming a victim of a homicide” (Robert H. Sloan – Richard Warner, *Algorithms and Human Freedom*, Santa Clara High Technology Law Journal, vol. 35, 2019, pág. 10).

³⁶ *Minority Report* [filme]. Realização de Steven Spielberg. USA. 20th Century Fox,

os recursos indispensáveis para “defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos” (artigo 272.º, n.º 1, Constituição R.P.).³⁷ Apenas através do apelo à IA se pode pro-

DreamWorks Pictures, Amblin Entertainment, Blue Tulip Productions, 2002. Em 2054, de acordo com o seu enredo, uma unidade especial de polícia será capaz de deter potenciais assassinos antes que eles cometam homicídios, com isso sugerindo a possibilidade de a responsabilidade penal poder despontar com fundamento num crime não ocorrido, nem tentado ou preparado. Entretanto, passadas aproximadamente duas décadas sobre a data de estreia deste filme, o BVerfG declarou inconstitucional o chamado “HessenDATA” (Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung – HSOG), sistema de policiamento preditivo que a Polícia do Estado de Hessen pretendeu recentemente implementar. Contudo, a decisão foi tomada não com fundamento na essência do problema – ou seja, não pela respetiva aptidão para gerar perfis de suspeitos da prática de crimes antes de eles serem cometidos –, mas apenas pela muito vaga regulamentação que recebeu, tanto no que respeitava a propósitos, como no que se referia a limites. Tal como ideado, o referido sistema processaria os dados pessoais a que acedesse (v.g. fornecidos pela própria polícia ou obtidos mediante escuta telefónica ou a partir de dados disponíveis através das redes sociais) de forma automática, sem intervenção humana. Qualquer pessoa que se tornasse objeto de uma análise de dados rapidamente se tornaria um cidadão “transparente”, mesmo que a sua ligação com, por exemplo, o suspeito primário fosse incidental (através v.g. do mesmo endereço ou da filiação no mesmo clube de futebol). Para tanto, a Polícia encontrava-se autorizada a introduzir – designadamente, em telemóveis ou computadores – *software* especificamente destinado a espiar o seu conteúdo (*trojan*). Certo parece, no entanto, que a respetiva implementação seguramente ocorrerá superados que se estejam os obstáculos colocados pelo BVerfG. Mais cedo do que tarde. “The underlying theory is that the more connections a person has to coarrested individuals the more likely one will commit homicide or be a victim of one (depending on the nature of the links)” (Robert H. Sloan – Richard Warner, *Algorithms and Human Freedom*, Santa Clara High Technology Law Journal, vol. 35, 2019, pág. 11).

³⁷ “Os instrumentos descritos como «policiamento preditivo» (antes do processo judicial ou antes de um processo judicial) já estão a crescer rapidamente e começam a ser conhecidos pelo público em geral (por exemplo, pense-se na lista no-flow, que é na realidade uma aplicação analítica de big data que recolhe e analisa dados sobre potenciais terroristas a fim de impedir a prática de atos ou algoritmos utilizados para detetar fraudes ou branqueamento de capitais). Em geral, um grande número de ferramentas informáticas é comumente usado para prevenir a prática de atos criminosos (identificando possíveis lugares onde isso possa acontecer ou seus autores) ou processá-los de forma mais eficaz. A primeira categoria inclui instrumentos de «policiamento preditivo» que são utilizados para prevenir certos tipos de infrações com elementos de regularidade na sua ocorrência, tais como roubo, violência na rua, furto de/de veículos. A designação destes instrumentos deriva da sua capacidade de determinar com precisão onde e quando estas infrações podem ser cometidas e de reproduzir estas informações num mapa geográfico sob a forma de pontos críticos que são monitorizados em tempo real pelas patrulhas policiais. Este processo é chamado de mapeamento preditivo criminal. A maior parte do software usado nesta área é baseado em evidências históricas de

porcionar v.g. oportunidade e tempestividade às decisões judiciais³⁸. Claro que, em contrapartida, torna-se evidentemente necessário garantir a fiabilidade, a certeza e a segurança das soluções técnicas que,

localização de crimes, tais como relatórios policiais, mas ainda mais poderosas novas tecnologias que combinam vários dados e dados de diferentes fontes também estão a ser testadas. Estes instrumentos, que têm taxas de eficácia muito persuasivas, têm também alegadamente efeitos dissuasores na prática de infrações nas zonas circundantes dos pontos críticos, conduzindo a uma opinião positiva das políticas públicas. No entanto, as capacidades de previsão destes instrumentos, que mostram as suas limitações no que respeita a crimes de natureza menos regular ou que visam diferentes locais, como o terrorismo, devem ser perspectivadas. Além disso, uma das suas fraquezas é o efeito de «círculos viciosos» e «profecias autorrealizadas»: as vizinhanças consideradas em risco atraem mais atenção da polícia e a polícia deteta mais crime, o que leva a uma vigilância policial excessiva das comunidades que nelas vivem. Finalmente, as questões sobre uma possível «tirania do algoritmo» que poderia minimizar ou mesmo substituir progressivamente o julgamento humano não estão totalmente ausentes dos próprios serviços policiais, mesmo que, por enquanto, a tecnologia seja apresentada como estando ao serviço dos seres humanos para melhor os equipar para a tomada de decisões. Além disso, a análise de big data está sendo cada vez mais aplicada na repressão ao crime. Ferramentas como o Connect, que é utilizado pela polícia britânica para analisar milhares de milhões de dados gerados em transações financeiras para encontrar correlações ou padrões de operações, ou a International Child Sexual Exploitation Database (ICSE DB), gerida pela Interpol, que ajuda a identificar vítimas e/ou perpetradores através da análise, por exemplo, de mobiliário e outros objetos em imagens abusivas, ou da análise do ruído de fundo em vídeos, revelaram-se particularmente eficazes no combate ao crime. Com o Connect, por exemplo, as pesquisas que antes exigiam meses de investigação agora podem ser realizadas em minutos, com um nível muito alto de complexidade e volume de dados» (Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente – ponto 7.1.).

³⁸ “O crescente número de processos tem sufocado o imediatismo da sentença, violando efetivamente o princípio fundamental do devido processo legal, e aumentando os custos para o Estado. Neste clima difícil, os juristas têm buscado, na inteligência artificial, uma solução concreta capaz de agilizar e otimizar os tempos da justiça. Se a inteligência artificial é um conjunto de metodologias, técnicas e algoritmos para a análise e previsão automática de fenômenos complexos, implicitamente descritos por bancos de dados históricos que representam experiências «anteriores», compartilhadas e amadurecidas ao longo do tempo, o termo justiça preditiva refere-se ao uso de algoritmos e técnicas de inteligência artificial para fazer «previsões» na área jurídica, pretende-se fornecer, de forma simples e sem tecnicismos desnecessários, com particular referência às disciplinas jurídicas, as noções básicas e as potencialidades de aplicação da inteligência artificial. Atualmente, os problemas que dificultam a substituição do juiz pelo robô dizem respeito à compatibilidade quanto aos princípios da imparcialidade, imparcialidade e discricionariedade do juiz, quanto às vastas variáveis dos casos, quanto à ausência de o caso em si” (Vitulia Ivone, *Decisão Robótica no Direito Italiano, Direito e Inteligência Artificial*, Maria Raquel Guimarães – Rute Teixeira Pedro (Coord.), Almedina, Coimbra, 2023, pág. 278).

no futuro, caiba adotar^{39 40}.

A introdução de tecnologias de análise preditiva no sistema de justiça (*Legal Judgment Prediction* – LJP) reclama, porém, uma cuidadosa ponderação porque elas podem exacerbar ainda mais as desigualdades e marginalizar também ainda mais certas comunidades. O desafio é garantir que os resultados produzidos sejam fiáveis. É relativamente conhecido, por exemplo, que a maioria dos algoritmos usados pelas tecnologias de reconhecimento facial tem como alvo pessoas suspeitas de crimes identificados com base na cor da pele. Ou, ainda por exemplo, que os sistemas automatizados que definem perfis de risco são projetados para identificar desproporcionalmente certos grupos raciais (como imigrantes ilegais). Em qualquer caso, eles encontram-se enviesados. Situações haverá em que o enviesamento é até desejável, mas, em geral, ele representa um sério defeito.

§ 15. Segundo uma taxonomia possível, identificar-se-ão v.g. os seguintes níveis de autonomia no processo de raciocínio jurídico quando

³⁹ Assim, por exemplo, através de um “*systematic study on predicting the outcome of cases tried by the European Court of Human Rights based solely on textual content*”, (...) “*We define the problem of the ECtHR case prediction as a binary classification task. We utilise textual features, i.e., N-grams and topics, to train Support Vector Machine (SVM) classifiers. We apply a linear kernel function that facilitates the interpretation of models in a straightforward manner. Our models can reliably predict ECtHR decisions with high accuracy, i.e., 79% on average. Results indicate that the «facts» section of a case best predicts the actual court’s decision, which is more consistent with legal realists’ insights about judicial decision-making. We also observe that the topical content of a case is an important indicator whether there is a violation of a given Article of the Convention or not*” (Nikolaos Aletras – Dimitrios Tsarapatsanis – Daniel Preoțiuc-Pietro – Vasileios Lampos, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, PeerJ Computer Science, 2016).

⁴⁰ No que especificamente toca às decisões judiciais, acresce que cabe ainda perguntar, por exemplo: “Qual o valor do «padrão» resultante do número de decisões proferidas sobre uma matéria específica? Este «padrão» acrescenta-se à lei? Em caso afirmativo, trata-se de uma nova fonte de direito? Deve ser pedido aos juízes que forneçam explicações adicionais para as decisões que se desviem desta norma? (...) Além disso, não seria verdade que, se as normas fossem estabelecidas de acordo com a tendência maioritária, as decisões judiciais seriam uniformizadas e deixariam de ser ordenadas de acordo com a hierarquia dos tribunais de onde emanam, ignorando o significado das decisões dos tribunais supremos, que são os garantes da interpretação uniforme do direito em muitos Estados europeus? Qual seria a relação entre normas e jurisprudência? Uma vez que derivam da maioria, tornar-se-iam um critério para estes tribunais ao determinarem a sua própria jurisprudência, que, por sua vez, teriam de justificar quando se afastassem da opinião maioritária?” (Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente – ponto 2.2.35.).

ele passe a estribar-se em Inteligência Artificial⁴¹:

“Level 0: No Automation for AI Legal Reasoning;

Level 1: Simple Assistance Automation for AI Legal Reasoning;

Level 2: Advanced Assistance Automation for AI Legal Reasoning;

Level 3: Semi-Autonomous Automation for AI Legal Reasoning;

Level 4: Domain Autonomous for AI Legal Reasoning;

Level 5: Fully Autonomous for AI Legal Reasoning;

Level 6: Superhuman Autonomous for AI Legal Reasoning”.

O nível 0, “*is considered the no automation level. Legal reasoning is carried out via manual methods and principally occurs via paper-based methods*”. Tudo ao invés, o nível 5 “*consists of fully autonomous computer-based systems for AI legal reasoning. It is conceivable that someday there might be a fully autonomous AI legal reasoning capability, one that encompasses all of the law in all foreseeable ways, though this is quite a tall order and remains quite aspirational without a clear cut path of how this might one day be achieved*”. Por fim, o nível 6 “*consists of superhuman autonomous computer-based systems for AI legal reasoning. (...) The notion is that AI might ultimately exceed human intelligence, rising to become superhuman, and if so, we do not yet have any viable indication of what that superhuman intelligence consists of and nor what kind of thinking it would somehow be able to undertake*”⁴². O único que, para já, constitui pura ficção científica é o nível 6.

Por outro lado, quando o recurso à LJP tenha em vista – como geralmente sucede na perspetiva do advogado – antecipar resultados, torna-se necessário determinar sobre qual ou quais se pretende obter uma resposta? Decisões interlocutórias? Decisão final, em primeira instância, sobre o mérito? Decisão a proferir em recurso?

Não pode deixar de referir-se também que a LJP, aplicada à advocacia, comporta graves perigos. Com efeito, não se pode excluir a “possibilidade de que, no futuro, aplicações de autoaprendizagem muito úteis e, por conseguinte, muito dispendiosas, sejam muito mais eficazes do que a experiência e o «bom senso» dos advogados de contencioso que trabalham com os processos da forma tradicional. A utilização de tais aplicações poderia acentuar ainda mais a distorção da concorrência e a desigualdade de condições entre os escritórios de advogados que utilizaram ou não esse *software* «preditivo» de análise da jurisprudência.

⁴¹ Lance B. Eliot, *Legal Judgment Prediction (LJP) Amid the Advent of Autonomous AI Legal Reasoning*, arXiv:2009.14620 [cs.CY], pág. 14.

⁴² Lance B. Eliot, *Legal Judgment Prediction (LJP) Amid the Advent of Autonomous AI Legal Reasoning*, arXiv:2009.14620 [cs.CY], págs. 14/15.

Existe um risco real de que, em nome dessa vantagem competitiva, o princípio de um julgamento justo estabelecido por lei seja posto em causa. A possibilidade de criação de perfis pelos juizes através de referências cruzadas de dados públicos e privados poderia permitir que as empresas privadas e os seus advogados se empenhassem ainda mais em práticas de escolha do foro mais vantajosas. Esta tática já foi observada há muito tempo nos Estados Unidos e em França por delitos de imprensa e violações da privacidade na imprensa, onde os queixosos já são conhecidos por escolherem o tribunal que parece conceder os maiores montantes de indemnização e juros” (Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente, ponto 2.3.2./45. e 46.).

§ 16. A língua é a *coin of the realm* no domínio jurídico. As instituições e os atores jurídicos não só formam, consomem e interpretam grandes volumes de texto, como praticamente todos os processos judiciais envolvem uma enorme produção ou utilização de documentos escritos. A sua elaboração cuidada e a análise e interpretação da linguagem neles contida estão entre as principais atividades desenvolvidas por juizes, reguladores, legisladores e advogados. Na verdade, a linguagem jurídica provou ser tão desafiante que muitos leigos a descrevem como “juridiquês” ou “jargão jurídico”.

A adoção de sistemas de IA na área do Direito supõe, antes de mais nada, o desenvolvimento de modelos de linguagem de larga escala (LLM – *Large Language Models*)⁴³. Sendo alimentados e treinados com recurso a conjuntos massivos de dados e dotados de algoritmos de *deep learning*, tornar-se-ão capazes de executar uma variedade de tarefas ligadas ao processamento de linguagem natural (NLP – *Natural Language Processing*) como *v.g.* reconhecer, traduzir, prever ou mesmo gerar texto próprio. A

⁴³ “These systems are deep neural networks with billions to trillions of parameters (weights) that are «pretrained» on enormous natural-language corpora, including large swathes of the web, online book collections, and other collections amounting to terabytes of data. The task of these networks during training is to predict a hidden part of an input sentence – a method called «self-supervised learning». The resulting network is a complex statistical model of how the words and phrases in its training data correlate. Such models can be used to generate natural language, be fine-tuned for specific language tasks, or be further trained to better match «user intent». LLMs such as OpenAI’s well-known GPT-3 and more recent ChatGPT and Google’s PaLM can produce astonishingly humanlike text, conversation, and, in some cases, what seems like human reasoning abilities, even though the models were not explicitly trained to reason. How LLMs perform these feats remains mysterious for lay people and scientists alike” (Melanie Mitchell – David C. Krakauer, *The debate over understanding in AI’s large language models*, Vol. 120, n.º 13, 2023, arXiv:2210.13966 [cs.LG], pág. 2).

tarefa de treinar máquinas para “compreender” a linguagem jurídica tem-se revelado, porém, muito difícil. O principal desafio, que limita as soluções tecnológicas, reside precisamente na sua complexidade.

§ 17. O desenho de sistemas preditivos fiáveis pressupõe que eles sejam capazes de responder aos seguintes desafios: “(1) level of accuracy; (2) how the data is collected and prepared; (3) choice classificatory and predictive targets; (4) the use of proxies to make classifications and predictions; (5) feedback – data feedback into the system and the presence or lack of error correction”⁴⁴.

A Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente⁴⁵ estabelece os seguintes cinco princípios a que ela deverá sujeitar-se:

- i. RESPEITO PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: a conceção e a aplicação de instrumentos e serviços de inteligência artificial devem compatibilizar-se com o respeito pelos direitos fundamentais.
- ii. NÃO-DISCRIMINAÇÃO: o seu desenvolvimento ou intensificação deve prevenir qualquer segregação entre indivíduos ou grupos de indivíduos.
- iii. QUALIDADE E SEGURANÇA: em relação ao processamento de decisões e dados judiciais, devem utilizar-se fontes certificadas e dados intangíveis com modelos elaborados de forma multidisciplinar, em ambiente tecnológico seguro.
- iv. TRANSPARÊNCIA, IMPARCIALIDADE E EQUIDADE: os métodos de tratamento de dados devem ser acessíveis, compreensíveis e autorizar auditorias externas.
- v. CONTROLO DO USUÁRIO: deve excluir-se uma abordagem prescritiva e garantir que os usuários sejam atores informados capazes de controlar as escolhas feitas.

No dizer da referida Carta, torna-se decisivo assim, designadamente, que o apelo à IA:

⁴⁴ Robert H. Sloan – Richard Warner, *Algorithms and Human Freedom*, Santa Clara High Technology Law Journal, vol. 35, 2019, pág. 9.

⁴⁵ “Esta foi adotada em dezembro de 2018 constituindo um exemplo emblemático de soft law. Dirige-se quer a entidades públicas quer privadas responsáveis pela produção de instrumentos e serviços de IA que envolvam o tratamento de dados e de decisões judiciais e também aos legisladores a quem compete estabelecer o enquadramento legal para o desenvolvimento, fiscalização e utilização de tais instrumentos” [Anabela Miranda Rodrigues, *Inteligência Artificial no Direito Penal – A Justiça Preditiva entre a Americanização e a Europeização*, in *A Inteligência Artificial no Direito Penal*, Anabela Miranda Rodrigues (coord.), Almedina, Coimbra, 2022, Reimpressão, pág. 32].

- i. não prejudique *“as garantias do direito de acesso ao juiz e do direito a um julgamento justo (igualdade de armas e respeito pelo processo contraditório)”*;
- ii. garanta que os métodos usados *“não reproduzem ou agravam”* discriminações e *“que não conduzem a análises ou utilizações determinísticas”*;
- iii. obrigue *“os projetistas de modelos de autoaprendizagem”* a recorrer *“amplamente à experiência dos profissionais relevantes do sistema de justiça (juízes, procuradores, advogados, etc.) e investigadores/professores nos campos do direito e das ciências sociais (por exemplo, economistas, sociólogos e filósofos)”*;
- iv. assegure *“a transparência técnica total (por exemplo, código-fonte aberto e documentação)”* e que o sistema seja passível de *“ser explicado em linguagem clara e familiar”*;
- v. permita ao utilizador ser informado sobre se *“as soluções oferecidas pelos instrumentos de inteligência artificial são ou não vinculativas”*, sobre as diferentes opções à sua disposição e sobre as condições em que lhe é reconhecido o direito de acesso a um tribunal formado por magistrados humanos.

§ 18. O recurso à análise preditiva em Direito põe em perigo a integridade de vários Direitos, Liberdades e Garantias individuais.

No plano do processo judicial, antes do mais. Os direitos assegurados pelos artigos 20.º e 32.º da Constituição – designadamente, de acesso ao tribunal (no sentido de direito a ser julgado por um magistrado), ao patrocínio judiciário (no sentido de direito ao aconselhamento jurídico), à igualdade de armas (resultante da observância do princípio do contraditório⁴⁶) e à presunção de inocência – podem ficar seriamente comprometidos, condicionados ou inviabilizados.

Mas também no plano dos direitos pessoais à intimidade pessoal,

⁴⁶ Do qual decorre, entre outros corolários, o direito a uma sentença personalizada. Cf., a este propósito, o *leading case* conhecido como *Loomis vs. Wisconsin* [881 N.W.2d 749 (Wis. 2016)]. No início de 2013, o Estado de Wisconsin acusou Eric Loomis da prática de cinco crimes relacionados com um tiroteio em La Crosse. Na preparação da decisão final, foi produzido um relatório oficial que incluía uma avaliação de risco obtida através do programa COMPAS (Correction Offender Management Profiling for Alternative Sanctions). O COMPAS estimava o risco de reincidência com base numa entrevista ao arguido e em informações extraídas a partir do seu cadastro. Uma vez que a metodologia subjacente ao COMPAS constituía segredo comercial, apenas as referidas estimativas foram comunicadas ao tribunal. Na sentença, a primeira instância reportou-se à avaliação do COMPAS e, em parte nela fundada, condenou Loomis a seis anos de prisão. Este recorreu argumentando que a confiança depositada pelo tribunal naquele *software* violava o seu direito a um processo equitativo dado o secretismo em que se baseava (Harvard Law Review, vol. 130, 1530, 2017).

à reserva da vida privada, à proteção dos dados pessoais, à imagem ou à voz despontam perigos de igual ou superior intensidade. A predição envolve o acesso a grandes quantidades de informações (*Big Data*⁴⁷). Entre eles encontram-se dados sensíveis como retratos, gravações de vídeo ou de voz, identificação pessoal, caráter⁴⁸, relações pessoais ou familiares, dados de saúde, etc., que se tornam facilmente acessíveis, em geral, sem necessidade de consentimento dos seus titulares (seja por ele se mostrar inconveniente, seja por não se mostrar exequível)⁴⁹. Ora, por “as pessoas não terem conhecimento do recurso a IA”, isso “não só afeta as suas escolhas e a sua capacidade de autodeterminação como pode também afetar, depois, a sua capacidade de reação face a um uso ilícito dessas tecnologias”⁵⁰.

⁴⁷ “A quantidade ingente de big data produzidos, gratuita e diariamente, que a difusão global de smartphones e de outros instrumentos de comunicação telemática permitiu, associada ao aumento sem precedentes da capacidade computacional agora disponível a baixo custo, que facilita o processamento, em tempo irrisório, de um número praticamente infinito de dados, representam o contexto ideal em que os algoritmos passam a poder fornecer os resultados mais eficientes, o que em vários setores da atividade social não se enjeita, designadamente na administração pública, e também não se pode afastar liminarmente na administração da justiça penal” [Anabela Miranda Rodrigues, *Inteligência Artificial no Direito Penal – A Justiça Preditiva entre a Americanização e a Europeização*, in *A Inteligência Artificial no Direito Penal*, Anabela Miranda Rodrigues (coord.), Almedina, Coimbra, 2022, Reimpressão, pág. 23].

⁴⁸ Maria Raquel Guimarães, *IA, Profiling e direitos de personalidade*, Direito e Inteligência Artificial, Maria Raquel Guimarães – Rute Teixeira Pedro (Coord.), Almedina, Coimbra, 2023, págs. 341 a 344.

⁴⁹ “Big Data poses new challenges for privacy advocates. Unlike previous computational models that exploited known sources of personally identifiable information («PII») directly, such as behavioral targeting, Big Data has radically expanded the range of data that can be personally identifying. By primarily analyzing metadata, such as a set of predictive and aggregated findings, or by combining previously discrete data sets, Big Data approaches are not only able to manufacture novel PII, but often do so outside the purview of current privacy protections” (Kate Crawford – Jason Schultz, *Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms*, Boston College Law Review, vol. 55, 93, 2014, pág. 94).

⁵⁰ Anabela Costa Leão, *Algumas notas sobre direitos fundamentais, transformação digital e inteligência artificial*, Direito e Inteligência Artificial, Maria Raquel Guimarães – Rute Teixeira Pedro (Coord.), Almedina, Coimbra, 2023, pág. 23.

A CONTRADIÇÃO INSTITUCIONAL DO CÁRCERE E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O GARANTISMO PENAL

THE INSTITUTIONAL CONTRADICTION OF INCARCERATION AND ITS INCOMPATIBILITY WITH PENAL GUARANTEE THEORY

Kleila Canabrava Aleixo¹

Dorcas Marques Almeida²

Henrique Viana Pereira³

DOI: <https://doi.org/10.34628/MVCT-5X63>

Resumo: O presente artigo examina as alterações promovidas pelas Leis nº 13.964/2019 e nº 14.843/2024 no art. 112 da Lei de Execução Penal, que redefiniram os critérios para progressão de regime, resultando em períodos mais longos de encarceramento. Considerando a crítica de Luigi Ferrajoli, que qualifica o cárcere como uma contradição institucional devido à sua incapacidade de assegurar direitos fundamentais, o texto questiona se o endurecimento das normas penais

¹ Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela UERJ (2011). Mestre em Direito pela UFMG (2003). Especialista em Docência no Ensino Superior pela PUC Minas (2005). Bacharel em Filosofia pela UFMG (1998). Bacharel em Direito pela PUC Minas (1998). Professora Adjunta de Direito Penal, Criminologia e Política Criminal nos cursos de graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) da PUC Minas.

² Doutoranda e Mestre (2020) em Direito pela PUC Minas. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UCAM (2018). Bacharel em Direito pela PUC Minas (2016). Professora. Advogada Criminalista.

³ Doutor e Mestre em Direito pela PUC Minas. Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Penal no Programa de Pós-graduação da PUC Minas. Professor de Direito Penal e Processo Penal da PUC Minas e do Centro Universitário Unihorizontes. Advogado criminalista. sócio no escritório Ariosvaldo Campos Pires Advogados. Coordenador do grupo de pesquisa “Direito Penal Contemporâneo: em busca da maior proteção com o menor sacrifício à liberdade”. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6427310200446177>.

está alinhado ao garantismo penal ou se reforça um modelo punitivo incompatível com os valores de um Estado Democrático de Direito. Também reflete sobre a coexistência de direitos violados e um aparato penal cada vez mais robusto, analisando se essas mudanças normativas ecoam práticas autoritárias de exercício do poder, em detrimento da dignidade humana e da justiça. O artigo conclui pela necessidade de superação do modelo carcerário, destacando a falaciosa concepção do cárcere como instrumento de defesa social e propondo alternativas que rompam com a centralidade da prisão no sistema punitivo.

Palavras-chave: Cárcere; Contradição institucional; Superação; Garantismo penal.

Abstract: *This article examines the amendments introduced by Laws nº 13.964/2019 and nº 14.843/2024 to article 112 of the Penal Execution Law, which redefined the criteria for sentence progression, resulting in longer incarceration periods. Considering Luigi Ferrajoli's critique, which describes incarceration as an institutional contradiction due to its inability to safeguard fundamental rights, the study questions whether the tightening of penal norms aligns with penal guarantee theory or reinforces a punitive model incompatible with the values of a Democratic Rule of Law. It further reflects on the coexistence of violated rights and an increasingly robust penal system, analyzing whether these normative changes echo authoritarian practices of power in detriment to human dignity and justice. The article concludes by advocating for the prison system's abandonment, highlighting the fallacious notion of incarceration as a societal defense mechanism, and proposing alternatives to dismantle the prison-centric punitive paradigm.*

Keywords: Prison; Institutional contradiction; Resilience; Criminal guarantee.

Sumário: 1. Introdução. 2. O cárcere enquanto uma contradição institucional e a necessidade de sua superação. 2.1. A relação existente entre o cárcere e a desigualdade social. 3. Os impactos ocasionados pelas alterações legislativas no sistema progressivo de penas. 4. A falaciosa concepção do cárcere como instrumento de defesa social. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

Summary: 1. Introduction. 2. Prison as an institutional contradiction and the need to overcome it. 2.1. The relationship between prison and social inequality. 3. The impact of legislative changes on the progressive sentencing system. 4. The fallacious conception of prison as an instrument of social defence. 5. Conclusion. 6. References.

1. Introdução

A Lei de Execução Penal (LEP), em vigor no Brasil há quase 40 anos, tem sido objeto de sucessivas alterações legislativas que refletem mudanças nas políticas criminais ao longo do tempo. O presente texto analisará os objetivos dessas modificações penitenciárias.

A partir disso, com foco nas alterações introduzidas pelas Leis nº 13.964/2019 e nº 14.843/2024 no art. 112 da LEP, que redefiniram os crité-

rios para progressão de regime, impondo períodos mais longos de permanência em regimes mais severos, será verificado se as finalidades dessas mudanças, estão alinhadas com o garantismo penal.

As alterações introduzidas pelas Leis nº 13.964/2019 (Brasil, 2019) e 14.843/2024 (Brasil, 2024c) no art. 112 da LEP (Brasil, 2024b) – isto é, no dispositivo legal que dispõe acerca do sistema progressivo de penas – partem da premissa de que a prisão é um instrumento de defesa da sociedade e aumentam o tempo em que o indivíduo permanecerá aprisionado, sobretudo através da determinação de que a pessoa em execução de pena privativa de liberdade deverá permanecer por um período maior em um regime mais gravoso para que, posteriormente, possa progredir para um regime menos gravoso. Então, sob o pretexto de promover maior segurança pública, essas alterações ampliam o tempo de encarceramento, revelando um movimento normativo que prioriza a pena privativa de liberdade como instrumento de controle social.

Considerando a crítica formulada por Luigi Ferrajoli (2016), que qualifica o cárcere como uma contradição institucional devido à sua incapacidade de assegurar direitos fundamentais, este texto questiona se o endurecimento das normas penais está alinhado ao garantismo penal ou se reforça um modelo de gestão punitiva incompatível com os valores de um Estado Democrático de Direito. Além disso, ao refletir sobre a coexistência de direitos violados e um aparato penal cada vez mais robusto, busca-se compreender se o direito tem sido impactado pelas transformações contemporâneas que desafiam as bases do Estado democrático, abrindo espaço para práticas normativas que ecoam formas autoritárias de exercício do poder.

Para isso, inicialmente, serão examinados os efeitos das alterações legislativas sobre o sistema progressivo de penas, constatando seu alinhamento a políticas de encarceramento em massa. Em seguida, serão analisadas as justificativas subjacentes às mudanças, revelando a persistência da visão falaciosa do cárcere como instrumento de defesa social. Por fim, com base em pesquisa bibliográfica orientada pelo garantismo penal, avaliar-se-á a viabilidade de alternativas que superem a centralidade da prisão como principal pena no sistema punitivo.

A metodologia a ser utilizada será através de revisão bibliográfica, com abordagem qualitativa com análise e interpretação das referências selecionadas.

Por fim, após a realização de levantamentos bibliográficos norteados pelos ensinamentos de Luigi Ferrajoli (2016), confirmar-se-á se a hipótese inicialmente levantada é procedente ou não.

2. O cárcere enquanto uma contradição institucional e a necessidade de sua superação

A pena de prisão começou a ganhar expressividade a partir do século XVIII e se transformou na principal modalidade de sanção do sistema de punição a partir no século XIX. As primeiras críticas formuladas a ela são praticamente concomitantes ao seu surgimento, pois *“a crítica da prisão e de seus métodos aparece muito cedo, nesses mesmos anos de 1820-1845”* (Foucault, 2014, p. 259).

De acordo com Michel Foucault, as principais críticas que já eram formuladas quando do surgimento da pena de prisão e que ainda são repetidas na contemporaneidade são as seguintes: *“as prisões não diminuem a taxa de criminalidade”* e, em contrapartida, as multiplica em quantidade e qualidade (Foucault, 2014, 259); a prisão induz a reincidência porque o indivíduo que é inserido uma vez na prisão tem maiores chances de retornar a ela após ser colocado em liberdade, de modo que a prisão, *“em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes perigosos* (Foucault, 2014, 260); *a prisão fabrica o delinquente porque lhe impõe um determinado tipo de existência incompatível com a vida em sociedade – o isolamento e a realização de trabalhos inúteis, por exemplo –, bem como porque lhe impõe limitações violentas e arbitrárias destinadas a ensinar o respeito pelas leis que afloram o sentimento de revolta e injustiça* (Foucault, 2014); *a prisão “favorece a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras”* (Foucault, 2014, p. 261); *o tratamento destinado ao egresso do sistema prisional – vigilância constante da polícia porque saem com a liberdade condicionada à observância de uma série de limitações – conduz à reincidência* (Foucault, 2014); e que *“a prisão fabrica indiretamente delinquentes, ao fazer cair na miséria a família do detento”* (Foucault, 2014, p. 263). Em síntese, as referidas críticas indicam que a pena de prisão fomenta a criminalidade que supostamente deveria coibir.

As críticas formuladas à pena de prisão são conhecidas, todavia todos os caminhos até então trilhados a partir delas, não tornaram o cárcere um local mais digno e humano.

Com efeito, a rota precisa urgentemente ser alterada, sendo que Luigi Ferrajoli (2016) – referência do garantismo penal – indica que há apenas um único caminho a ser trilhado, o da *superação da pena de prisão*.

Em *“Direito e Razão”*, Luigi Ferrajoli (2002) apresenta a teoria do garantismo penal, fundamentada em 10 (dez) axiomas⁴ que buscam limitar

⁴ Os 10 (dez) axiomas que compõe o sistema de garantias propostos por Luigi Ferrajoli (2002) são: A1) *Nulla poena sine crimine*: não há pena sem crime; A2) *Nullum crimen sine lege*: não há crime sem lei; A3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*: não há lei

a violência do Estado e, também, da sociedade. Para essa teoria, a violência do Estado é limitada quando se respeita os direitos e as garantias fundamentais dos indivíduos e, por sua vez, a violência na sociedade – que também pode se manifestar através do crime – é limitada quando se oferece uma resposta ao conflito que impediria a vingança privada (Ferrajoli, 2002). Registra-se que não há qualquer tensão entre ambos os escopos e que, em última análise, eles encontram-se interligados na medida em que a limitação da violência praticada em desfavor do indivíduo igualmente limitará a violência na sociedade.

Na mesma obra, o autor (2002, p. 603) já tecia duras críticas aos rumos da política criminal, ao afirmar que as até então recentes alterações incorporadas no ordenamento jurídico italiano tentavam impor um comportamento processual ao acusado e disciplinar ao condenado que minavam pela raiz a função garantista da jurisdição penal, bem como defendeu que o resgate da função garantista da jurisdição penal passava por uma reforma do Código Penal que redefiniria quais os bens fundamentais seriam efetivamente merecedores da proteção penal. Tal reformulação necessariamente traria alterações substanciais ao uso da pena de prisão, na medida em que: em primeiro lugar, promoveria a “despenalização de todos os delitos [...] punidos com penas pecuniárias ou que possam ser alvo de sanções substitutivas”; em segundo lugar, reduziria as possibilidades detentivas legais com “a abolição da pena perpétua, a fixação do máximo da pena de detenção legalmente prevista para qualquer crime a não mais que 10 anos, e a transformação em penas legalmente previstas das atuais medidas alternativas”.

Em “*Jurisdicción y Ejecución Penal*”, Luigi Ferrajoli (2016) afirma que o cárcere equivale a uma contradição institucional porque é um espaço instituído pelo direito em que os direitos das pessoas presas não são preservados. Em síntese, a ideia desenvolvida é que o cárcere institui uma zona livre do direito porque os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos que são inseridos em tais espaços são sistematicamente violados. Consequentemente, o cárcere é naturalmente incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana e a finalidade educativa de pena, os quais, respectivamente, fundamentam a ordem jurídica e o sistema punitivo dos Estados Democráticos contemporâneos. Nas palavras do próprio autor:

penal sem necessidade; A4) *Nulla necessitas sine injuria*: não há necessidade sem ofensa a bem jurídico; A5) *Nulla injuria sine acione*: não há ofensa ao bem jurídico sem ação; A6) *Nulla actio sine culpa*: não há ação sem culpa; A7) *Nulla culpa sine judicio*: não há culpa sem processo; A8) *Nulla judicium sine accusatione*: não há processo sem acusação; A9) *Nulla accusatio sine probatione*: não há acusação sem prova; A10) *Nulla probatio sine defensione*: não há prova sem ampla defesa.

La cárcel, en suma, bajo múltiples aspectos, equivale a una contradicción institucional. Es una institución creada por la ley en la cual debe desenvolverse el propio gobierno de las personas. Es un lugar confiado al control total del Estado, pero en cuyo interior no rigen controles ni reglas sino sobre todo la ley del más fuerte: la ley de la fuerza pública de los agentes penitenciarios y la fuerza privada de los presos más prepotentes y organizados. Es una institución pública dirigida a la custodia de los ciudadanos pero que no logra garantizar los derechos fundamentales más elementales, empezando por el derecho a la vida. Genera una vida completamente artificial, producida por el derecho pero que en su interior, de hecho, reproduce el Estado de naturaleza, sin reglas y sin derecho, donde sobrevive el homo homini lupus y donde a la máxima seguridad externa le acompaña la máxima inseguridad interna (Ferrajoli, 2016, p. 07).

Os axiomas que configurariam o arcabouço teórico necessário para proteger o indivíduo da arbitrariedade estatal não penetram na realidade penitenciária, sendo que não há qualquer reforma com idoneidade para alterar este quadro, pois, a violação dos direitos fundamentais e da dignidade das pessoas é uma característica intrínseca do cárcere. Isso pode ser comprovado de forma empírica, pois Luigi Ferrajoli (2016, p. 06) demonstra que a experiência das prisões italianas e, generaliza o autor, de todas as prisões do mundo indicam *“que la reclusión carcelaria está inevitablemente en contraste con todos los principios – de legalidad, de igualdad y de respeto de la dignidad de la persona – sobre los cuales se funda el Estado de derecho”*.

O autor (2016) não mais acredita que o cárcere possa ser compatibilizado com a sua teoria do garantismo penal, porque a proteção dos direitos e das garantias fundamentais dos indivíduos características da teoria do garantismo penal não consegue nortear a aplicação das práticas carcerárias. Os direitos das pessoas não coíbem o arbítrio estatal. Com efeito, ele passou a defender que é preciso coragem para assumir o compromisso de superar a pena de prisão e que, enquanto tal objetivo não possa ser concretizado, é preciso ter coragem para depor a prisão do cargo de principal pena do sistema de punição. Em suas palavras:

[...] una política liberal debería tener el coraje de concluir hoy – tras la distancia de dos siglos y medio de la invención iluminista de la pena detentiva como alternativa a los suplidos, a las penas corporales, a la picota y a los demás horrores del derecho penal pré-moderno – dando un nuevo y verdadero salto de civilización: asumir como prospectiva a largo término la progresiva superación de la cárcel y, mientras tanto, despojar la reclusión de su actual rol de pena principal y paradigmática, limitando drásticamente la duración y reservándolo sólo a las ofensas más graves a los derechos fundamentales (como la vida y la integridad personal), los cuales sólo justifican la privación de libertad personal la cual es, también, un derecho fundamental constitucionalmente garantizado (Ferrajoli, 2016, p. 08).

Para Luigi Ferrajoli (2016), não é possível superar o direito penal e a pena porque em suas respectivas ausências o conflito seria respondido

pela lei do mais forte e o caos se instauraria, porém é perfeitamente possível superar o direito penal fundamentado na pena de prisão, pois outras penas menos aflitivas podem ocupar o cargo de principal pena do sistema de punição.

O posicionamento defendido por Luigi Ferrajoli (2016) já era anteriormente defendido por outros autores, tais como, Alessandro Baratta (1999) e de Massimo Pavarini (2012). De toda sorte, tais autores também concordavam que o poder punitivo deveria caminhar em um único sentido, a saber, no de limitar o uso da prisão para que no futuro seja possível conceber um sistema punitivo dissociado da pena privativa de liberdade.

O principal argumento que rechaça a possibilidade de se pensar em um sistema punitivo dissociado da prisão, fundamenta-se na alegação de que a vingança privada tornaria a sociedade caótica. No entanto, tal argumento pode ser facilmente rechaçado a partir da constatação de que o sistema penal naturalmente já concede uma resposta a um número bem reduzido de crimes. De acordo com Juarez Cirino dos Santos (2019, p. 163),

o sistema penal é a mais ineficiente instituição do Estado moderno, incapaz de dar conta de 10% do mercado, em regime de monopólio – o que parece dar razão ao abolicionismo, porque mais de 90% da criminalidade é absorvida pelo sistema social, sem a violência traumática dos 10% do sistema penal.

Ao se analisar a contradição existente entre a quantidade de crimes tipificados e a quantidade de crimes efetivamente sancionados – *in casu*, de que “as leis preveem mais de 6.000 delitos, mas os Tribunais reprimem cerca de cem delitos (a maioria contra a propriedade) e condenação/prisão ocorre em dez ou vinte delitos, apenas” (Santos, 2019, p. 160) –, constata-se que “a alternativa de reduzir ou abolir o Direito Penal parece depender menos da vontade do poder político, e mais da crise das grandes narrativas da penalidade” (Santos, 2019, p. 160).

Ressalta-se que é perfeitamente possível pensar em um sistema punitivo dissociado da pena de prisão. Tal objetivo não é utópico ou inalcançável, porque, conforme relembra Luís Carlos Valois (2021, p. 31), “a pena que temos hoje é resultado de um processo cultural e não um item dogmático que pode ser traçado em esquemas precisos e intocáveis”. Inclusive, prossegue o autor aduzindo que a historiografia apresentada por Michel Foucault (2014) deixa muito claro que a pena de prisão configura apenas uma pequena etapa da longa trajetória do sistema de punições e que, consequentemente, o sistema de punição não pode se estagnar e precisa avançar para além dela. Nas palavras do citado autor:

A vantagem de uma análise como a de Foucault é colocar o nascimento da prisão dentro de uma dialética histórica, fazendo-nos pensar até quando a sociedade ficará estagnada em um método punitivo que já faz mais de três séculos. Se a prisão foi um avanço, é chegada a hora de superá-la, reservando-a, quando muito, para casos de extrema necessidade (Valois, 2021, p. 50).

A pena de prisão é apenas uma das respostas que podem ser apresentadas aos conflitos que surgem a partir da prática de um crime e, desde os primórdios de sua utilização, mostrou-se como uma resposta extremamente inconveniente, porque é ineficiente e gera muita dor e sofrimento. Não é razoável, portanto, fomentar a sua utilização investindo em reformas legislativas que aumentem o tempo em que o indivíduo permanecerá recluso no cárcere, o qual, conforme mencionado, se trata de um espaço de exceção em que os direitos fundamentais mais básicos da pessoa humana não podem ser respeitados e que, conseqüentemente, não pode ser compatibilizado com o Estado de Direito.

As propostas reformistas devem ser abandonadas e as propostas de superação do cárcere devem ser analisadas com seriedade. Não é possível chegar a um resultado diferente trilhando um mesmo caminho reformista e a rota dos rumos da política criminal precisa ser, urgentemente, alterada para que se possa instituir um sistema punitivo humano, o que apenas acontecerá quando o mesmo for desvinculado da pena de prisão.

2.1. A relação existente entre o cárcere e a desigualdade social

A superação da pena de prisão pressupõe a implementação de um projeto multidisciplinar, que necessariamente terá que dialogar com as mais diversas áreas para que possa ser implementado. No âmbito do direito penal, é imprescindível que os atores jurídicos tenham a consciência de que a pena de prisão não promove a defesa social e se trata de uma contradição institucional. Porém, tentar diminuir a desigualdade abissal existente na sociedade brasileira parece ser tão importante quanto alterar as premissas através das quais o Direito Penal lida no país com o fenômeno da criminalidade.

Embora tal fenômeno não possa ser integralmente superado, Massimo Pavarini (2012) identificou uma regra que lhe pareceu universal quando se trata do universo prisional, no caso, de que *“a necessidade de castigar aparentemente está vinculada ao nível de desigualdade existente em uma determinada sociedade”*. De acordo com o autor (2012, p. 392), *“uma sociedade igual terá menos castigos; quanto mais diferente, mais castigos”*. Para essa concepção, quanto maior a quantidade de vulnerabilidades, ou, para usar a terminologia empregada por ele (2012), de deficiência que um indivíduo eventualmente suportar – tais como nível de escolaridade e nível de

formação técnica, por exemplo – mais suscetível de serem selecionados pelo Direito Penal.

É inquestionável que esta concepção de criminalidade é etiológica e determinista, uma vez que parte da premissa que o indivíduo praticará crimes por, por exemplo, ser pobre e não ter tido acesso à educação. Massimo Pavarini (2012, p. 384) não ignora esse fato e, como contraponto da sua própria afirmação, reconhece que “*para alguns criminólogos [...] a maioria da cultura desviada não o é por razões tão-somente econômica, mas sim pela fascinação pela cultura subproletária e marginal*”. Ocorre que o autor igualmente destaca que os dados coletados do sistema prisional indicam que são as pessoas com mais vulnerabilidades que majoritariamente integram o cárcere. Nas palavras do próprio Massimo Pavarini (2012, p. 383):

[...] se os problemas sociais são problemas das pessoas que possuem menos, é preciso eliminar ou reduzir os déficits, porque pode ser que se elimine ou se reduza a pobreza, a doença, a loucura, a criminalidade. Eu não posso dizer que este modelo solucionará por completo o problema - ele é um paradigma etiológico e, portanto, muito relacionado à ideia que a conduta humana é uma conduta determinada e determinável, mas a ideia de déficit felizmente parece ser evidente. No cárcere, 99% das pessoas são pessoas que têm menos, tiveram uma má educação, não possuem formação de trabalho, têm dificuldade de ler e escrever, são mais ou menos doentes, têm síndromes, alguns também são doentes mentais. Enfim, são pessoas que têm muitos déficits. Esta é a realidade do cárcere.

Os dados coletados do sistema prisional brasileiro indicam que as pessoas que ocupam o cárcere são pessoas que igualmente encontravam-se em situação de maior vulnerabilidade. O Relatório de Informações Penais (RELIPEN) do 2º semestre de 2023 (Brasil, 2024d) indica que, em 31/12/2023, a população prisional brasileira era composta de 644.316 pessoas presas e que elas detinham um baixo nível de instrução e não estavam inseridas formalmente no mercado de trabalho quando foram presas. Sobre o nível de escolaridade das pessoas presas, o RELIPEN indicou que: *i*) 14.366, eram analfabetos; *ii*) 23.652, eram alfabetizados; *iii*) 287.031, tinham o ensino fundamental incompleto; *iv*) 70.618, tinham o ensino fundamental completo; *v*) 109.466, tinham o ensino médio incompleto; *vi*) 78.853, tinham o ensino médio completo; *vii*) 8.406, tinham o ensino superior incompleto; *viii*) 4.870, tinham o ensino superior completo; *ix*) 471, tinham acima do ensino superior completo; *x*) 25.995, não informaram o seu nível de escolaridade (Brasil, 2024c, p. 89). Para além disso, o RELIPEN indicou que as famílias de 20.817 recebiam auxílio reclusão, revelando que de um total de 644.316 de pessoas apenas 20.817 estavam de algum modo inseridos no mercado de trabalho formal quando foram presas (Brasil, 2024d, p. 111). No entanto, não são apenas os dados afetos a escolaridade e a

inserção no mercado de trabalho que demonstram a vulnerabilidade das pessoas presas, sendo que como dado adicional registra-se que o RELI-PEN igualmente identificou um total de 49.898 pessoas sem documentos pessoais e a ausência de documentação igualmente indica a vulnerabilidade das pessoas que se encontram presas no país (Brasil, 2024c, p. 90).

O cárcere é um local de extermínio dos excluídos, logo, para reduzir a quantidade de pessoas passíveis de serem selecionadas, deve-se reduzir a exclusão. Nas palavras de Massimo Pavarini (2012, p. 395), *“se nós temos uma capacidade histórica e política de transformar uma sociedade, deixando-a mais igual, iremos reduzir o direito penal”*. Portanto, embora não apresente todas as respostas, o compromisso de superar as deficiências sociais definitivamente indica um caminho mais coerente com o compromisso de contenção da criminalidade do que as propostas que continuam apostando na pena de prisão.

3. Os impactos ocasionados pelas alterações legislativas no sistema progressivo de penas

A Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal (LEP) – foi publicada no Brasil em 11 de julho de 1984 e entrou em vigor no início do ano de 1985. (Brasil, 2024b; Brasil, 1984). Portanto, a LEP já se encontra vigente por quase 40 (quarenta) anos e o saldo deste tempo de vigência é que ela provoca percepções extremamente díspares nos juristas e profissionais que com ela trabalham.

De acordo com Rodrigo Duque Estrada Roig (2009, p. 01), duas impressões se destacam sobre a LEP, quais sejam: i) a impressão de que tratar-se-ia de *“uma lei extremamente inovadora, que se integralmente cumprida teria o poder de solucionar os problemas que atormentam a execução da pena no Brasil”*; ii) a impressão de que ela tratar-se-ia de uma lei *“branda e liberal, merecedora assim de reformas capazes de torná-la um instrumento de eficaz defesa da sociedade frente à periculosidade característica dos delinquentes”*. Essa segunda impressão é a que aparentemente tem dominado os rumos da política penitenciária brasileira e, inclusive, é a que impulsionou as últimas alterações introduzidas na LEP, dentre elas, as que alteraram o sistema progressivo de cumprimento de pena.

A pena privativa de liberdade brasileira é executada de forma progressiva, pois, na medida em que preenche a determinados requisitos legais objetivos e subjetivos, a pessoa condenada é paulatinamente transferida de um regime mais gravoso para o menos gravoso. Enquanto os requisitos objetivos referem-se ao tempo em que a pessoa condenada deve permanecer em um regime antes de progredir para o posterior, os requisitos subjetivos referem-se ao bom comportamento que a pessoa condenada deve ostentar em um regime antes de progredir para o regime posterior. A depender da

quantidade de pena imposta quando da condenação,⁵ a pessoa condenada iniciará o cumprimento de sua pena em algum dos 03 (três) regimes previstos na legislação –, no fechado (mais grave), semiaberto (intermediário) ou aberto (menos grave) – e a progressão do regime mais gravoso para o menos gravoso depende do atendimento de certos requisitos objetivos e subjetivos cujo alcance foram, respectivamente, dificultados após as alterações incorporadas ao art. 112, da LEP (Brasil, 2024b) após a edição das Leis nº 13.964/2019 (Brasil, 2019) e 14.843/2024 (Brasil, 2024c).

Inicialmente, a Lei nº 13.964/2019 (Brasil, 2019) – que ficou popularmente conhecida como Pacote Anticrime e que promoveu diversas modificações na legislação penal, processual e penitenciária – alterou drasticamente os requisitos objetivos necessários à obtenção da progressão de regime. Antes da vigência da referida lei, a LEP distinguia os indivíduos que praticavam crimes comuns dos que praticavam crimes hediondos e, dentre esses últimos, os indivíduos primários e reincidentes, pois era exigido: i) ao condenado da prática de crime comum, o cumprimento indistinto de 1/6 da pena para progredir de regime; ii) ao condenado da prática de crime hediondo após o advento da Lei nº 11.464/2007, o cumprimento de 2/5 – se primário – ou 3/5 – se reincidente – para progredir de regime. Com as alterações incorporadas ao art. 112, da LEP (Brasil, 2024b) através da Lei nº 13.964/2019, a legislação penitenciária passou a realizar outras distinções⁶, pois: i) os crimes comuns, passaram a contar com lapsos tem-

⁵ Art. 33, § 2º, CP: *As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto* (Brasil, 2024a).

⁶ Art. 112, LEP: *A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado*

porais para progressão distintos para o caso do indivíduo ser primário ou reincidente, bem como para o caso do crime ter sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa; ii) os crimes hediondos, além da usual distinção realizada entre os primários e reincidentes, passaram a contar com lapsos temporais para progressão distintos para o caso em que o crime hediondo ou equiparado resultar em morte, bem como para o caso do indivíduo exercer o comando de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo/equiparado ou constituir milícia privada.

Conforme exemplificam Mendes e Martínez (2020, p. 183), o indivíduo condenado à pena de 10 anos pela prática de um crime comum indistintamente teria que cumprir aproximadamente 1 ano e 8 meses para progredir de regime, porém, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019, terá que cumprir com aproximadamente: i) 2 anos, caso seja reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça, nos termos do art. 112, II, da LEP; ii) 2 anos e 6 meses, caso seja primário e o crime houver sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, nos termos do art. 112, III, da LEP; iii) 3 anos, caso seja reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça, nos termos do art. 112, IV, da LEP.

Por outro lado, Mendes e Martínez (2020, p. 183-184) exemplificam que, o indivíduo condenado à pena de 10 anos pela prática de um crime hediondo indistintamente teria que cumprir com aproximadamente 4 anos, se primário, ou 6 anos, se reincidente. Porém, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019, ele terá que cumprir com aproximadamente: i) 5 anos, caso, nos termos do art. 112, VI, da LEP: a) seja primário e tenha sido condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado com resultado morte; b) exerça o comando de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; c) constitua milícia privada; ii) 7 anos, caso seja reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, nos termos do art. 112, VIII, da LEP.

Ademais, não foram apenas os requisitos objetivos necessários à progressão de regime que foram alterados, pois a Lei nº 14.843/2024 (Brasil, 2024c) igualmente promoveu alterações substanciais nos requisitos subjetivos necessários à progressão de regime. Antes da vigência da referida lei, a LEP exigia que o bom comportamento necessário para a progressão de regime fosse comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional, porém, após a vigência da referida lei, passou-se a exigir que o bom com-

pela prática do crime de constituição de milícia privada; VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional (Brasil, 2024b).

portamento necessário para a progressão de regime fosse comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional e, também, pelo resultado do exame criminológico. Foi reinstituída, portanto, a obrigatoriedade da realização do exame criminológico para fins de progressão de regime.

Essa hipótese de exame criminológico, inicialmente, encontrava-se legalmente prevista no art. 112, da LEP,⁷ porém, a Lei nº 10.792/2003 alterou a redação originária do referido dispositivo e o exame criminológico deixou de ter previsão legal.⁸ Posteriormente, os Tribunais Superiores analisaram a questão – o STF, através da Súmula Vinculante 26;⁹ o STJ, através da Súmula 439¹⁰ – e entenderam que os Juízes da Execução detinham discricionariedade para analisar se as peculiaridades do caso concreto demandavam ou não a realização do exame criminológico. Por fim, a Lei nº 14.843/2024 (Brasil, 2024c) alterou novamente a redação do art. 112, §1º, da LEP¹¹ e reintroduziu a obrigatoriedade do exame criminológico de forma expressa.

O art. 112 da LEP – que é o dispositivo que regulamenta o sistema progressivo de execução das penas – foi substancialmente alterado após a edição das Leis nº 13.964/2019 (Brasil, 2019) e 14.843/2024 (Brasil, 2024c)

⁷ Em sua redação originária, o art. 112, da LEP detinha a seguinte redação: “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão. Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário”. (BRASIL, 2024b; grifo próprio).

⁸ Com as alterações promovidas pela Lei nº 10.792/2003, o art. 112, da LEP passou a deter a seguinte redação: “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”. (BRASIL, 2024b).

⁹ Súmula Vinculante 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico” (Brasil, 2009).

¹⁰ Súmula 439, STJ: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada” (Brasil, 2010).

¹¹ Art. 112, §1º, LEP: Em todos os casos, o apenado somente terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, e pelos resultados do exame criminológico, respeitadas as normas que vedam a progressão (Brasil, 2024b).

e todas as alterações legislativas supracitadas acarretam um mesmo efeito no processo de execução penal, o de prolongar o tempo do indivíduo no cárcere. Conforme ilustrado por Mendes e Martínez (2020) nos exemplos supracitados, os indivíduos que porventura se enquadrem nas distinções instituídas pela Lei nº 13.964/2019 (Brasil, 2019) terão que permanecer por mais tempo no regime anterior para progredir de regime. Já conforme indicado por Aleixo e Penido (2018, p. 65), o exame criminológico “funciona como mecanismo eficiente para o prolongamento e indeterminação da pena que está sendo cumprida e viabiliza uma política criminal que se acredita – equivocadamente – ser a melhor: a de encarceramento”. Assim, ambas as alterações promovidas no sistema progressivo de penas igualmente prolongam o tempo em que o indivíduo permanecerá preso.

As alterações legislativas mencionadas nesse artigo encontram-se fundamentadas na concepção de que a pena de prisão é um instrumento de defesa da sociedade contra os delinquentes. Não obstante, com o prolongamento do tempo do indivíduo no cárcere se está aderindo, de forma consciente ou inconsciente, à política de extermínio que, de acordo com Massimo Pavarini (2012a), rege a política penitenciária global desde o declínio das últimas democracias de estado de bem-estar-social.

4. A falaciosa concepção do cárcere como instrumento de defesa social

A partir da segunda metade do século XX, a política criminal no Brasil foi gradualmente colonizada pelo movimento de *lei e ordem*, o qual, em apertada síntese, encontra-se fundamentado na concepção de que o aumento da repressão restauraria a ordem e a segurança na sociedade.

Conforme explica Massimo Pavarini (2012b), Ronald Reagan, no final da década de 70 e no início da década de 80, inicialmente como governador da Califórnia e posteriormente como presidente dos Estados Unidos, dissipou as últimas manifestações do *welfare* e instituiu uma política neoliberal que paulatinamente se capilarizou através do restante do globo.

Essa alteração repercutiu nas mais diversas esferas, sendo que, no âmbito criminal, conduziu à conclusão de que os investimentos que eram realizados durante o *welfare* com o objetivo de promover a inclusão social dos delinquentes não reduzia a criminalidade e deveriam ser cortados, bem como que uma pequena parte do antigo orçamento deveria ser reinvestida nos aparelhos criminais que promoveriam a dura repressão dos delinquentes. De acordo com o próprio Massimo Pavarini (2012, p. 422), “Reagan ganhou consenso social e reduziu brutalmente a despesa social para a pobreza, para a saúde, para a criminalidade e, ao contrário, todo o dinheiro economizado investiu em mais polícia, câmara de segurança etc”. Vale ressaltar que,

chegou-se à conclusão de que o dinheiro investido não promovia a ressocialização e, por via reflexa, não protegia a sociedade, de modo que os investimentos foram cortados e direcionados para a repressão, algo que supostamente promoveria a defesa social. Dessa forma, com a passagem do *welfare* para o neoliberalismo, as propostas inclusivas foram abandonadas e as práticas repressivas ganharam protagonismo no âmbito criminal.

O Brasil nunca instituiu um efetivo estado de bem-estar social, porém, no final da segunda metade do século passado, igualmente aderiu ao movimento de repressão que contaminava o restante do globo. A premissa sob a qual encontra-se fundamentada o movimento de lei e ordem – no caso, de que o aumento da repressão igualmente acarretaria o aumento da segurança – é de uma simplicidade que por si só deveria trazer dúvidas acerca de sua aplicabilidade. Não obstante, conforme indicado por Massimo Pavarini (2012, p. 424), “*as pessoas pensam que o cárcere é um instrumento de defesa social*”. Ademais, é importante salientar que dentro deste rol de *peessoas* mencionadas por Pavarini não se encontra inserida apenas a população em geral, mas, também, segmentos expressivos da academia e operadores do direito em geral. Diante deste cenário, o punitivismo característico do movimento de lei e ordem não encontra maiores dificuldades para promover alterações legislativas que tornam a execução penal mais rigorosa e aumentam o tempo em que a pessoa presa permanecerá segregada no cárcere.

Mendes e Martínez (2020), explicam que a Lei nº 13.964/2019 (Brasil, 2019) é fruto de um grupo de trabalho da Câmara dos Deputados criado para analisar uma série de projetos que igualmente partiam do pressuposto de que deveria ocorrer o recrudescimento do Direito Penal para que a criminalidade fosse combatida. Nas palavras das autoras:

Em linhas gerais, o objetivo final de todos os projetos era o de promover modificações no Código Penal (CP), no Código de Processo Penal (CPP), na Lei de Execução Penal (LEP) e, dentre outras, na Lei de Crimes Hediondos, na Lei de Drogas e na Lei de Organizações Criminosas no intuito de “reduzir a criminalidade” fosse pelo aumento do rigor penal, fosse pelo recrudescimento do sistema processual criminal e de execução das penas. De um modo geral, por um ou por outro viés, com o foco maior ou menor ora no direito material, ora no ordenamento processual, em termos de política criminal, ambos os “pacotes” se orientavam pela concepção segundo a qual o maior rigor penal e mais encarceramento fossem formas de solução para o problema da criminalidade (Mendes; Martínez, 2020, p. xxi, grifo nosso).

Por sua vez, a Lei nº 14.843/2024 (Brasil, 2024c) é produto da sucessão de 02 (dois) projetos, no caso, do Projeto de Lei nº 583/2011 (Paulo, 2011a) – que inicialmente dispunha apenas acerca do monitoramento eletrônico dos presos que de qualquer modo tinham contato com o meio

externo – e do Projeto de Lei nº 2253/2022 – que, além de dispor sobre o monitoramento eletrônico, reinstitui a obrigatoriedade da realização do exame criminológico para fins de progressão de regime e extinguiu completamente o direito à saída temporária (Paulo, 2011b). Na justificativa constante no projeto inicialmente apresentado – Projeto de Lei nº 583/2011 –, é mencionado que os institutos da legislação penitenciária supostamente vinham sendo objeto de críticas severas e causando desconforto para a população em geral, sobretudo porque parcela dos condenados que encontravam-se no gozo de direitos que possibilitavam o contato com o meio externo estariam se aproveitando *“da oportunidade de não se recolher ao sistema prisional ou de deixar os presídios sem vigilância direta, para voltar a delinquir ou se evadir”* (Paulo, 2011, p. 2). Portanto, argumentou-se que a legislação penitenciária era branda e possibilitava a prática de crimes diversos.

Com a justificativa de que os rigores da legislação deveriam ser majorados para se proteger a sociedade, os requisitos objetivos e subjetivos para a progressão de regime foram alterados. Acontece que o recrudescimento da legislação na realidade provoca o efeito contrário ao anunciado, pois, ao buscar resolver o problema da criminalidade através do cárcere se está, em última análise, fomentando a própria criminalidade que supostamente se busca coibir.

As alterações introduzidas no art. 112, da Lei de Execução Penal brasileira (Brasil, 2024b) por intermédio das Leis nº 13.964/2019 (Brasil, 2019) e 14.843/2024 (Brasil, 2024c), aumentarão o tempo do indivíduo no cárcere e, por consectário lógico, também o problema do superencarceramento e da criminalidade a ele subjacente. Isso ocorrerá sobretudo em função de 02 (dois) fatores distintos, quais sejam: primeiro, porque, diferentemente do anunciado pelo discurso oficial, as pessoas que são inseridas no sistema prisional não passam por um processo que as habilitará para o convívio em sociedade, mas que as inserirá definitivamente na criminalidade; segundo, porque as pessoas que são inseridas em determinadas unidades prisionais dominadas por organizações criminosas, comumente, passam a cooperar com o crime organizado para que possam ter acesso aos meios necessários para satisfazer suas necessidades básicas e, em alguns casos, para que consigam até mesmo preservar suas respectivas vidas.

A vivência no cárcere submete a pessoa presa a um processo negativo de socialização que fará com que ela, respectivamente, abandone os valores da vida em sociedade e absorva os valores da subcultura carcerária. O primeiro aspecto desse processo negativo de socialização se manifesta com a desculturação e, de acordo com Alessandro Baratta (1999, p. 184), tal vertente do processo negativo de socialização promove

a “*desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade (diminuição da força de vontade, perda do senso de auto-responsabilidade do ponto de vista econômico e social)*”; “*a redução do senso de realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste*”; “*o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa*”. Por outro lado, o segundo aspecto desse processo negativo de socialização se manifesta com a aculturação ou prisionalização. De acordo com Alessandro Baratta (1999, p. 184), tal vertente do processo negativo de socialização promove a “*assunção das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária*”. No cárcere, o indivíduo desenvolverá as características necessárias para ser criminoso – com a assunção de comportamentos típicos daqueles que conseguem exercer algum tipo de poder na instituição carcerária – e, também, para ser um bom preso – com a assunção de normas de condutas formais e informais da instituição carcerária (Baratta, 1999). Após ser submetido a este processo de socialização, o indivíduo terá incorporado os valores da subcultura carcerária que contribuirão com a reincidência.

Nesse contexto, a pena de prisão é apresentada como um instrumento de defesa da sociedade, mas, na realidade, os efeitos por ela acarretados às pessoas presas se voltam contra a própria sociedade em forma de mais violência. Tal afirmação não é alarmista e retórica. Para constatar que o prolongamento do tempo do indivíduo no cárcere em situação degradante necessariamente voltará em forma de violência para a sociedade em geral, basta considerar que o Primeiro Comando da Capital (PCC), que surgiu como uma forma de se organizar contra o tratamento desumano que era destinado aos presos paulistas e que se fortalece diariamente com o fenômeno do encarceramento em massa, possui o poderio humano e instrumental suficiente para causar danos extraordinários para a sociedade. Ademais, a relação existente entre o encarceramento e a criminalidade fica ainda mais evidente quando se analisa os efeitos existentes entre a prisão e o desenvolvimento do crime organizado, pois, conforme destaca Marques (2013), o PCC exige que seus membros promovam o pagamento de mensalidades, assim, em última análise, o aumento da população carcerária inevitavelmente injeta dinheiro e fortalece o crime organizado. Portanto, a limitação da violência praticada em desfavor das pessoas presas igualmente limitaria a violência que será praticada em desfavor da sociedade.

O problema da criminalidade nunca será integralmente solucionado, pois é impossível construir uma sociedade inteiramente livre da criminalidade. No entanto, é possível reduzir consideravelmente os índices de violência, sendo que a consciência dos efeitos nefastos ocasionados pela prisão demonstra que tal modalidade punitiva não é solução para qual-

quer problema, sobretudo para o fenômeno da criminalidade que supostamente deveria coibir. Portanto, quer seja por razões utilitaristas, quer seja por razões humanitárias, a rota precisa urgentemente ser alterada, passando pela assunção do compromisso de superar a própria pena de prisão.

5. Conclusão

O cárcere, além de não promover a defesa da sociedade, promove a violação dos direitos e garantias fundamentais das pessoas presas. Com efeito, Luigi Ferrajoli (2016, p. 8), em *“Jurisdicción y Ejecución Penal”*, afirma que o cárcere constitui uma contradição institucional por ser um espaço instituído pelo direito que viola os direitos da pessoa presa e defende que a política liberal deveria ter coragem para *“assumir como prospectiva a longo prazo a progressiva superação da prisão e, enquanto isso, despojar a reclusão de seu atual papel de pena principal e paradigmática, limitando drasticamente sua duração”*. O garantismo procura desenvolver o arcabouço necessário para limitar a violência, porém as múltiplas violências praticadas no ambiente carcerário não podem ser limitadas porque os direitos e as garantias da pessoa presa não podem ser assegurados no cárcere, de modo que deve ocorrer a sua superação.

A vida no cárcere submete a pessoa presa a um processo negativo de socialização que fará com que ela, respectivamente, abandone os valores da vida em sociedade e absorva os valores da subcultura carcerária (Baratta, 1999). Ademais, sendo cooptada pelo crime organizado, a pessoa presa passará a contribuir diretamente com organizações criminosas através, por exemplo, do pagamento de mensalidades e a prestação de serviços (Marques, 2013). Com o distanciamento dos valores da vida em sociedade e a assunção dos valores da subcultura carcerária, a pessoa presa será definitivamente inserida na criminalidade e dificilmente conseguirá se dedicar a outras atividades quando for colocada em liberdade.

O garantismo indica que o cárcere deve ser superado, porém as últimas alterações legislativas introduzidas na Lei de Execução penal brasileira caminham na contramão desse movimento, na medida em que aumentam o tempo em que o indivíduo deve permanecer na prisão.

As Lei nº 13.964/2019 (Brasil, 2019) e 14.843/2024 (Brasil, 2024c) – que, respectivamente, alteraram os requisitos objetivos e subjetivos necessários a progressão de regime previstos no art. 112, da Lei de Execução penal (Brasil, 2024b) – igualmente farão com que a pessoa condenada permaneça por tempo superior em um regime prisional mais gravoso antes de progredir para o regime menos gravoso e, por via reflexa, aumentarão o tempo do indivíduo no cárcere. Tais alterações concebem o cárcere

como um instrumento de defesa social e, portanto, buscam fazer com que aqueles reputados como delinquentes permaneçam presos pelo máximo de tempo possível para que a sociedade em geral fique protegida. Através dessa concepção equivocada, o cárcere fomenta a criminalidade que supostamente deveria coibir.

Assim, conclui-se que as alterações legislativas analisadas não se encontram alinhadas com os escopos perseguidos pelo garantismo penal, mas fomentam a política de encarceramento das pessoas socialmente excluídas através da pena de prisão que precisa ser urgentemente abandonada.

6. Referências

ALEIXO; Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. *Execução penal e resistências*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da desilusão*. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 17 fev. 2024.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 06 fev. 2024.

BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm. Acesso em 06 fev. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em 06 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.843 de 11 de abril de 2024. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e restringir o benefício da saída temporária. Brasília, DF: Presidência da República, [2024c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/l14843.htm. Acesso em 06 jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. *Relatório de Informações Penais (RELIPEN)*. 15º Ciclo SISDEPEN, 2º Semestre de 2023. Brasília, Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2024d. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>. Acesso em: 25 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 26*. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2009]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1271#:~:text=A%20progress%C3%A3o%20no%20regime%20de,dia%2C%20vol%20tar%C3%A1%20ao%20conv%C3%ADvio%20social>. Acesso em 31 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula Vinculante nº 439*. Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2010]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=439>. Acesso em 31 mar. 2024.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

_____. *Jurisdicción y Ejecución Penal. La Cárcel: una contradicción institucional*. Revista Crítica Penal y Poder. 2016, nº 11. Septiembre (pp. 1-10). Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos (OSPDH). Universidad de Barcelona. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/16783/19710>. Acesso em 14 fev. 2024.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete, 42. ed. Ramalhete: Petrópolis, Rio de Janeiro, 2014.

MARQUES, Vagner Aparecido. *O irmão que virou irmão: rupturas e permanências na conversão de membros do PCC ao pentecostalismo na Vila Leste - SP*. 2013. 124 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Religião) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/handle/handle/1902>. Acesso em 04 maio 2024.

MENDES, Sorais da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. *Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019*. São Paulo. Atlas, 2020.

PAULO, Pedro. *Projeto de Lei nº 583/2011. Dispõe sobre o monitoramento por instrumentos de geolocalização para os indivíduos sujeitos ao sistema penitenciário da União Federal*. Brasília, Câmara dos Deputados, 24 fev. 2011a. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=844337&filename=PL%202253/2022%20\(N%C2%BA%20Anterior:%20PL%20583/2011](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=844337&filename=PL%202253/2022%20(N%C2%BA%20Anterior:%20PL%20583/2011). Acesso em 29 maio 2024.

_____. *Projeto de Lei nº 2253/2022. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e extinguir o benefício da saída temporária*. Brasília, Câmara dos Deputados, 24 fev. 2011b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdle-g-getter/documento?dm=9190700&ts=1716585174763&disposition=inline>. Acesso em 29 maio 2024.

PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. Trad. Juarez Cirino dos Santos; Aliana Cirino Simon; Curitiba: LedZe Editora, 2012a.

_____. *Como liberar-se da necessidade do cárcere: um curso de pesquisa-ação sobre a penalidade em Pernambuco*. In: O Bom Pastor: as histórias e os afetos. Org. Karina Vasconcelos. Recife: Instituto Brasileiro Pró-Cidadania, 2012b.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Ensaio sobre uma execução penal mais racional e redutora de danos*. Revista Da Faculdade De Direito Da UERJ - RFD, (15, 16, 17, 18 (2007) (2008) (2009). Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/1373/1163>. Acesso em 01 abr. 2024.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Massimo Pavarini e a Criminologia Crítica contemporânea*. In: *Cárcere sem fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini*. Orgs. André Giamberardino, Rodrigo Duque Estrada Roig e Salo de Carvalho. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

VALOIS, Luís Carlos. *Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal*. 1 ed. 1 reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

**IMPUTAÇÃO PENAL E INTEGRAÇÃO DE SENTIDO
NORMATIVO NO SIGNO DO ESTADO SOCIAL E
DEMOCRÁTICO DE DIREITO.
SOBRE OS LIMITES DA TENTAVA PUNÍVEL EM CASOS DE
CRIMES PRATICADOS POR AGENTES SOROPOSITIVOS
SUBMETIDOS A TERAPIA ANTIRETROVIRAL (TARV)**

*CRIMINAL IMPUTATION AND THE INTEGRATION OF NOR-
MATIVE MEANING IN THE SIGN OF THE SOCIAL AND DEMO-
CRATIC STATE OF LAW.*

*ON THE LIMITS OF PUNISHABLE ENDEAVOUR IN CASES OF
OFFENCES COMMITTED BY HIV-POSITIVE PEOPLE UNDERGOING
ANTIRETROVIRAL THERAPY (TARV)*

Leonardo Marcel de Oliveira¹

Guilherme Coelho Colen²

DOI: <https://doi.org/10.34628/49Q3-Y746>

Resumo: a presente investigação se propõe compreender os impactos no direito penal decorrentes do conceito interdisciplinar “Indetectável = Intransmissível” (I=I), que traduz na literatura medica especializada a condição da Terapia Antiretroviral (TARV), na condição de profilaxia destinada a pessoas portadoras do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV), ter o potencial de anular por completo a possibilidade de um indivíduo soropositivo transmitir por meio de relação sexual sem preservativos a um parceiro sorodivergente, por efeito de reduzir a carga viral ao ponto de torna-la indetectável e, portanto, intransmissível. A partir de recurso ao consorcio de estudo PARTNER (Partners of People on ART - A New Evaluation of the Risks), publicado na revista The Lancet, fundamenta-se a condição de ser o conceito “Indetectável = Intransmissível” (I=I) aceito como válido na comunidade científica, tendo como certo que o adequado manejo da TARV é, em

¹ Mestre e Doutorando em Direito Penal. Advogado criminal.

² Doutor em Direito.

potência, pode tornar ausente qualquer possibilidade de transmissão do infectado a outrem não infectado por meio da prática de ato sexual. Por conseguinte, o objeto da investigação diz respeito ao papel central do crime impossível como limitação da tentativa nos casos de condutas consistentes em prática de ato sexual de agente soropositivo com pessoa sorodiscordante, vez que em acusações onde imputa-se ao agente portador do vírus HIV a prática de crime tentado em virtude de ter realizado ato sexual que não tenha infectado a vítima, estando o referido autor regularmente em TARV, acrescenta-se ao grupo de casos uma complexidade, porquanto a comprovação de existência de carga viral dentro do conceito “Indetectável = Intransmissível” (I=I) por exame próprio será uma barreira à tipicidade da tentativa.

Palavras-chave: Imputação; Tentativa; Crime impossível; Terapia antirretroviral.

Abstract: *This investigation aims to understand the impacts on criminal law arising from the interdisciplinary concept of “Undetectable=Untransmittable” (U=U), which, in the specialized medical literature, describes the condition achieved through Antiretroviral Therapy (ART). ART serves as prophylaxis for individuals living with the Human Immunodeficiency Virus (HIV), with the potential to completely eliminate the possibility of an HIV-positive individual transmitting the virus to an HIV-negative partner during unprotected sexual relations. This is achieved by reducing the viral load to an undetectable – and therefore untransmittable – level. Based on the PARTNER study (Partners of People on ART – A New Evaluation of the Risks), published in The Lancet, this paper supports the scientific validity of the U=U concept, establishing that the proper management of ART can eliminate the possibility of HIV transmission during sexual activity. Consequently, this research focuses on the central role of the “impossible crime” doctrine as a limitation on the attempt crime in cases where the conduct consists of sexual activity between an HIV-positive individual and a serodiscordant partner. In accusations against HIV-positive individuals for attempted crimes due to sexual acts that did not result in transmission, provided the individual is regularly undergoing ART, the scientific evidence demonstrating viral load levels consistent with the U=U concept creates a barrier to establishing the typicity of the attempted crime.*

Keywords: HIV; Antiretroviral therapy (ART); Impossible crime; Attempt limitation.

Sumário: 1. Introdução e delimitação do objeto de estudo. 2. A tentativa e o crime impossível como sua limitação. 3. Breve menção da compreensão doutrinária e jurisprudencial sobre a imputação de tentativa no quadro de situação relacionadas ao grupo de casos objeto de análise. 4. Proposta de imputação penal baseada em uma política criminal no âmbito do Estado democrático de direito. 5. Conclusão. 6. Referências.

Summary: 1. introduction and delimitation of the object of study. 2. attempt and the impossible crime as its limitation. 3. brief mention of the doctrinal and jurisprudential understanding of the imputation of attempt in the context of situations related to the group of cases analysed. 4) Proposal for criminal imputation based on a criminal policy within the framework of the democratic rule of law. 5 Conclusion. 6 References.

1. Introdução e delimitação do objeto de estudo

No final do século XX, a premência do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) se apresentou como um problema de saúde pública de escala internacional. Nesse recorte temporal, emergiu como resultado das pesquisas realizadas em função da sua compreensão e enfrentamento o primeiro medicamento antirretroviral destinado ao tratamento do HIV, nomeadamente o AZT (zidovudina).³ Após o desenvolvimento do referido medicamento, foram realizados os primeiros atos de testagem em estudos em relação a sua eficácia em ensaios clínicos nos Estados Unidos da América. Publicadas no *New England Journal of Medicine*⁴ no ano 1987, as conclusões da investigação do teste farmacológico revelaram melhorias otimistas dos pacientes submetidos ao AZT. O medicamento demonstrou ter a capacidade de diminuir nos pacientes significativamente a progressão do vírus HIV para AIDS, sendo, portanto, posteriormente aprovado para uso nos EUA pela *Food and Drug Administration* (FDA).⁵

O escopo de um tratamento é evidenciado pela própria nomenclatura que o informa, vez que a TARv atua operando efeitos capazes de reduzir a carga viral do HIV no organismo humano. Em virtude dos avanços científicos contemporâneos, essa abordagem de tratamento para o Vírus da imunodeficiência humana foi objeto de um movimento verdadeiramente revolucionário. Depois do marco inicial de desenvolvimento e introdução da denominada terapia antirretroviral (TAR), as décadas de pesquisas posteriormente continuadas permitiram a criação de novas drogas e métodos destinados ao tratamento que não só um aumento da sobrevivência das pessoas acometidas pelo vírus HIV, porquanto também consiste em abordagem cujos efeitos melhoram substancialmente a qualidade de vida daqueles a ela submetidos.

Sobre o tema, em tempo relativamente recente, se fez publicar na revista *The Lancet* a segunda parte de um estudo denominado *PARTNER* (*Partners of People on ART - A New Evaluation of the Risks*). Investigação conduzida por uma equipe internacional de pesquisadores de diversas nacionalidades, o estudo *PARTNER* consistiu em pesquisa empírica e observacional conduzida em 75 diferentes centros clínicos de 14 países da

³ PAUL A. Volberding *et al.* *New England Journal of Medicine*. Volume 333 • Number 7 • August 17, 1995. Pages: 401-407. DOI: 10.1056/NEJM199508173330701

⁴ RICHMAN, D. D.; *et al.*, *The toxicity of azidothymidine (AZT) in the treatment of patients with AIDS and AIDS-related complex*. *The New England Journal of Medicine* 17: 192-197, 1987.

⁵ *The New York Times*. “U.S. approves drugs to prolong lives of AIDS patients” By Irvin Molotsky, Special To the New York Times March 21, 1987

Europa, tendo como objetivo avaliar a eficácia dos atuais tratamentos terapêuticos para o vírus HIV em relação exclusivamente ao risco de transmissão por meio de relação sexual entre casais sorodiscordantes.

A empreitada científica dividiu-se em duas diferentes partes. No *PARTNER1*⁶, realizado entre os anos de 2010 e 2014, foram incluídos na amostra 888 casais (337 homossexuais e 551 heterossexuais), onde foram documentados mais de 58.000 atos sexuais sem preservativo, sem nenhuma transmissão do HIV dentro dos casais. O *PARTNER2*⁷ destinou-se exclusivamente a 972 casais homossexuais masculinos, registrando quase 77.000 relações sexuais desprotegidas, também sem nenhuma transmissão vinculada. Os achados obtidos a partir do consorcio foram publicados na revista *Lancet*, onde se sustenta a partir da conclusão o conceito “*Indetectável = Intransmissível*” (*I=I*), indicando que indivíduos regularmente em TAR comprovadamente resulta a supressão viral ao ponto de tornar-se indetectável e, igualmente, intransmissível por meio de relação sexual desprotegida.⁸

Essas conclusões, contudo, transcendem o imediato valor humanitário intrínseco que apresentam. Isto em virtude de terem implicações significativas igualmente para ciência pena, tal como será apresentado. A partir de uma visão interdisciplinar, a presente investigação tem como objeto compreender os impactos do conceito “*Indetectável = Intransmissível*” (*I=I*) no âmbito da imputação de responsabilidade penal em um grupo de casos específico. Refere-se a análise do enquadramento penal de crime nos casos em que o autor, portador do HIV e submetido a TARV, mantém relações sexuais com outrem no sentido de transmitir a moléstia, sem que se verifique, afinal, a transmissão do vírus ao sorodiscordante.

⁶ ODALE, A.; DORELL, S.; RODRIGUEZ, D.; et al. *Risk of HIV Transmission Through Condomless Sex in Serodifferent Couples When the HIV-Positive Partner is Using Suppressive Antiretroviral Therapy: PARTNER Study*. *The Lancet*, Londres, v. 393, n. 10189, p. 2428-2438, 2016. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(19\)30490-4/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(19)30490-4/fulltext). Acesso em: 30 dez. 2024.

⁷ RODALE, A.; HILL, K.; KASTRUP, C.; et al. *HIV Transmission Risk Through Condomless Sex in Gay Couples With Suppressive ART: PARTNER2 Study*. *The Lancet HIV*, Londres, v. 5, n. 9, p. e438-e447, 2018. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lanhiv/article/PIIS2352-3018\(18\)30132-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanhiv/article/PIIS2352-3018(18)30132-3/fulltext). Acesso em: 30 dez. 2024.

⁸ Nesse sentido, consta-se que “Os resultados dos estudos PARTNER, além de evidências de outros estudos em casais sorodiferentes, indicam que o risco de transmissão do HIV através do sexo sem preservativo no contexto da TARV supressora por via viral é efetivamente zero tanto para homens gays quanto para casais heterossexuais. Esses resultados apoiam a mensagem U=U (indetectável é igual a intransmissível), além de promover os benefícios dos testes e tratamentos precoces.” *Ib. Idem*. P.1.

No caso brasileiro, doutrina e jurisprudência tem entendimento predominante que a conduta de transmissão do HIV configura-se como **lesão corporal**, prevista no art. 129, § 2º, II, do Código Penal, que dispõe sobre a modalidade qualificada do referido crime. A fundamentação reside no dano irreversível à saúde da vítima, que passa a conviver permanentemente com o vírus. Ressalte-se que há também ênfase em relação a avaliação do dolo do agente no caso concreto, existindo, nesse panorama, situações concretas nas quais a conduta foi considerada como tentativa de homicídio.

Deve-se ressaltar, entretanto, que não se tem como objeto tomar a conjuntura anteriormente delineada e proceder uma crítica propriamente em relação ao crime cuja capitulação deve recorrer ao intérprete na aplicação do direito. A rigor, tem-se a relevância da compreensão jurisprudencial para descortinar a problematiza que o conceito “*Indetectável = Intransmissível*” (*I=I*) representa em termos de imputação de quaisquer crimes tentados, desse que compreendidos em semelhança com as características anteriormente mencionadas.

Toda a questão gira das implicações que a conclusão apresentada pela literatura científica especializada impõe um substancial complexidade em relação a operação de imputação de tentativa de crime no grupo de casos delineado. Isto se dá porque o crime impossível, instituição que traduz a limitação do enquadramento penal da tentativa de crime, destaca-se como elemento central da aplicação concreta do direito penal.

Nesse panorama, será evidenciado inicialmente os apontamentos relacionados a a operação de imputação da tentativa no âmbito da tipicidade, bem como o crime impossível como instituição fundamental que estabelece a sua limitação. Fundamentalmente, a seção enunciada tem o objetivo de discorrer sobre os diferentes fundamentos que sustentam as instituições da tentativa e do crime impossível, sendo apresentado sobre a primeira o desvalor da ação como elemento de justificação de sua existência; depois, sobre o crime impossível, a condição que esvazia o interesse de incriminar a tentativa por escolha político criminal do legislador, e a sua condição de representar o compromisso do direito penal racionalizado cuja finalidade é fundamento consiste na tutela de bens jurídicos.

Posteriormente, uma seção conterá uma breve colação de julgado a como amostra de como julgados dos tribunais realizam a imputação nos casos delimitados. O objetivo é enfrentar de forma crítica a operação que se adora no quadro de situações específicas a imputação de tentativa. Nesse ponto, trata-se de compreender como a ignorância ou desconsideração do conhecimento especializado sobre a condição de o agente submetido a TARv, em potência, não ser capaz de transmitir a outrem o vírus do HIV por ato sexual repercute como postura na qual há um “salto” na análise do

crime impossível, dando possibilidade a uma aplicação arbitrária do direito.

Por último, o texto apresenta a adequada forma de proceder a atribuição de responsabilidade penal dentro da conjuntura que se apresenta como base desta empreitada. O problema que orienta o estudo pode ser sintetizado na seguinte infração: como a impossibilidade em potência de transmissão do HIV por pacientes submetidos a TARv com carga viral indetectável e, conseqüentemente, intransmissível, repercute na adequada compreensão do crime impossível como limite da operação de imputação da tentativa em no caso de enquadramento penal enquadramento penal nos casos em que o autor, portador do HIV, mantém relações sexuais com outrem sem que haja transmissão do vírus ao sorodiscordante.

A hipótese que se estabelece como solução provisória para o problema a ser confirmara traduz em compreender, baseando-se no conhecimento atual da ciência especializada, que aponta como resultado em potencia do TAR em pacientes de HIV a partir do padrão do conceito *I=I* (*Indetectável = Intransmissível*), ou seja, a carga viral do submetido a profilaxia atinge níveis baixos ao ponto de tornar a infecção por relação sexual a pessoa sorodivergente sem possibilidade concreta, implica em considerar no grupo de casos delineados que relação sexual, o conceito de “absolutamente”, previsto no art. 17 do Código Penal ao tratar do crime impossível, encontra-se plenamente caracterizado nos casos em que o sujeito ativo, sendo paciente em Terapia Antirretroviral (TARV) e apresentando carga viral reduzida a níveis indetectáveis devido à adesão eficaz ao tratamento, demonstra risco de transmissão efetivamente inexistente. Assim, a conduta é inequivocamente atípica, independentemente da modalidade de dolo que tenha orientado a ação. O instituto do crime impossível fundamenta-se na inviabilidade concreta de ofensa ao bem jurídico tutelado, como a incolumidade física ou a vida. Portanto, em situações nas quais o ato sexual não poderia, em hipótese alguma, resultar na transmissão do HIV, desaparece qualquer justificativa para intervenção penal, reforçando o caráter atípico da conduta em análise.

O método que pressupõe o critério de realização do estudo consiste em hipotético-dedutivo.

2. A tentativa e o crime impossível como sua limitação

Conceitualmente, a tentativa traduz o caminho para consumação e a sua precoce interrupção antes que esta última se verifique⁹. A tentativa, como instituição da teoria do crime, desempenha a função de possibilitar

⁹ PALMA, Maria Fernanda. *Da “Tentativa Possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. P. 18.

a imputação de responsabilidade penal em casos de crimes dolosos cuja execução é iniciada pelo agente e o resultado não se consuma em razão de fatores ou circunstâncias alheias à sua vontade de consumação. Assim, é por meio da regulação normativa da tentativa que torna evidente a relevância do desvalie da ação para o Direito Penal, pois, não obstante não ocorra efetivamente o resultado típico, que em potência repercutiria como lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, há por parte do Estado o interesse em criminalizar o comportamento do autor, desde que manifestamente exista o dolo em relação ao referido resultado e tenha iniciado efetivamente a execução do comportamento.

Ao considerarmos o pano de fundo que apresenta a intervenção penal nos casos de tentativa de crime, note-se que é o valor protegido pela norma, o bem jurídico, o motivo para considerar legítima a sua existência. Não obstante, diferentemente dos crimes consumados, no caso da tentativa o bem jurídico é na verdade um parâmetro para revestir a vontade do agente de relevância jurídico-penal. Ocorre que o enquadramento penal da tentativa, ao ser reconduzido ao desvalie da ação¹⁰, não diz respeito propriamente ao mundo exterior, mas ao âmbito subjetivo do comportamento. Nesse sentido, não se pune um que, com animus necandi, desfere contra outrem golpes com um objeto cortante, causando-lhe escoriações, mas não a morte, por lesão corporal, pois, nesse caso, o dolo de consumação era do crime de homicídio. Conclui-se, portanto, que a tentativa é modalidade de manifestação do crime cujo fundamento da intervenção penal reside no desvalie da ação.

No caso brasileiro, o art. 14, inciso II, do Código Penal regula a tentativa, dispondo que “*diz-se o crime tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente*”¹¹. Nesse contexto, em face da forma que os preceitos penais da parte especial expressam os comportamentos incriminados e da vigência do princípio da legalidade, a técnica penal tem na tentativa uma norma de extensão que permite por uma aplicação sistemática do direito penal a tipicidade das condutas que não alcançam o resultado típico sejam sancionadas, desde que eviden-

¹⁰ Sobre a compreensão da dimensão pessoal do injusto e profundo tratamento das questões relacionadas a relevância penal do desvalor da ação, consulte-se: WELZEL, Hans. *Derecho Penal aleman. Parte General*. 11ª Edición. (2ª ed. castellana). Editorial Jurídica de Chile. 1976. P.60; WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. B de F: Buenos Aires. 2004. B de F: Buenos Aires. 2004. P.1-2.

¹¹ *Código Penal Brasileiro BRASIL. Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 dez. 2024.

ciem os requisitos pertinentes a instituição.

A tipicidade na tentativa, portanto, configura-se de forma indireta ou mediata, necessitando de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico que integre as disposições gerais e específicas do Código Penal. Não obstante, além dos próprios requisitos que pressupõe a responsabilidade penal do agente no caso de tentativa de crime, tal como o dolo em relação a consumação e o início dos atos de execução, existe também uma limitação decorrente de expressa previsão normativa, nomeadamente o crime impossível. No Código Penal Brasileiro, o crime impossível está previsto no artigo 17, que dispõe:

“Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.”

Com efeito, a tentativa de crime, isto é, a conduta que traduz o dolo de consumação e dá início aos atos de execução, não se consumando o crime por circunstâncias alheias a vontade do agente, tem no art. 17 uma barreira que não possibilita o enquadramento penal do comportamento nos o meio utilizado é absolutamente ineficaz ou o objeto é absolutamente impróprio. As hipóteses de crime impossível dividem-se em duas modalidades principais, fundamentadas na incapacidade absoluta de produzir o resultado típico. Ineficiência Absoluta do Meio, que ocorre quando o meio utilizado pelo agente é incapaz, de forma absoluta, de atingir o resultado pretendido. A análise da ineficiência absoluta exige que o meio, por suas características intrínsecas, seja objetivamente inapto para concretizar a lesão ao bem jurídico. Impropriedade Absoluta do Objeto, que se trata de situações em que o objeto material sobre o qual recai a conduta é absolutamente impróprio para sofrer a lesão pretendida, tornando impossível a consumação do crime.

O crime impossível é uma limitação da tentativa que existem em função de uma escolha político criminal do legislador. Muitas vezes uma instituição tratada sem a atenção devida, representa, essencialmente, uma medida que revela um direito penal liberal, onde a racionalidade que decorre exclusivamente do dano social que representa o comportamento lesivo a um bem jurídico tutelado, concreta ou potencialmente ou potencialmente. É fundamental que se tenha em consideração a condição de limitação da incriminação do crime tentado o crime impossível ostenta. Com isso, deve ser ressaltado o que quaisquer exceções uma regra impõe: em todos os casos deve-se aplicá-la quando preenchidos os requisitos, exceto quando presentes os que impõe a exceção.

Mais importante, nesse contexto, ênfase deve ser dada a condição intrínseca se qualquer exceção. Ao estabelecer um quadro reduzido e específico no qual não seta uma regra de direito aplicada, quer dizer que existem fundamentos maiores que em um grupo reduzido de situações se forma uma conjuntura que revela fundamentos maiores para não proceder a concretização da regra daqueles que a pressupõe. Ao considerar tais desdobramentos na tensão entre a punibilidade da tentativa e a limitação imposta pelo crime impossível, evidencia-se, da estrutura normativa do referido art. 17 do Código Penal brasileiro, que a presença dos requisitos da incriminação pelo crime tentado, que, como múltiplas vezes se fez nota, traduzem o fundamento da intervenção penal na medida que presente o desvalie da ação, devem sucumbir nos casos em que é impossível que a vontade que o agente imprimiu concretamente ao iniciar os atos de execução era impossível, seja nos casos de escolher de escolher um meio ineficaz ou do objeto sobre o qual recai a ação se apresentar como impróprio, nos dois casos em absoluto.

Ao alinhar os fatores envolvidos no enquadramento penal da tentativa e as suas limitações decorrentes do crime impossível, a conclusão necessária é que o intérprete, ao proceder a aplicação sistemática do código penal brasileiro, deve recorrer na análise da limitação só crime impossível ao que materialmente se apresenta como limitação a punibilidade da tentativa. Isso significa em termos conclusivos que o desvalor da ação não é parâmetro algum para que se considere ou não a existência de crime impossível, senão manipular as normas a partir do fundamento que as pressupõem. A mais evidente é a própria disposição expressa da norma: deve-se proceder uma avaliação fenomenológica em relação aos meios utilizados e ao objeto cuja ação do autor se projetou. Adicionalmente, pressuposto de qualquer aplicação, considerar que o crime impossível apresenta dois grupos de casos, mas existe motivos político criminais que devem conduzir a interpretação. A tentativa se apresenta como legítima na medida que o desvalie da ação do agente é interesse legítimo a intervenção penal do Estado, vez que o autor manifesta concretamente um comportamento buscando a lesão de um bem jurídico; o crime impossível, limitação da tentativa, se sustenta materialmente como uma exceção a punibilidade dessa referida ação desvalioso, apresentando como fundamento maior a racionalidade do dano social, marca de um direito penal democrático, isto é, por mais que se evidencie na ação desvalor por conta do dolo de consumação colocado em marcha, a vontade que se transforma em fenômeno ao ser executará no mundo exterior mas se apresenta como absolutamente inócua em relação a possibilidade de lesão ao bem jurídico, finalidade do direito penal e fundamento da pena, retira qualquer legitimidade de intervenção penal. O

crime impossível, portanto, apresenta-se, no mais puro sentido, como uma separação de um direito penal racionalizado, sustentado a partir do pressuposto do dano social que traduz a violação concreta ou em potencial aos bens jurídicos, pois, punir uma tentativa impossível seria essencialmente impor ao agente uma pena por motivos de apreciação moral de seu comportamento, o que não é pertinente ao atual estágio de desenvolvimento civilizatório que se fundamentam os Estados democráticos.

3. Breve menção da compreensão doutrinária e jurisprudencial sobre a imputação de tentativa no quadro de situação relacionadas ao grupo de casos objeto de análise

Serão a seguir mencionados brevemente recortes de entendimentos doutrinários relacionados a imputação de responsabilidade penal nos casos em que o agente soropositivo mantém relações penais com outrem, isto é, com pessoa sorodiscordante. A importância da menção é para a investigação exclusivamente fornecer um esboço do que se relaciona ao entendimento ordinário sobre a questão posta, e por efeito constatar-se que o debate sobre os limites das tentativas decorrentes da ênfase do crime impossível em função dos possíveis efeitos esterilizantes da carga viral do agente submetido a TARV. Por esse motivo, serão negligenciadas considerações individuais sobre as menções na presente seção, porquanto reservadas ao item próprio, nomeadamente o que segue o presente.

As considerações de A. SCHMID, ao tratar da imputação nos casos delineados são as seguintes:

“Quando o portador do vírus omite conscientemente essa sua condição para as pessoas que praticam, com ele, atos capazes de produzir o contágio, sem a devida proteção, ou quando o infectado obriga, moral ou materialmente, a vítima não-infectada a expor-se a arriscada aventura, ou induz a erro (...), tendo em vista a atuação finalisticamente orientada à transmissão da doença, deve haver imputação do delito de lesão corporal qualificada por enfermidade incurável, na forma do art. 129, § 2º, II, do CP brasileiro.”

J. SANTOS, em suas considerações diz-nos que:

“Tomemos, agora, um exemplo um tanto polêmico: alguém infectado pelo vírus da AIDS mantém relações sexuais com outra pessoa sadia, transmitindo-lhe a doença.” “Tomemos, agora um exemplo um tanto polêmico: alguém infectado pelo vírus da AIDS mantém relações sexuais com outra pessoa sadia, transmitindo-lhe a doença.(...) questão que se põe é acerca de que tipo, afinal, o agente infectado realiza, se homicídio ou lesões corporais graves. Aqui, o critério a vigorar será o de que o dolo, como vontade de realização da ação e do resultado, deve referir-se a uma ação imediata, e não a uma ação que, por sua cronicidade, conduza

à morte. Portanto, só pode haver crime de lesão corporal grave e não homicídio” ¹².

Em relação aos julgadora da jurisprudência brasileira sobre o tema, a seguir serão colacionados pontuais pronunciamentos selecionados sobre a questão relacionada ao estudo que foram. Não se teve propriamente um critério ou metodologia para coleta da amostra, assim como não há menção de um número vultoso de decisões judiciais. Tem-se como fundamento para se adotar tal postura a finalidade da colação, que é simplesmente mencionar o teor para que se possa identificar a ausência de discussão referente a temática do crime impossível quanto a imputação de tentativa de crime doloso. A seguir, portanto, são eles apresentados:

Recursos de apelação criminal. Artigo 129, § 2º, inciso II, do código penal. Lesão corporal gravíssima. Transmissão dolosa do HIV. Três vítimas. Violência contra a mulher. Lei Maria da penha. Sentença condenatória. Recurso da defesa. Inépcia da denúncia. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Pedido de absolvição. Impossibilidade. Palavras das vítimas, testemunhos e laudos periciais. Coerência. Recurso do Ministério Público. Concurso material entre os crimes. Aplicabilidade. Recusos conhecidos. Preliminares rejeitadas. Recurso de defesa não provido e recurso ministerial provido

1. A peça acusatória descreveu a situação fática que ensejou os eventos criminosos, com todas as circunstâncias que os envolveram e com a indicação do réu como o autor dos fatos, além dos tipos penais em que se inserem as condutas praticadas, de modo que não há se falar em inépcia da denúncia.

2. A conduta de transmissão dolosa do HIV se subsume ao tipo penal previsto no artigo 129, § 2º, inciso II, do Código Penal (ofender a saúde de outrem, resultando em enfermidade incurável), não havendo se falar em atipicidade da conduta.

3. Não há como analisar a alegada negativa de prestação jurisdicional se a Defesa sequer indica qual seria o tema levado ao Judiciário que não foi objeto de apreciação pelo Juízo sentenciante.

4. Em crimes praticados no âmbito doméstico e familiar, a palavra da vítima assume especial relevância, pois normalmente são cometidos longe de testemunhas oculares, aproveitando-se o agente do vínculo que mantém com a ofendida. Na espécie, os depoimentos das vítimas foram consonantes entre si e condizentes com os demais testemunhos e com os laudos periciais, o que atesta a validade da palavra das ofendidas.

5. Os documentos dos autos comprovam que o réu sabia da sua con-

¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 3ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

dição de portador do HIV quando se relacionou com as vítimas e tentou transmitir o vírus dolosamente, obtendo sucesso contra duas delas e não consumando o crime em relação à terceira vítima por circunstâncias alheias à sua vontade, sendo incabível a absolvição.

6. Ausentes os requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 71 do Código Penal (continuidade delitiva), aplica-se o concurso material de crimes, pois praticados com desígnios autônomos.

7. A sentença apelada, após fixar a pena para os crimes de lesão corporal gravíssima consumados, exasperou a reprimenda pela continuidade delitiva sem antes individualizar a pena para o crime de tentativa de lesão corporal gravíssima. Contudo, esta não se apresenta como a melhor técnica, uma vez que fica impossibilitada a aferição de eventual superveniência de prescrição, bem como a aplicação do concurso material. Assim, atendendo ao princípio da celeridade processual, procede-se à adequação da pena nesta instância revisora.

8. Recursos conhecidos. Preliminares rejeitadas. No mérito, recurso da Defesa não provido e recurso do Ministério Público provido para, mantida a condenação do réu como incurso nas sanções do artigo 129, § 2º, inciso II, do Código Penal (lesão corporal gravíssima), por duas vezes, e do artigo 129, § 2º, inciso II, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal (tentativa de lesão corporal gravíssima), todos combinados com os artigos 5º e 7º da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), aplicar o concurso material entre os crimes, aumentando a pena de 04 (quatro) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão para 08 (oito) anos, 03 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial fechado.¹³

A seguir, por tratar de forma mais precisa da questão, apresenta-se o trecho do voto, extraídos dos julgados colacionados – e não propriamente a ementa. Assim,

“Habeas corpus impetrado em favor de C.E.C.C contra acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, provendo parcialmente recurso em sentido estrito, excluiu da acusação a qualificadora inserta no artigo 121, parágrafo 2º, inciso III do Código Penal, mantendo a pronúncia do paciente por tentativa de homicídio simples, em razão de ter mantido relações sexuais com V. O., sem precauções, omitindo ser portador de doença letal transmissível, Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS).”

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal nº 938947-2010/011516183APR. Relator: Roberval Casemiro Belinati. 2ª Turma Criminal. Julgado em: 28 abr. 2016. Publicado em: 9 maio 2016.

4. Proposta de imputação penal baseada em uma política criminal no âmbito do estado democrático de direito

A técnica penal aponta que a imputação de responsabilidade penal por tentativa de crime encontra-se subordinada a uma aplicação sistemática do Código Penal. No âmbito da teoria do crime, da tipicidade decorrerá a operação de enquadramento de um comportamento como crime, na modalidade de tentativa a um dos tipos penais da parte especial. Ocorre que todos os preceitos são informados com uma descrição modelar de uma conduta dolosa, e nos crimes materiais um resultado consumado, que deve em todos os termos ser preenchida para tipicidade, onde se aponta a relevância penal do comportamento. Portanto, afirmou-se que a tentativa é uma norma de extensão porque não fosse a disposição do art. 17 seria impossível a tipicidade das empreitadas dolosas e não consumadas de crime. Diferentemente dos moldes da imputação ordinária dos crimes consumados e daqueles dolosos, mas sem resultado em sua descrição, a tipicidade é na tentativa mediata ou indireta. A partir da norma de extensão, considera-se aperfeiçoado o tipo penal referente ao dolo de consumação do agente nos crimes materiais, mesmo prejudicado o resultado que se apresenta como seu elemento constitutivo, porquanto assim determina a própria norma, sendo afirmada a vigência do referido princípio.

Não obstante, ao se proceder a imputação de tentativa de crime, deve-se, obrigatoriamente e em todos os casos, dar-se a relevância ao caso particular em relação a exceção imposta pelo art. 17, pois o crime impossível, instituição que apresenta as modalidades, representa no aplicado sistemático das normas penais uma barreira a tipicidade da tentativa por via mediata. Em relação ao grupo de casos que se apresenta para discussão, não é propriamente a ignorância em relação a propriamente essa operação elementar ronque se assenta como fonte da qual decorre o erro de se atribuir responsabilidade penal por tentativa automaticamente. Visualiza-se como mais importante fator um problema se apresenta como uma importante variável para atual situação de crise do direito penando, que seria o seu fechamento ou postura ortodoxa – e vaidosa. Em síntese, em toda essa mencionada dimensão pode se resumir a falta de abertura da ciência penal a outras disciplinas. O segundo, julga-se, como compreensão da presente investigação, a insuficiente e adequada técnica em termos de imputação na seara da tipicidade, sobretudo em relação à integração de sentido dos elementos normativos dos tipos penais, que é muitas vezes ausente.

Sobre o primeiro aspecto, não será dispensado grandes dimensões em relação a posição adotada, vez que não somente na seara do direito penal, senão em ciência, nos termos mais amplos possíveis, que é impera-

tivo que se tenha como pressuposto de quaisquer das suas segmentações estudos e produção de conhecimento de maneira interdisciplinar. O problema, em verdade, é que muitas vezes juristas confundem fazer impor a sua compreensão de um objeto ou fenômeno com ter razão, assim como ter razão com motivo de orgulho legítimo para um cientista. Normalmente, essa crítica se destina aos atores que produzem o conhecimento, isto é, aos que trabalham e produzem dogmática. Não obstante, ela é igualmente presente, ou de forma mais incisiva, nos aplicadores do direito. Refere-se anteriormente aos juízes e magistrados. Primeiro por poderem de forma legítima aplicar o direito penal de forma a integrar o seu sentido a partir de uma verdadeira consideração interdisciplinar mesmo que a dogmática muitas vezes assim não imponha, desde que de forma rigorosa e, se fora da norma, exclusivamente em benefício do acusado.

Não há possibilidade de existência um direito penal democrático sem que sua aplicação não seja concretamente informada por conhecimento científico de disciplinas auxiliares. Dizer o contrário seria olvidar que a consequência jurídica da disciplina que se faz referência é a pena; ou mesmo, no mais das vezes, o significado dessa afirmação: um sofrimento abissal compulsório aplicado a uma pessoa humana. Ocorre que a regulação legal são signos linguísticos que invariavelmente vão exigir integração de sentido pelo intérprete. Quando se trata de matéria de outra área da enciclopédia do conhecimento e tal operação é feita de forma a desconsiderar o seu conhecimento validade pela comunidade científica, configura-se precisamente uma situação em que uma pena é aplicada em razão de uma visão pessoal ou opinião pessoal. Por efeito de ser um ato parcial e da fundamentação das decisões ter também uma dimensão material, frisa-se, apresenta-se como interpretação inconstitucional.

Feitas as considerações anteriores envolvendo a dimensão dogmática da tentativa e do crime impossível como a sua exceção, assim como a estruturação normativa das referidas instituições no direito brasileiro, passando, ainda, pelo critério que a técnica penal aponta como legítimo para enquadramento penal da tentativa na tipicidade pelo intérprete, com consideração no papel de barreira à tipicidade que detém o crime impossível na operação, concluímos a sessão anterior com notas relacionadas a necessidade obrigatória de considerar, quando necessário for, conhecimentos concorrentes ao direito penal para integrar sentido a normas penais em termos de imputação em casos particulares.

Todos esses fatores foram colocados no sentido de formar a base necessária para sustentar a hipótese que se defende em relação a problema que se põe como fim de desenvolvimento do presente estudo. Os casos agrupados para hipoteticamente serem apreciados tratado no artigo é es-

truturado com base em situações em que o agente é portador do HIV e prática conduta consistente em manutenção dolosa de prática sexual com outrem que, à luz do Direito Penal, repercutem como comportamentos que potencialmente despertam dignidade penal, sendo a única relevância do estudo compreender aqueles que podem exigir uma interpretação como tentativa de crime.

Dentro do que é tratado sobre o tema, acrescenta-se igualmente como variável fundamental a atual compreensão extrais do conhecimento científico especializado que apresenta os casos de portadores de HIV sob Terapia Antirretroviral (TAR) eficaz, comprova-se que a carga viral pode ser reduzida a níveis indetectáveis, eliminando a possibilidade de transmissão sexual (princípio I=I: *Indetectável = Intransmissível*), avaliação emerge de avanços científicos, em especial dos resultados dos estudos PARTNER, que demonstraram que indivíduos com carga viral indetectável, devido à adesão adequada ao TAR, não transmitem o HIV por via sexual. Esse marco científico serve como ponto de partida para discutir a aplicação do instituto do crime impossível no Direito Penal brasileiro.

A tipificação penal da transmissão dolosa do vírus HIV foi objeto de aprofundada discussão na jurisprudência brasileira, especialmente no que concerne ao conflito de normas aplicáveis, envolvendo a solução entre os crimes de perigo de contágio de moléstia grave (art. 131 do Código Penal) e lesão corporal de natureza gravíssima (art. 129, §2º, II, do Código Penal). A doutrina e jurisprudência brasileiras majoritariamente adotam esta última interpretação para solução dos casos concretos. Em relação ao enquadramento penal da tentativa, dimensão única que envolve o presente estudo, a jurisprudência apresenta conclusão de que deve ser avaliado o caso concreto, sendo a imputação de tentativa de lesão corporal de natureza gravíssima (art. 129, §2º, II c/c art. 14, inciso II, do Código Penal), existindo também casos de imputação de tentada de homicídio, por dolo eventual art. 121 c/c art. 14, inciso II, do Código Penal.

Considerando o fundamento dogmático e normativo que se apresentou em relação a tentativa, a operação de imputação dos crimes tentados e as questões relacionadas ao crime impossível como limite, a solução de casos em que se apresenta a estrutura de um comportamento em que um autor soropositivo mantém relações sexuais com um sorodivergente sem que exista a infecção deve ser objeto de uma revisão, considerando avaliação emerge de avanços científicos, em especial dos resultados dos estudos PARTNER, que demonstraram que indivíduos com carga viral indetectável, devido à adesão adequada ao TAR, não transmitem o HIV por via sexual.

No caso brasileiro Brasil, a previsão expressa do crime impossível encontra-se regulada pelo art. 17 do Código Penal, apresenta-se como uma

barreira legal à tipicidade. Com efeito, qualquer operação de imputação de crime na modalidade de tentativa deve no caso concreto superar a inexistência das circunstâncias cuja redação delimita de forma objetiva, em duas hipóteses principais, que configuram o crime impossível, nomeadamente a ineficácia absoluta do meio e impropriedade absoluta do objeto. Ocorre que a análise e compreensão do instituto nos casos apresentados como hipótese envolve uma complexidade totalmente fora do quadro ordinário em virtude da atual compreensão da literatura científica especializada sobre os efeitos da Terapia Antirretroviral (TAR), onde comprova-se empiricamente que a adequada submissão a profilaxia pelo enfermo reduz a carga viral a níveis indetectáveis, eliminando, assim, a possibilidade de transmissão por via de ato sexual.

Como referenciado, o crime impossível se apresenta como uma limitação à tentativa. O seu fundamento não se encontra relacionado ao desvalor da ação do agente, vez que a tentativa é por ele limitada, sendo necessário que já se configure o desvalor da ação. A rigor, o crime impossível se edifica como um mandamento normativo que decorre do fundamento associado a situação na qual se tem como configurado um cenário concreto onde é impossível que o agente tenha como resultado esperado de seu comportamento a consumação, isto é, a lesão ao bem jurídico. Materialmente, portanto, o referido conceito traduz o dano social e interesse de tutela de bens jurídicos como fundamento e finalidade do direito penal¹⁴. Isto se dá porque uma conduta dolosa que é inócua em relação ao bem jurídico é um permanece como comportamento desvalioso se impossível a consumação, embora seja despedido de relevância penal. A concreta ausência de consumação em potência da lesão do bem jurídico remove a possibilidade legítima de intervenção penal, permanecendo, portanto, a reprovação de cunho eminentemente moral.

Ao avaliar a imputação da tentativa dentro do quadro delineado, doutrina e jurisprudência enfatizam a dimensão do aspecto subjetivo para capitulação jurídica e conclusão da existência de crime. Não obstan-

¹⁴ Sobre o dano social como pressuposto de legitimidade da intervenção penal, afirma Roxin que *"E neste ponto que a concepção político-criminal se mostra útil. Parte ela da finalidade do direito penal, de proteger os bens jurídicos do indivíduo e da coletividade contra riscos socialmente intoleráveis. A teoria da imputação objetiva compreende a ação típica de modo consequente como a realização de um risco não permitido, delimitando os diversos âmbitos de responsabilidade. Ela fornece, assim, um parâmetro de interpretação que se orienta imediatamente segundo o injusto material, segundo a intolerável lesividade social do comportamento do autor. Com isso, permissão e não permissão de um risco designam os limites entre a liberdade dos cidadãos e a faculdade interventiva estatal."* ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P.71.

te, como resultado do esvaziamento de uma integração de sentido que valoriza o imperativo conhecimento das ciências especializadas, a ausência ou inadequada avaliação da existência ou não de crime impossível da abertura a uma aplicação arbitrária e ilegítima de uma pena. Isto é uma conclusão que se apresenta como muito bem esclarecida a partir da consideração da instituição, a realidade concreta e o conceito $I=I$: *Indetectável = Intransmissível*. Ele repercute de forma profunda na imputação penal da tentativa nos casos elencados. Toda a relevância deve ser atribuída a sua limitação legal, o crime impossível. Previsto no art. 17 do Código Penal Brasileiro, estabelece:

“Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

Com efeito, na conjuntura analisada, a integração de sentido do elemento normativo *absolutamente*, que descreve o crime impossível no art. 17, estará suprida nos casos em que o sujeito passivo, enquanto paciente submetido a TARV e, adicionalmente, com resultado de seu adequado manejo que reduz a carga viral a níveis indetectáveis, é de efetivamente zero. Nesse caso, não há que se falar em crime, sendo a conduta do agente atípica, seja qual for o dolo que motivou a realização da conduta. Como referenciado, o crime impossível diz respeito ao fundamento que se prende a concreta impossibilidade de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa conjuntura, se por via de ato sexual era impossível a transmissão, que seria meio de impor a ofensa a incolumidade física ou a vida, esvazia-se qualquer legitimidade de intervenção penal do estado, sendo a conduta, frisa-se, atípica.

Algumas considerações e ressalvas, entretanto, devem ser objeto de exposição em sede de conclusão do estudo com confirmação de sua hipótese. Por tratarem de assuntos diversos, serão a seguir colocadas de forma tópica:

1. A quantidade de RNA do HIV presente no plasma sanguíneo é o Exame de Carga Viral. Ele utiliza técnicas de biologia molecular para detectar e medir o número de cópias do Ácido Ribonucleico viral por mililitro de sangue¹⁵. Somente existirá crime impossível quando existe prova material da condição de o agente, autor da conduta, estava submetido a TARV e, ao tempo da ação, realizou a prática sexual com carga viral em níveis indetectáveis e, portanto, intransmissíveis.

¹⁵ Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre. *HIV, PCR Quantitativo em Tempo Real*. Disponível em: <https://www.santacasa.org.br/laboratorio-de-biologia-molecular/hiv-pcr-quantitativo-em-tempo-real>. Acesso em: 30 dez. 2024.

2. Por se tratar de uma questão que implicada na atipicidade da conduta, nas situações em que a prova material legítima em relação a carga viral indetectável ao tempo da prática da ação esteja de imediato pré-constituída, apresentada em juízo, se não iniciada a ação penal e o Ministério Público oferece denúncia a inicial acusatória deve ser sumariamente rejeitada por falta de pressuposto da ação, conforme o art. 395, inciso III, do CPP;

3. Nos casos em que há acusação e processo vigente cuja estrutura tem identidade com a dos grupos de casos analisados, não estando a prova constituída por fatores como ignorância do acusado ou de seu representante legal, impossibilidade financeira ou quaisquer outros motivos, é imperioso que o magistrado de ofício, conforme o art. 156, inciso II, do CPP, determine a realização antes de proferir sentença;

4. Como referenciado, no contexto de pesquisas como o Estudo PARTNER, a análise filogenética foi empregada para compreender a existência de eventuais casos de soroconversão resultaram de transmissão por vírus do qual era portador o parceiro junto ao qual o estudo acompanhava. Por mais que não seja dimensão que diz respeito a análise do presente estudo, por se tratar de caso cuja consumação ocorreu por ter efetivamente a transmissão do vírus ao ofendido, cita-se para ressaltar a importância prática que essencialmente apresenta estudos interdisciplinares como o presente para a seara penal, assim como também se destina ao advogado defensor a crítica feita em relação a resistência em abertura a disciplinas auxiliares. Excetuada a situação na qual a vítima soroconvertida tenha tido relações sexuais expostas unicamente com o acusado e não tenha jamais sido exposta a outra situação em que é possível que tenha havido infecção, a única prova definitiva do nexo de causalidade (ou de sua ausência) encontra-se na realização do referido exame. Dizer que um soropositivo manteve relação sem preservativo com um sorodiscordante que tempo depois testou positivo em testagem e, deste ponto, afirmar que fora o segundo a transmitir a ele o vírus é manifestação na mais pura essencial de um critério que se afastando da cientificidade e objetividade de uma conclusão, nomeadamente o critério da presunção. Basta ressaltar que na maioria dos casos a pessoa infectada é ofendido fez a testagem de descoberta pela primeira vez.

5. Por último, uma nota. Junto a importância de produzir conhecimento interdisciplinar é acompanhada pela dificuldade de fazê-lo. Os autores declaram sobre o estudo que ambos não têm formação em quaisquer das ciências médicas e não tiveram no escrito auxílio que alguém nelas competentes, sequer para revisão. O estudo foi feito com seriedade científica, e sua leitura deve ser feita de igual forma. A maioria dos ter-

mos e conceitos são simplesmente aplicados de forma literal, tal como se apresenta nos *pappers* ou de fontes concorrentes utilizadas. Ao se afirmar sobre o conceito base a condição de consenso científico, transmitiu-se o que se consta no estudo base da pesquisa. A ausência de outros estudos, tanto se posicionando de acordo como de forma divergente em relação ao tema decorreu da dificuldade de identificá-los. Afirma-se como tal por ausência de êxito em nossas pesquisas – mas, certamente, devem existir. Portanto, duas ressalvas devem ser feitas em relação ao conceito Indetectável = Intransmissível” (I=I), base da pesquisa, e a afirmação de que ele se apresenta como um consenso. A primeira é que se trata de uma afirmação emprestada do artigo que se apresenta como base do estudo, não fizemos uma revisão bibliográfica sobre o tema, o que obviamente relativiza fortemente a legitimidade da afirmação. Não obstante, a segunda é que o estudo escolhido como marco teórico, denominado de PARTNER, foi uma pesquisa observacional prospectiva conduzida em 75 centros clínicos de 14 países europeus, com o objetivo de avaliar o risco de transmissão sexual do HIV entre casais sorodiscordantes, nos quais o parceiro HIV positivo estava em terapia antirretroviral (TAR) com supressão viral. A pesquisa foi dividida em duas fases: a primeira, denominada PARTNER1, realizada entre setembro de 2010 e maio de 2014, incluiu casais heterossexuais e homossexuais; a segunda, PARTNER2, estendeu-se até abril de 2018, focando exclusivamente em casais homossexuais masculinos. Ressalte-se que a empreitada, aparentemente, se apresenta como pesquisa original em relação metodologia empírica e amplitude da amostra em relação ao tema. Ademais, é uma publicação da revista *The Lancet*, um dos veículos científicos com maior tradição e legitimidade no mundo. Em relação a possíveis equívocos no uso e emprego dos conceitos de área não jurídica, pede-se desculpas antecipada aos leitores, sobretudo aos eventuais próprios das áreas pertinentes - eles certamente podem existir.

5. Conclusão

O presente estudo percorreu em seu desenvolvimento os problemas teóricos e de aplicação concreta do direito relacionada à imputação de responsabilidade penal em casos envolvendo pessoas soropositivas submetidas à Terapia Antirretroviral (TARV), explorando o impacto do conceito “Indetectável = Intransmissível” (I=I) na delimitação do crime impossível como limitação ao enquadramento penal da tentativa, ressaltando-se a estrutura do direito positivo brasileiro.

Na introdução, delimitou-se a problemática central, evidenciando como o avanço científico no tratamento do HIV impõe questões de complexidade adicional que não podem ser compreendidas a partir de uma

análise superficial quanto a imputação de tentativa, ressaltando a ênfase que deve ser dada ao crime impossível no quadro de análise delimitado como objetivo da investigação. Em seguida, breve menção onde se destaca a evolução do tratamento do vírus HIV, seguida da análise, em especial, dos achados que foram obtidos nos estudos PARTNER, publicado na revista *The Lancet*, que comprovaram a inexistência de risco de transmissão sexual em indivíduos com carga viral indetectável, fornecendo o alicerce técnico-científico para a argumentação que posteriormente se realizou.

A parte vestibular do desenvolvimento explorou as bases normativas e dogmáticas da tentativa e a condição do crime impossível como limite ao enquadramento penal dos crimes tentados, conforme dispõe expressamente o direito penal brasileiro no artigo 17 do Código Penal. Sustentou-se, nesse panorama, a compreensão do crime impossível como fundamental limitação expressa à imputação penal, que deve ser considerada de forma acentuadamente rigorosa no grupo de casos objeto de análise.

A análise e discussão resultaram a compreensão de como a desconsideração das evidências científicas no contexto judicial pode levar a erros de julgamento e arbitrariedades. Sustentou-se, na sustentação da hipótese, a imperiosa necessidade de ter em consideração a latente possibilidade de atipicidade da tentativa dos indivíduos soropositivos submetidos a TARV eventualmente destinatários de procedimento penal por acusação que diz respeito a tentativa de crime doloso em razão de terem realizado ato sexual com soro divergente por efeito da condição em potência de não ser possível a transmissão do vírus pelos efeitos da referida profilaxia, sendo toda a discussão restrita aos casos de estrutura pertinente aos relacionados a discussão.

Conforme amostra ilustrativa trazida a colação, a discussão interdisciplinar, assim como a repercussão do conhecimento da literatura especialidade das ciências relacionadas a medicina não são adequadamente tratadas ou até mesmo ignoradas pela doutrina e jurisprudência, sendo a implicação que os avanços relacionados a TARV despercebidos e, junto a eles, a profunda relevância da instituição que se apresenta como limitação à imputação penal da tentativa, nomeadamente o crime impossível.

Baseando-se no conhecimento atual da ciência especializada, a hipótese que foi inicialmente estabelecida para solucionar o problema traduziu considerar a condição em potencia do TAR em pacientes de HIV a partir do padrão do conceito $I=I$ (*Indetectável = Intransmissível*), ou seja, a carga viral do submetido a profilaxia atinge níveis baixos ao ponto de tornar a infecção por relação sexual a pessoa sorodivergente sem possibilidade concreta, implica em solucionar no grupo de casos delineados

que relação sexual, o conceito de “absolutamente”, previsto no art. 17 do Código Penal ao tratar do crime impossível, encontra-se plenamente caracterizado nos casos em que o sujeito ativo, sendo paciente em Terapia Antirretroviral (TARV) e apresentando carga viral reduzida a níveis indetectáveis devido à adesão eficaz ao tratamento, demonstra risco de transmissão efetivamente inexistente. A conclusão foi pela confirmação da hipótese.

6. Referências

BRANDÃO, Cláudio - *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 105.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 dez. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Boletim Epidemiológico HIV/AIDS 2022*. Brasília: Ministério da Saúde, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/boletins-epidemiologicos>. Acesso em: 30 dez. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Criminal nº 938947-2010/011516183APR*. Relator: Roberval Casemiro Belinati. 2ª Turma Criminal. Julgado em: 28 abr. 2016. Publicado em: 9 maio 2016.

PALMA, Maria Fernanda - *Da “Tentativa Possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006.

PAUL, A.; VOLBERDING et al. In *New England Journal of Medicine*. Volume 333, número 7, p. 401-407, 17 ago. 1995. DOI: 10.1056/NEJM199508173330701.

RICHMAN, D. D.; FISCHL, M. A.; GRIECO, M. H.; GOTTLIEB, M. S.; VOLBERDING, P. A.; LASKIN, O. L.; LEEDOM, J. M.; GROOPMAN, J. E.; MILDVAN, D.; HIRSCH, M. S. et al. *The toxicity of azidothymidine (AZT) in the treatment of patients with AIDS and AIDS-related complex*. In *The New England Journal of Medicine*, v. 17, p. 192-197, 1987.

RODALE, A.; DORELL, S.; RODRIGUEZ, D.; et al. *Risk of HIV transmission through condomless sex in serodifferent couples when the HIV-positive partner is using suppressive antiretroviral therapy: PARTNER study*. *The Lancet*, Londres, v. 393, n. 10189, p. 2428-2438, 2016. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(19\)30490-4/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(19)30490-4/fulltext). Acesso em: 30 dez. 2024.

RODALE, A.; HILL, K.; KASTRUP, C.; et al. *HIV transmission risk through condomless sex in gay couples with suppressive ART: PARTNER2 study*. *The Lancet HIV*, Londres, v. 5, n. 9, p. e438-e447, 2018. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lanhiv/article/PIIS2352-3018\(18\)30132-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanhiv/article/PIIS2352-3018(18)30132-3/fulltext). Acesso em: 30 dez. 2024.

ROXIN, Claus - *Derecho Penal. Parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. T. I. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 71.

Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre. *HIV, PCR Quantitativo em Tempo Real*. Disponível em: <https://www.santacasa.org.br/laboratorio-de-biologia-molecular/hiv-pcr-quantitativo-em-tempo-real>. Acesso em: 30 dez. 2024.

SANTOS, Juarez Cirino dos - *Direito Penal. Parte Geral*. 3ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

WELZEL, Hans - *El Nuevo Sistema del Derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Tradução e notas por José Cerezo Mir. 2ª reimpressão. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 6 e ss.

AS CAUSAS DO DÉFICE DEMOCRÁTICO PORTUGUÊS

THE CAUSES OF PORTUGUESE DEMOCRATIC DEFICIT

L. Barbosa Rodrigues¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/5E1R-TR70>

Resumo: Este ensaio pretende identificar, topicamente, os principais fundamentos do défice democrático nacional, desconstruindo um acervo de mitos que obstaculizam a mudança.

Palavras-chave: Democracia; Défice democrático; História constitucional; Constituição; Política; Economia; Cultura; Populismo.

Abstract: *This essay aims to identify, topically, some of the main foundations of the Portuguese national democratic deficit, deconstructing a collection of myths that obstruct any change.*

Keywords: *Democracy; Democratic deficit; Constitutional history; Constitution; Politics; Economics; Culture; Populism.*

Sumário: 1. Antecedentes. 2. Contemporaneidade. 2.1. Causas jurídicas. 2.2. Causas políticas. 2.3. Causas económicas. 2.4. Causas culturais. Post scriptum.

Summary: 1. Background. 2. Contemporary times. 2.1. Legal causes. 2.2. Political causes. 2.3. Economic causes. 2.4. Cultural causes. Post scriptum.

1. Antecedentes

I – A coabitação entre Portugal e a democracia é, historicamente, quase sempre inefetiva.

II – O liberalismo é recebido entre nós cento e trinta e dois anos de-

¹ Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Professor Associado com Agregação na Universidade Lusíada; Investigador Sénior do CEJEIA. lbarbosarodrigues@gmail.com

pois do seu surgimento em Inglaterra – Revolução Gloriosa, 1688 – trinta e um anos depois da respetiva emergência em França – Revolução Francesa, 1789 – e, inclusive, oito anos depois de fenomenologia idêntica verificada em Espanha – Cortes Gerais, reunidas em Cádiz, 1812.

Para além disso, traduz-se numa experiência democraticamente mitigada, quer porque o texto dominante não é o de uma das Constituições – 1822 ou 1838 – mas sim o da Carta Constitucional – setenta e dois anos de vigência – quer porque, nesta, avultam o texto original – 1826-1828 e 1834-1836 – e os Atos Adicionais não democráticos – 1895 e 1907.

III – Igualmente, a primeira experiência republicana – 1910 – não se evidencia auspiciosa.

Em bom rigor, não corporiza, sequer, de nenhum ângulo, a existência de uma democracia.

Não o é no que concerne à gênese da República, imposta ao Povo por uma micro minoria, não o é no que se reporta à criação do texto de 1911, elaborado por um partido único, não o é no que tange à separação funcional, com uma concentração parlamentar quase absoluta e a inerente irrelevância, quer do Chefe de Estado, quer do Chefe de Governo, e não o é, finalmente, no que consubstancia uma prática ditatorial, irresponsável e violenta.

IV – A II República – 1933 –, não patenteia, igualmente – quiçá, voluntariamente – uma democracia.

Nem no que se refere a um texto constitucional estruturalmente inspirado no da Carta Constitucional, e, dessarte, com uma óbvia concentração de funções no Chefe do Estado.

Nem no que concerne a uma prática personalizada – ou, até mesmo, personificada – no Chefe de Governo.

V – Analogamente, o diploma de 1976 patenteia a existência de um número de entorses à democracia excessivamente elevado para a sua virtual qualificação como democrático.

Quanto à filosofia que lhe subjaz, porque – e em linha direta com o próprio *Programa do Movimento das Forças Armadas* – visa adstringir o Povo a uma construção socialista – e, nalguns aspetos, comunista – com a absoluta preclusão de qualquer outra.

Em sede de organização política, porque conserva um órgão ditatorial militar – vindo de 11 de março de 1975 – o Conselho da Revolução, com amplos poderes face a todos os outros – e com o monopólio da legislação militar – presidido pelo próprio Chefe de Estado.

No âmbito dos Direitos Fundamentais, porque não só consagra, neste espectro, um verdadeiro – e único – programa de Governo, como intenciona equiparar os direitos de liberdade, pessoais e políticos, aos nomen-

clados direitos económicos, sociais e culturais.

Em termos económicos, porque, indo ainda mais longe, desenha uma axiomática Constituição comunista – e não somente socialista – ancorada na apropriação coletiva dos principais meios de produção, na planificação do desenvolvimento económico, nas relações de produção marxistas, numa expressa autorização do confisco de latifundiários, de grandes proprietários, de empresários e de acionistas, e, por último, estatuidando a irreversibilidade da totalidade das nacionalizações efetuadas após o 25 de Abril de 1974.

No domínio da fiscalização da constitucionalidade, porque esta é realizada, não por quaisquer órgãos jurisdicionais, mas pelo Presidente da República, em articulação com o dito Conselho da Revolução, e com uma obscura – e sinistra – Comissão Constitucional.

No que corresponde à revisão constitucional, porque, ao determinar uma miríade de limites substantivos inusual – e sem comparação em ordenamentos democráticos europeus – bem como uma rigidez absoluta do período de insusceptibilidade revisória, a Constituição não consente quaisquer dúvidas sobre a sua idiossincrasia não-democrática.

VI – A vigência da Constituição de 1976 revela-se breve, com a sua substituição, em setembro de 1982, por um novo texto constitucional – e não por mera revisão do anterior.

De facto, a preterição de relevantes limites materiais, o abandono do escopo socialista, a parcial desmarxização, a ablação do órgão ditatorial militar Conselho da Revolução, a mutação estrutural do sistema de governo – metamorfoseando o sistema complexo presidencial-parlamentar original num sistema doravante simples governamental primo-ministerial – e a recentragem dos Direitos Fundamentais nos direitos de liberdade, com a secundarização dos sociais, implicam uma verdadeira e própria transição constitucional.

2. Contemporaneidade

Neste excurso tópico relativo ao défice democrático nacional evidencia-se, porém, sobretudo, a atualidade – 1982-2025 – com a específica identificação de causas jurídicas, causas políticas, causas económicas e causas culturais, não obstante a sua interpenetração.

2.1. Causas jurídicas

I – No que se reporta às causas jurídicas, destaca-se, manifestamente, a Constituição.

II – De facto, a Constituição portuguesa é, teoreticamente, uma Constituição democrática.

Tanto porque, de um lado, a titularidade do poder político soberano é deferida, exclusivamente, ao Povo, e porque esse Povo exerce, parcialmente, o aludido poder, quanto, de outro lado, porque os órgãos indiretos emanam da vontade popular, e se verifica separação política funcional, mormente, entre a função de direção, atribuída ao Governo, e a de controle, dada à Assembleia da República e ao Presidente da República.

Não obstante, esta Constituição exibe uma dirigista, e, inclusivamente, autoritária, vertente programática, mesmo após a ablação do seu originário finalismo socialista e comunista.

Reduzindo o âmbito da deliberação popular democrática ordinária, e transformando a comumente minimalista fixação de um programa constitucional na imposição, aqui, de um real programa de Governo, ou, nalguns casos, de um programa de administração.

Situando-a, definitivamente, no polo inverso ao de uma Constituição consensual, ao de uma Constituição neutra, ao de uma Constituição-quadro, e, sobretudo, ao de uma Constituição com a qual possa identificar-se uma larga generalidade do Povo português.

III - A Lei Fundamental em escrutínio recusa, igualmente, a vivência de uma ativa democracia semi-direta, optando pela recondução da mesma à simples eleição periódica.

Desde logo, ao converter o instituto do referendo popular numa caricatura de si próprio, afastando, num plano substantivo, a consulta sobre a revisão e a transição constitucionais, e, outrossim, sobre as matérias legislativas basilares, e, num plano procedimental, desenhando uma iniciativa popular mais afim da petição do que de uma real decisão.

Depois, ao não prever o instituto da revogação do mandato político (*recall*), que de grande utilidade se apresentaria, na medida em que é utilizável, tipicamente, no âmbito comparativo, em situações, ou de incompetência inequívoca, ou de corrupção manifesta.

IV - Não menos saliente, porque não menos perniciosa, se afirma a imposição constitucional, no quadro nacional e regional - e local - do sistema eleitoral proporcional.

Na verdade, se é exato que esse sistema espelha a realidade política nacional de forma mais precisa, e que reforça o pluralismo, ao consentir o acesso aos órgãos parlamentares, e, por inerência, aos governamentais, de um maior número de partidos, exato é, igualmente, que, no âmbito democrático, as desvantagens superam as vantagens.

Em primeiro lugar, porque os círculos não podem recortar-se uninominais, o que conduz a que a legitimidade democrática se transfira dos deputados para os partidos, perdendo a sua original individualidade, para assumir um teor coletivo, e, inevitavelmente, oligárquico.

Em segundo, porque nas situações em que a maior votação em cada círculo é distribuída entre vários partidos, o vencedor global pode não haver triunfado em círculo algum, ou, no limite, não ter constituído, em nenhum dos círculos, a primeira escolha dos eleitores.

Em terceiro, porque essas características negativas da gênese do vínculo representativo se propagam, ulteriormente, à articulação funcional, originando uma relação minimalista entre o eleito e o corpo eleitoral durante a integralidade do mandato.

Em quarto, porque a responsabilidade política do deputado frente aos seus putativos representados é, aquando da cessação do mandato, nula, atenta a natureza impessoal, fungível e burocrático-partidária determinada pelo modelo de designação, gerando, em cumulação com a irresponsividade quotidiana, uma absoluta irresponsabilidade terminal.

Mais: originando um verdadeiro pariató fáctico, ao tornar vitalício o cargo político, questionando, dessarte, o princípio jurídico-constitucional – republicano – da renovação dos mandatos.

V – Simultaneamente, evidencia-se antidemocrática a imposição, constitucional, de um monopólio das candidaturas partidárias ao Parlamento nacional, e mesmo aos regionais.

De facto, tais associações devem, somente, contribuir para a formação da vontade popular, nunca para a substituir, esbulhando os cidadãos de um direito político elementar.

VI – A essa fenomenologia se cumula – se bem que no âmbito infra-constitucional – a inexistência de escolha nas listas de candidatos a deputados, nacionais e regionais.

Quer no que se refere à pré-seleção, controlada pelos partidos e incumbindo a um microgrupo dirigente, quer, sobretudo, no que concerne à superveniente intervenção do eleitor, inibido do direito de ordenar e, quiçá, de excluir, qualquer dos candidatos listados.

Aliás, isto suscita a aberração da existência de candidatos com a certeza da sua eleição, mesmo antes do sufrágio, os colocados em posições designadas por elegíveis.

E propicia, inclusive, situações de integração nessas listas de candidatos que acabaram de ser rejeitados em sufrágios distintos, podendo até chegar-se ao cúmulo de tal acontecer numa análoga circunscrição territorial, consubstanciando um verdadeiro ultraje popular.

VII – No que se reporta, ainda, aos fundamentos jurídicos do défice democrático, e aos fundamentos determinados pela Constituição portuguesa, mas agora no âmbito dos Direitos Fundamentais, sobressai a problemática dos – autodenominados – direitos sociais.

Efetivamente, no corpo daquela sobrevive, ainda – vinda de 1976 –

uma exigência de efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais, enquanto encargo do Estado, e, pior, na sua vertente comunista de promoção da igualdade real, final, absoluta – para além de, noutra sede, a menção preambular ao, outrora magno, desígnio comunitário socialista.

Acontece que, do mesmo modo que é impossível transformar um homem numa mulher, ou vice-versa, é impossível converter uma expectativa de direito social num direito subjetivo de liberdade, ou converter o direito de liberdade em expectativa de direito social.

Quer porque, de outra maneira, se reverteria em imposição constitucional o que só pode e deve emergir da pronúncia popular, representativa, ou, preferencialmente, referendária.

Quer porque, semelhante imposição tornaria as eleições, em vasta medida, estéreis, ao não consentir qualquer tipo de opção entre os programas económicos, sociais ou culturais.

Facto é, porém, que tais situações persistem, mormente, no que tange aos designados direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, a direitos sociais constitucionalmente travestidos, naquilo que se pretende que seja o regime aplicável, em direitos de liberdade.

VIII – Desse fenómeno constitui excelente – ou, consoante a perspectiva, lamentável – exemplo, um direito de greve no qual os trabalhadores podem, arbitrariamente, definir os objetivos daquela, quer laborais, quer extralaborais, por mais absurdos que se apresentem, não se permitindo ao legislador circunscrever, ou sequer condicionar, esses objetivos, assim transformando um direito intrinsecamente laboral num óbvio direito político.

Ignorando, além disso, qualquer conceito de proporcionalidade, ou qualquer esforço de ponderação na sua relação com os remanentes direitos, sobrepondo-o, antes, a todos estes.

Sejam eles o direito de propriedade, o direito de circulação, o direito dos outros ao trabalho, o direito ao ensino, o direito à educação, o direito à saúde, ou, macabramente, o próprio direito à vida, dado que a greve é permitida, atrabiliariamente, aos profissionais de saúde, e, em termos absolutamente surreais, aos profissionais da emergência médica.

Pior: a Constituição afirma-o insuscetível de restrição, indo para além dos limites do regime dos direitos de liberdade – os direitos pessoais e políticos – insuscetível de suspensão, a não ser em estado de exceção, e, até, insuscetível de revisão constitucional.

IX – Quanto à Constituição económica, observa-se, numa democracia que se pretenderia liberal, uma anacrónica sobrevivência de institutos socialistas e comunistas, casos da autogestão ou da cogestão, uma insistência em meios de produção objeto de exploração coletiva pelos trabalha-

dores, uma defesa da apropriação pública dos meios de produção, uma manutenção da proteção dos sectores cooperativo e social de propriedade desses meios de produção, ou das cooperativas com participação pública, e uma preservação da intenção constitucional de, através de expropriação, eliminação dos latifúndios.

Tudo isto, ancorado na presunção marxista e, sobremaneira, errónea, de que a realidade económica depende do Direito, ou que é implicada pela sua previsão na Constituição, quando a relação de causalidade adequada é – apenas poderia ser – a oposta, bem como, na convicção de que é a economia, e nunca o indivíduo, o motor da história.

Perpetuando, assim, ineficiência económica, subdesenvolvimento e pobreza.

X – Para encerrar a listagem tópica das causas de jaez intrinsecamente jurídico, *maxime*, constitucionais, importa referir que a Lei Fundamental permanece hiper-rígida, fixando limites substantivos de revisão extensos, densos, e comparativamente invulgares, colocando em risco, dessa forma, as escolhas democráticas e a própria soberania popular.

Efetivamente, é antidemocrático, de todo, que uma única geração, ou que uma parte ao tempo maioritária dessa singular geração, blinde um texto constitucional, um texto fundamental, para um número indeterminado de futuras gerações, ou, quiçá, para sempre.

Não admitindo, assim, qualquer outra solução de mutação profunda que não a rutura constitucional, ou sem violência, ou mesmo, eventualmente, com recurso a tal violência.

2.2. Causas políticas

I – A primeira causa política identifica-se com a menorização do programa de Governo.

Efetivamente, a existência de uma democracia implica, antes de mais, legitimidade de título, legitimação popular, imediata ou mediata, pela via do sufrágio, dos titulares dos órgãos, ou dos titulares de parte elementar dos órgãos políticos, *maxime*, dos soberanos.

Mas mais, hodiernamente, exige, quer legitimidade pessoal, quer legitimidade programática.

Ora, aquilo a que se assiste é à elaboração de programas governativos indeterminados, resultantes, eles próprios, de programas eleitorais vagos, quando não, intrinsecamente vazios.

O que significa que a escolha eleitoral se reconduz a uma ficção, e que, inerentemente, a vinculação do Governo – e a do Parlamento – na sua ação política, é nula, ou inexistente.

Acresce que, após a liturgia parlamentar da sua apreciação e não-re-

cura, tal ato jurídico, mesmo nessa indeterminação e invinculatividade, é obnubilado até ao fim da legislatura.

II – Não desprecienda é também a criação de Governos não legitimados pelo voto popular, oriundos de coligações de derrotados e de negócios parlamentares sigilosos.

De facto, a democracia contemporânea sugere imediatividade, implica uma relação direta entre os governantes e os governados, sobremaneira no que corresponde à formação do principal órgão de direção política na quase totalidade dos Estados liberais, o Governo.

Pelo que, ao votarem, os eleitores pretendem selecionar uma específica construção política, não ver o seu voto subutilizado, sem transparência democrática, pelos partidos.

E, menos ainda, para a criação de soluções de Governo emergentes de associações, exclusivamente numéricas, e politicamente abstrusas, de partidos vencidos em eleições.

III – Quanto à *praxis* política correspondente aos Direitos Fundamentais, a primeira causa de degradação democrática contemporânea emerge da progressiva – e progressivamente mais asfixiante – compressão da liberdade de expressão – e, no fim, da própria liberdade de consciência.

Tendo como pretexto, fazer frente aos imaginários perigos e ameaças da extrema-direita, do fascismo, do nazismo, da islamofobia, da homofobia, do patriarcado, da discriminação, do discurso de ódio, e de todos aqueles outros que uma contracultura – em rigor, uma subcultura e uma ultraminoritária cultura – *woke*, tem vindo a excretar.

De facto, nesta última década, com a aquiescência e, inclusive, com uma ativa promoção, do poder, assiste-se ao exponencial condicionamento da liberdade de expressão, com o afastamento do espaço público de quaisquer opiniões divergentes das – designadas por – politicamente corretas, e, no extremo, com a sua repressão, cancelamento e ostracização.

IV – Uma segunda causa desse défice democrático jus-fundamental corporiza-se na relativização, na restrição, e, quiçá, na própria ablação, do direito liberal e pessoal de propriedade, para o financiamento de um utópico, imposto, e, mais, injusto, Estado social.

Especificamente, para proceder a uma alegada discriminação positiva, resultante da transferência de bens obtidos, tipicamente, pelo mérito, pelo esforço e pelo trabalho, para a esfera dos que os não possuem, pela falta, frequentemente, de mérito, esforço e trabalho.

V – Num quadro político distinto, urge apontar a quase absoluta inexistência de liderança.

De facto, não se vislumbra em nenhum dos principais dirigentes políticos portugueses dos últimos trinta anos, *maxime*, nos respetivos Pri-

meiros-Ministros, os órgãos detentores exclusivos da função de direção política e da centralidade no sistema de governo, uma única ideia estrutural, um único projeto de longo prazo, um único objetivo galvanizador.

Observa-se, sim, mediocridade, menoridade, tibieza, resignação, taticismo, seguidismo, assentes num exercício de gestão de curto prazo, legislatura a legislatura, ou melhor, bianual, atenta a regularidade com que a Assembleia da República é objeto de dissolução.

Às quais se agregam, regularmente, irracionalidade, negligência, in-cúria e indiferença com o património dos contribuintes portugueses, ou até, recentemente, dos estrangeiros.

VI – Em moldes mais amplos, outro tópico não despreciando consiste na gradativa insuficiência de preparação, tanto académica, como profissional, dos dirigentes políticos, quer em sede parlamentar, quer, não menos relevantemente, no domínio governamental.

Em primeiro lugar, como resultado do sistema eleitoral existente.

Que, na ótica dos candidatos, premeia a obediência, partidária e ao chefe, em desfavor de um qualquer tipo de mérito, e que, na perspetiva dos eleitores, lhes impede escolha alguma – ou recusa alguma – atenta a plurinominalidade dos círculos eleitorais e a existência neles de listas fechadas.

Em segundo, como efeito da ausência de uma escola de formação dos quadros políticos.

Em terceiro, como decorrência, num Estado circunscrito, da endogamia e do nepotismo.

Em quarto, como corolário da respetiva seleção de entre uma miríade de caciques locais.

E, em quinto, como consequência do recrutamento, nas organizações de juventude dos partidos, de indivíduos, na generalidade, sem qualquer contacto com a realidade exterior.

VII – Não menos importante se afirma, ainda, o – mal-assumido – fenómeno da corrupção.

De acordo com os últimos resultados do Índice de Perceção da Corrupção, patentes no relatório produzido anualmente pela *Transparency International*, Portugal situa-se já, em termos europeus, numa posição acima do meio da tabela, sendo apenas ultrapassado pelos Estados do Leste, e – não surpreendentemente – pela Itália, Espanha, Grécia e Malta.

Acresce, todavia, que Portugal, no seu programa de Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, afasta deste domínio a integralidade dos órgãos de soberania e dos remanescentes órgãos políticos, ignorando, pois, um dos eixos centrais dessa corrupção.

E que, os instrumentos e meios alocados para tal desiderato se apre-

sentam, na realidade, mínimos – ou patéticos – fácil sendo concluir pela inexistência de interesse político nesse combate.

VIII – Não menos relevante para o déficit democrático é a supressão da barreira política fixada, desde 1975, entre partidos democráticos e não democráticos – ou totalitários – casos da tríade de organizações comunistas com assento parlamentar, o Partido Comunista Português original – 1921 – o Bloco de Esquerda – resultante de dissidências e purgas naquele ocorridas – e o Livre – emergente de divergências várias com este último.

De facto, o desaparecimento de semelhante fronteira configura uma queda, abrupta, dos padrões democráticos básicos antes estabelecidos, nos domínios da organização política do Estado, da sua organização económica, ou dos Direitos Fundamentais, agora faticamente mais próximos de um regresso à Constituição de 1976, ou, inclusive, a 1975.

Acresce que, essa vertigem política antidemocrática não se circunscreve, já, ao branqueamento daqueles partidos, em si próprios, consideravelmente minoritários.

O mais grave é que o seu longo conúbio com os partidos do arco democrático gera um notório deslizamento antidemocrático destes.

Não se afigurando simples, hoje, destrinchá-los uns dos outros, mormente quanto ao neo-marxismo *woke* e à sua triologia DEI – diversidade, equidade, inclusão – à imigração, à ideologia de género, aos direitos sociais – e, *maxime*, à habitação – às alterações climáticas, ao sionismo, ou até, à eutanásia e ao aborto.

IX – Por último, infausta para a democracia sistémica se perfila a inserção nesta União Europeia.

Desde logo, porque se a perda da soberania nacional não configura um evento desejável, menos ainda o é quando não beneficia, nunca, de legitimação popular referendária.

Depois, porque traduz a inscrição, não numa estrutura estadual e federal, mas numa organização internacional e, pior, que exhibe, ela mesma, um evidente déficit democrático.

Tanto porque os respetivos tratados não são, em momento algum, submetidos ao voto dos cidadãos da globalidade, ou de uma amplíssima maioria, dos Estados que a compõem.

Como porque os titulares das suas principais instituições de direcção política, a Comissão Europeia, o Conselho da União Europeia e o Conselho Europeu – ou, menos ainda, o Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança – não beneficiam do favor do voto popular, sendo antes seleccionados através de acordos políticos que os cidadãos, ou desconhecem, ou nos quais, definitivamente, se não reveem.

E porque, mesmo no que contempla o Parlamento Europeu, a escolha dos seus membros continua, quase setenta anos depois – 1958-2025 – a ser operada Estado a Estado, replicando, outrossim, os deméritos e deficiências assinaladas – mormente, em Portugal – a que se agrega uma hiper-abstenção, que não parece, todavia, preocupar essa Europa.

Ainda, porque a original estrutura, de simples cooperação económica e filosofia liberal, é substituída por uma outra, para-estadual não legitimada – como o demonstra o falhado projeto de Constituição Europeia, 2004-2005 – e de natureza social, ou, porventura, socialista, construção bem visível na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Em último, porque a União Europeia não se afirma como uma associação de Estados iguais, mas antes como um diretório de alguns desses Estados – economicamente mais sólidos – que deliberam sobre as escolhas políticas essenciais dos remanescentes.

Determinando, no que se refere a Portugal, uma economia terceiro-mundista, ancorada no turismo e nos salários baixos, e tendo por contrapartidas uma subsídio e dependência permanentes.

2.3. Causas económicas

I – O contributo essencial, de natureza económica, para o défice democrático português radica na extensão – e na sua persistência ao longo de décadas – da intervenção estadual.

Primo, uma vez que esta é consequência de uma opção do constituinte de há cinco décadas nunca legitimada referendariamente, e não da escolha eleitoral dos cidadãos, vedando quaisquer políticas económicas diferenciadas das socialistas ou das comunistas.

Secundo, já que daí resulta a existência, também não sufragada, de um lato setor público.

Tertio, na medida em que de ambas advém, tanto a imposição de uma carga fiscal elevada, como a patente iniquidade da mesma, atendendo a que o financiamento das referidas construções é desigualitário e não consentido pelos seus destinatários.

II – Outro fundamento económico do défice democrático plasma-se na gradativa fraude orçamental, consubstanciada na aprovação parlamentar, em debate público, de determinada filosofia, que, ulteriormente, em sede de execução orçamental, e de modo sigiloso, resulta não apenas distorcida mas subvertida até à absoluta irreconhecibilidade.

III – Uma causa económica complementar do défice democrático, radica na dependência do Estado por parte de milhões de portugueses, ou pobres, ou no limiar da pobreza, ou com muito baixos rendimentos, e que não logram, por medo, escolher, democraticamente, opções diferentes –

de matriz liberal – das que lhes asseguram uma subsistência mínima.

IV – Em último, nesta sede, mas não menos relevante, emerge a atuação do sindicalismo, que substitui a propalada – e utópica – justiça social pela simples justiça sindical.

Afirmando a proteção global dos trabalhadores, mas tratando de forma desigual, e constitucionalmente discriminatória, os segmentos majoritários de entre os trabalhadores.

Privilegiando os do sector público em menoscabo dos do privado, beneficiando os manuais em prejuízo dos intelectuais, e priorizando os estáveis em desfavor dos precários.

Num conspecto, aliás, de posse jurídica exclusiva do direito, presuntivamente individual, de greve, com o correspondente impedimento do seu exercício pelos originários titulares.

2.4. Causas culturais

I – A democracia, a efetiva democracia – como a exemplar democracia suíça – implica, reciprocamente, a existência de um Povo interessado, motivado, informado e aculturado.

Ora, em Portugal, nesta pretextada democracia, nada contribui para semelhante realidade.

Nem uns partidos políticos que, desde muito cedo, se demitiram dessa função formativa.

Nem uma manipulação despudorada dos meios de comunicação social por parte daqueles.

Nem uma, à anterior associada, perversão, invenção e instrumentalização das sondagens.

Nem uma escolaridade básica e média sem qualidade, ou porque objeto de experiências pedagógicas marxistas, e, hodiernamente, neomarxistas *woke*, ou porque mais sensível às estatísticas do que à real preparação académica e cívica dos discentes.

Nem uma captura das universidades públicas por partidos de extrema-esquerda.

Nem uma brutificação mediática, com especial saliência para o seu subproduto televisivo.

Nem umas redes sociais sem diferenciação entre o pertinente e o secundário, entre o curto prazo e o longo prazo, entre verdade e falsidade, e, inclusivamente, entre o Bem e o Mal.

Nem, e quiçá sobretudo, uma inexequibilidade no acesso à cultura, em todos os planos – não obstante os glorificados direitos culturais constitucionais – num Estado de salários mínimos ou médios indignos, e obstaculizadores de tudo o que não seja a sobrevivência.

II - Em domínio diverso, e embora as raízes do fenómeno tenham origem no período da Guerra Colonial e no imediatamente ulterior ao golpe de 1974, mancham hoje a democracia portuguesa os ataques soezes dirigidos aos nossos antepassados, a vergonha com que se encaram os seus feitos heroicos, e a assunção de uma inexistente culpa política.

De um lado, porque carecem de um mandato popular maioritário para semelhante escopo e, de outro, porque respeitam ao período mais glorioso da vida nacional, as Descobertas.

Na realidade, uma Nação sem história, ou sem consciência e sem orgulho nessa história, é uma Nação sem presente, e, sobretudo, é, e é-o definitivamente, uma Nação sem futuro.

Post scriptum

Derradeiramente, indagar-se-á se o fenómeno do populismo não é, também, uma causa, senão mesmo uma das estruturais causas, ou a principal, do défice democrático português.

Mas a resposta é, claramente, negativa, e, a sua fundamentação, elementarmente simples.

De facto, o populismo é uma consequência do défice democrático, e nunca a sua origem.

Como o demonstra a circunstância de se apresentar como um fenómeno mais recente do que qualquer das causas, jurídicas, políticas, económicas, ou sociais, aqui escrutinadas.

O populismo é, tão-só, um efeito da descrença nas instituições, da indiferença às ideologias, da desconfiança nos putativos representantes, e de desilusão com a democracia.

AUTORREGULAÇÃO E COMPLIANCE NO AMBIENTE EMPRESARIAL COMO INSTRUMENTOS DE PRESERVAÇÃO DO MERCADO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

SELF-REGULATION AND COMPLIANCE IN THE BUSINESS ENVIRONMENT AS INSTRUMENTS FOR PRESERVING THE MARKET IN THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

Luiz Soares de Jesus¹

Eduardo Goulart Pimenta²

DOI: <https://doi.org/10.34628/4VNK-1P52>

Resumo: Originalmente, o Estado tinha um papel de vigilância e intervenção mínima, contudo, mudou após a Primeira Guerra Mundial com a ascensão do Keynesianismo que promovia uma intervenção estatal mais direta. Com o tempo, a complexidade organizacional aumentou, e o modelo de regulação estatal se tornou insuficiente. Isso levou ao desenvolvimento de “centros de juridicidade de origem privada” que atuam paralelamente ao direito estatal para atingir objetivos tanto privados quanto de interesse coletivo. Esse cenário abriu espaço para a autorregulação, onde a sociedade e as empresas assumem responsabilidades regulatórias. A autorregulação regulada é um modelo em que o Estado delega funções regu-

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Lavras - UFLA (2021). Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (2022). Bolsista CAPES, mestre e doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica - MG, pela área “Democracia, Autonomia Privada e Regulação”, linha “Função Social e Função Econômica das Instituições Jurídicas” e membro do “Núcleo de Estudo em Direito Societário”, vinculado ao CNPQ.

² Professor do corpo permanente do Programa de Pós-graduação em Direito (*strictu sensu*) da PUCMINAS-MG. Doutor e Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da UFMG.

latórias à sociedade, que por sua vez implementa programas de *compliance*. Esses programas visam garantir que as empresas cumpram normas e regulamentações, promovendo uma atuação ética e segura juridicamente. A autorregulação, portanto, emerge como uma solução eficaz para as limitações do Estado em regular todas as atividades econômicas. As empresas que adotam programas de *compliance* são capazes de gerenciar seus riscos internos e externos de maneira mais eficiente, promovendo uma cultura de respeito à legalidade e à ética. Assim, o presente estudo aborda a evolução da intervenção do Estado na sociedade e a transição para um modelo de autorregulação, onde a sociedade assume um papel ativo na regulação das atividades econômicas, adentando ainda na importância de uma interação entre as medidas autorregulatórias das empresas e a regulação estatal, formando um sistema de autorregulação regulada. O desfecho é que o panorama abordado se mostra como fundamental para a criação de um ambiente de negócios seguro e confiável, onde todos os participantes trabalham em conjunto para o benefício comum.

Palavras-chave: Autorregulação; *Compliance*; Ética empresarial.

Abstract: *Originally, the state had a role of surveillance and minimal intervention, but this changed after the First World War with the rise of Keynesianism, which promoted more direct state intervention. Over time, organisational complexity increased and the state regulation model became insufficient. This led to the development of 'legal centres of private origin' that act in parallel to state law to achieve both private and collective interest objectives. This scenario has opened up space for self-regulation, where society and companies take on regulatory responsibilities. Regulated self-regulation is a model in which the state delegates regulatory functions to society, which in turn implements compliance programmes. These programmes aim to ensure that companies comply with rules and regulations, promoting ethical and legally secure action. Self-regulation is therefore emerging as an effective solution to the limitations of the state in regulating all economic activities. Companies that adopt compliance programmes are able to manage their internal and external risks more efficiently, promoting a culture of respect for legality and ethics. This study therefore looks at the evolution of state intervention in society and the transition to a model of self-regulation, where society takes an active role in regulating economic activities. It also looks at the importance of interaction between companies' self-regulatory measures and state regulation, forming a system of regulated self-regulation. The bottom line is that the panorama discussed is fundamental to the creation of a safe and reliable business environment, where all participants work together for the common benefit.*

Keywords: *Self-regulation; Compliance; Business ethics.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Risco e sua coexistência contemporânea. 3. Auto regulação regulada. 4. *Compliance* como evolução necessária. 5. Considerações finais. 6. Referências.

Summary: 1. Introduction. 2. Risk and its contemporary coexistence. 3. Regulated self-regulation. 4. *Compliance* as a necessary evolution. 5. Final considerations. 6. Bibliographical.

1. Introdução

No século XIX, o relacionamento do Estado ocupava um posto de vigia em sua relação com a sociedade. Uma intervenção por parte deste só era realizada se essa fosse de modo pontual, de forma estritamente regrada e bastante fiscalizada. Desse modo, tem-se que a regra era nitidamente a da não intervenção, visto que não cabia ao Estado interferir na vida privada da sociedade³.

No período pós Primeira Guerra Mundial, esse modo de atuação estatal foi superado por uma política em que a própria sociedade passava a cobrar do Estado uma atuação maior e mais direta⁴, dando destaque a uma corrente que ficou conhecida como Keynesianismo⁵. Nesse modelo ajustado à realidade da época, agora caberia uma função interventora do Estado, conduzindo diretamente setores da economia e da sociedade sob o viés protetor.

Diante desse cenário que, sem dúvida, trouxe inúmeras benesses e realmente criou patamares de bem-estar individual nunca atingidos, deve-se ressaltar a presença conjunta de um fator intrinsecamente ligado a essa evolução que foi o mecanismo de aceleração de momentos de instabilidade, incertezas e principalmente aspectos ligados à figura do risco, que agora ocorrem de forma fulminante e não só atingindo uma nação apenas, mas sim todo o globo.

Assim, tem-se a presente proposta da pesquisa em questão, elucidar quais elementos característicos da autorregulação reforçam a implementação de um programa de integridade empresarial no âmbito das companhias abertas e que sejam efetivos para contribuir para que o setor atue com ética empresarial e com segurança jurídica.

³ O Estado na época possuía uma visão de que seu relacionamento com a sociedade era de uma realidade de separação clara, não se permitindo a relação de integração de funções (ESTEVE PARDO, 2007, p. 79).

⁴ No século XX, havia um poder regulatório do Estado sobre as atividades privadas. A regulação era definida como atributo exclusivo do Estado. De acordo com a doutrina de Aragão, tratava-se de um conjunto de normas legislativas, administrativas e convencionais cujo objetivo era de limitar a atividade dos agentes empresariais, evitando uma sobreposição de interesses privados e os sociais (ARAGÃO, 2005, p. 37).

⁵ Um período de intervencionismo ativo na economia (Keynesianismo), através do estímulo ao investimento estatal direto, incentivo ao crescimento dos mercados de consumo, juntamente ao auxílio decisivo dado à reprodução da força de trabalho, com as políticas sociais de pretensão caráter distributivista. A finalidade era distribuir uma parcela da riqueza entre estratos diferentes dos trabalhadores, mas jamais alterar a proporção relativa da riqueza entre o capital e o trabalho no conjunto do sistema do capital (PANIAGO, 2012, p.06).

Para isso, é tomado como objetivo principal, a avaliação do cabimento de modelos de autorregulação para o cumprimento efetivo de programas de compliance no âmbito de companhias abertas, tomado como meio a investigação de estatutos jurídicos de atuação empresarial, em caráter preventivo.

2. Risco e sua coexistência contemporânea

Para os filósofos positivistas, o perigo seria uma construção subjetiva do ser humano. Os autores desta corrente de pensamento, defendiam que todos os fenômenos estão sujeitos a causalidade natural. Segundo Albuquerque (2018), em razão disso, pelo ser humano ser ainda tão limitado, não possuindo pleno conhecimento de todos os sistemas de causa e efeito, a ele é possível compreender o mundo apenas através de generalizações e abstrações⁶.

Ao perceber o mundo diante dessa ótica, o ser humano se encontra limitado em possibilidades de enxergar as consequências de seus movimentos com certo grau de certeza, assim não conseguindo interpretar todos os resultados decorrentes de ações concretas. O ser humano atua sempre dentro de um campo de probabilidades, porém quase nunca em um campo de certezas.

Mesmo diante de todo avanço tecnológico ao longo das eras, o sentimento de perigo perdurou ligado aos atos do ser humano, deixando claro que essa percepção exata de resultados em razão de uma ação, não seria o que de fato colocaria fim ao perigo que o ser humano corre. Com isso, a noção de perigo passou a ser tomada por uma outra ótica. A noção subjetiva do perigo, segundo a ótica dos positivistas, não era mais cabível.

O intuito aqui não é de alcançar o esgotamento sobre a relação do homem com o perigo, mas deixar claro de que o perigo tem sua origem na natureza e como o homem se relaciona com essa. Já o risco não. Diferentemente da noção de perigo, o risco tem sua origem na relação humana e principalmente em atos de tomadas de decisões⁷. Focando no principal ponto dessa distinção para o presente estudo, a noção de perigo se encontra ligada a impossibilidade do ser humano de prever consequências em relação a atos particulares tomados. Já o risco, pode ser concebido como

⁶ ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos. *Compliance e crime corporativo*. Belo Horizonte. D'Plácido. 2017.

⁷ O risco é mensurável pelo tomador de decisão, se forem claras as regras da operação e completa sua informação sobre o objeto da decisão. Incerteza, por seu turno, resulta da falta de regras claras sobre a operação ou da falta de informação sobre os fatores internos e externos a que está sujeito o objeto da decisão.

sendo justamente essa noção de que algo não querido vai acontecer, de modo que a conduta humana sempre busque antecipar, visualizar e até mesmo impedi-la.

Exemplificando a referente questão, tem-se o apontamento de Pierpaolo Cruz Bottini, (2013):

“A definição objetiva do perigo como uma situação de fato permite caracterizar o risco como a qualidade de uma situação que o antecede. O risco refere-se à tomada de consciência do perigo futuro e às opções que o ser humano faz ou tem diante dele. É uma forma de representação do porvir e uma modalidade de produzir vínculos com este futuro. Enquanto o perigo é destino, o risco se relaciona com mediação, planejamento, estratégia. O risco será sempre uma qualidade do agir humano diante de diversas opções colocadas”. (Bottini, 2013 p 24).

Retornando ao plano estatal, perante a sucessória evolução da complexidade organizacional da sociedade, o modelo de Estado como fonte ímpar de regulação, sofreu impactos diretos vindo a se tornar uma atuação deficiente, que oportunizou o desenvolvimento de “centros de jurisdição de origem privada que se emparelham ou concorrem com o direito estatal, não apenas para a perseguição de objetivos privados, mas muitas vezes também para a consecução de fins de interesse coletivo” (SILVA, 2012, p. 159). Com isso, houve a quebra desse paradigma do Estado como sujeito ativo regulador, deslocando o que antes era um ente protetor, para uma posição de vulnerável⁸.

Diante dessa mudança de protagonismo da figura do Estado, surgiu-se a necessidade e a oportunidade da sociedade se autorregular, restando assim, o papel de auxiliar. Dessa forma, condensando a impossibilidade de atuação por parte do Estado, em regular toda a sociedade de diversos setores, de atuações internas e externas, acrescida ao fato de existir agora, uma sociedade com interesses regulatórios majoritariamente privados.

Outro fator que contribuiu para a complexidade e ineficácia da regulação focada na pessoa do Estado, foi o movimento de globalização, em um mundo que, cada vez mais a evolução tecnológica trouxe quesitos de imprevisibilidade para ótica do Estado, tornando assim o seu modelo protecionista ineficaz, não mais justificando uma postura interventora como antes, já que agora, ele irá praticamente falhar nesse papel, além do fato de uma decisão não ser mais exclusivamente de competência de um

⁸ Resultado de tal crescimento do modelo de atuação, de estruturas econômicas da sociedade e principalmente do fim de barreiras geográficas de atuação do mercado, pode-se dizer que houve a evolução migratória de riscos estatais, para riscos globais, colocando assim, uma venda da imprevisibilidade sobre os olhos do Estado em relação às atividades econômicas que a sociedade poderia praticar.

ente, mas de um coligação de entidades, países, blocos econômicos, parceiros e associações que surgiram ao longo das décadas com o intuito de diminuir as disparidades e arbitrariedade entre os países do globo.

Pode-se dizer que o perigo que o ser humano corre, é oriundo da sua própria ignorância frente a interpretação do mundo em que vive. Somente diante de uma visualização prévia dos efeitos de cada ação praticada, possibilitaria ao ser humano saber o resultado exato, e por tanto se prevenir, de determinadas ações que tomasse.

Posto essa compreensão essencial, é possível tratar o risco sendo uma característica dos efeitos, bem como das dinâmicas de uma sociedade, contudo, sendo essa característica dotada de uma posição de protagonismo e não apenas uma atuação secundária na dinâmica social.

3. Auto regulação regulada

O ponto funcional de equilíbrio, ocorreu diante de uma atuação em conjunto, em que o Estado delegaria funções regulatórias, e a sociedade receberia essa titularidade da regulação visando um cenário nacional mais saudável para a sua atuação. Deste modo, tem-se assim a autorregulação regulada⁹.

A partir do novo conceito, segundo Coca Vila, seria possível imaginar que o Estado representaria um barco, e os participantes (sociedade envolvida naquela regulação) seriam os remadores, sendo o Estado responsável por direcionar o rumo da embarcação, e aos participantes, caberia a função de impulsionar e movimentar o barco, ambos trabalhando para o benefício de todos (Coca Vila, 2013, p. 47).

Tal modelo, corresponde a uma melhora qualitativa e quantitativa da atuação regulatória como um todo, visto que essa função de controle se torna mais rigorosa, mas ao mesmo tempo mais específica e com melhores resultados, além de que, de certa forma, acaba por dissolver a linha entre nacional e internacional, entre o público e o privado, pois o que se almeja, é um bem comum para o melhor desenvolvimento socioeconômico.

Esse movimento de expansão de cuidados regulatórios e de caráter preventivo, legitima-se em razão do surgimento de novos interesses econômicos, a aparição de novos riscos, a institucionalização da insegurança, a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, a identificação de

⁹ Pode-se verificar três modelos teóricos: metarregulação, autorregulação pura e autorregulação regulada. Diante dos modelos citados, respeitando os objetivos do presente estudo, será feita uma abordagem sobre o movimento de autorregulação como um todo, visto que para os fins da presente pesquisa, não há distinção do meio em que se fez para alcançar o objetivo do cumprimento de um programa de compliance.

uma maioria social como vítima de delitos e o descrédito das outras instâncias de proteção. Desse modo, o campo jurídico passou a olhar mais detidamente para a economia e principalmente para a atividade empresarial.

Com o avançar do tempo, foram surgindo novas questões, como a existência de uma atuação temerária que se opera no campo das corporações, cujos efeitos podem ser nefastos, e em paralelo, a necessidade de estabelecer mecanismos de prevenção e combate a tais condutas, bem como a necessidade de se coibir tais comportamentos por meio do estabelecimento de reprimendas às pessoas jurídicas.

Iniciou-se então, um esboço para a conformação do chamado Direito Preventivo, comunicando com as demais legislações preventivas, como a Legislação Anticorrupção Empresarial, Lei nº12.846/2013, com foco em seu artigo 7º e o Decreto 8.420/2015, mais especificamente em seu artigo 41, que atuam dentro do foco do presente estudo, o da ação preventiva de pessoas jurídicas, bem como da consolidação da essencialidade e preocupação do legislador acerca de programas de integridade empresarial, ou como o termo em questão será abordado ao longo do presente estudo, programa de *compliance*.¹⁰

Assim, compreender o porquê das dificuldades e limitações do Estado para combater novos riscos é uma tarefa especial. Ao acompanhar os elementos que caracterizam a autorregulação, e por quais meios atuam no cumprimento da implementação de um programa de *compliance*, não está buscando apenas analisar um controle adequado das atividades da empresa, como também pretende-se inserir em seu modo de operar, uma maneira específica de condução dos seus negócios, sempre visando, ao máximo, respeitar as limitações de caráter íntegro, alcançando assim, um campo juridicamente seguro para o desenvolvimento de suas finalidades no mercado¹¹.

4. *Compliance* como evolução necessária

Diante desse contexto, quais elementos característicos da autorregulação reforçam a implementação de um programa de integridade empresarial

¹⁰ De maneira breve, um programa de *compliance* corporativo pode ser traduzido como: “um conjunto de disciplinas ou procedimentos que tenham por escopo fazer cumprir (to comply) as normas legais e regulamentares, bem como as políticas e diretrizes institucionais, além de detectar, evitar e tratar qualquer desvio ou inconformidade que possa ocorrer dentro da organização” (SILVA; COVAC, 2015 p. 12).

¹¹ Embora o termo “mercado” seja comumente utilizado, e esteja relacionado ao local de realização de práticas negociais, para além desse, existem sentidos mais abrangentes, como o entregue por Paula FORGIONI (2016. p. 137), envolvendo “[...] o conjunto das relações existentes entre os agentes que nele atuam e também o produto dessa interação.”

no âmbito das companhias abertas, que sejam efetivos para contribuir para que o setor atue com ética empresarial e com segurança jurídica, diante de situações concretas ocasionadas?

Em primeiro um momento, é suma importância compreender o movimento de autorregulação por meio de sua conceituação, classificação e limites dentro do espaço de atuação, construindo uma lógica construtiva para que a partir desse ponto, seja possível elucidar os impactos do movimento na legitimação da necessidade de aplicação de um programa de *compliance* em empresas e corporações no âmbito nacional.

Segundo Miller (2014), esse programa, pode ser entendido como:

“um processo pelo qual uma organização procura assegurar seu comportamento e atuação, por meio de adequações normativas aplicáveis a diversos ordenamentos vigentes, sejam eles oriundos do estado ou provenientes da própria empresa, de modo que um programa de compliance não é responsável por criar normas, mas apenas por respeitá-las e assegurar o cumprimento destas dentro da empresa” (Miller, 2014 p. 03).

Neste sentido, o Estado, por meio de normas de parâmetro de integridade da atuação empresarial, consegue implementar melhor um cenário de segurança jurídica em razão da existência de programas de *compliance*, que sem a presença desses, somente em virtude da imposição de lei diretas do Estado, culminando em uma atuação do setor empresarial no mercado nacional de forma plena e dentro de princípios como a segurança jurídica e ética empresarial.

Diante do atual paradigma econômico-social e de sua célere evolução tecnológica e de inovação, o desenvolvimento do conhecimento técnico científico permitiu o controle cada vez maior das consequências dos atos tomados, e de diversos fenômenos, até mesmos os naturais, que antes colocavam as atividades humanas em risco. Contudo, em razão desse fator acelerado de desenvolvimento, houve o nascimento de uma nova classe de riscos e de imprevisibilidade das ações humanas, e que também se mostram como potencialmente lesivos.

O que se tem, é que a sociedade contemporânea se encontra ativamente dentro de uma “sociedade de risco”¹², no sentido de que seu modo de atuação, agora mais do que nunca, deve sempre se pautar na preven-

¹² Veja-se: “a sociedade moderna aparece caracterizada, basicamente, por um quadro econômico que rapidamente se altera e pelo surgimento de extraordinários avanços tecnológicos. [...] Entretanto, não se deve ignorar as suas consequências negativas. Dentre as possíveis consequências, destaca-se a configuração do risco de procedência humana, como fenômeno social estrutural, pois grande parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos é proveniente precisamente de decisões que outros cidadãos adotam em termos de gestão dos avanços tecnológicos” (BECK, 1998, p. 25-26).

ção, pensando, resguardando, e principalmente gerenciando os riscos por ela próprios produzidos (Beck, 2006, p. 332).

Conforme explica Jose Esteve Pardo, no prólogo do livro “*Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada*”:

*a autorregulação tem sua gênese e encontra suas energias na sociedade que, longe de haver-se fundido e dissolvido no Estado como vaticinaram alguns doutrinadores, há evidenciado uma vitalidade, dinamizada em muitos casos pelas novas plataformas que oferece a tecnologia.*¹³ (Darnaculleta i Gardella, 2005).

E é exatamente diante dessa perspectiva foi criado o senso de urgência no setor empresarial nacional, para que programas de *compliance* fossem implementados de modo efetivo, na busca por uma melhor atuação e com segurança jurídica, sendo as que já estão no mercado, face a mudança de paradigma regulatório sofrido no passado recente.

Segurança jurídica essa, que pode ser tomada como motivação inicial para a criação e o implemento de um programa de *compliance*. Visto todo o quadro de gestão de riscos e comportamentos íntegros, todo o corpo de colaboradores e *stakeholders* de uma empresa, que pode ser abarcado por um programa efetivo de *compliance*, adequado à realidade a que se aplica, e que se encaixa ao novo modelo de autorregulação regulada, o qual o Estado e setor privado, cada um dentro de seu interesse, buscam uma maior prevenção de condutas desviantes e potencialmente lesivas para o mercado.

Algumas organizações brasileiras já adotam, há algum tempo, medidas que asseguram o cumprimento das normas e regulamentos que lhes são aplicáveis em função de sua área de atuação. São exemplos claros dessa realidade as companhias abertas, sendo a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), as instituições financeiras como o Banco Central do Brasil (BACEN), as seguradoras como a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), as empresas dos setores de telecomunicações e energia como a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), transportes por meio da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), e o setor farmacêutico e de alimentos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), dentre muitas outras.

Porém, no tocante do setor privado empresarial nacional, e na res-

¹³ Prólogo de José Esteve Pardo, no livro de DARNACULLETA i GARDELLA, Maria Mercè. *Op. cit.*, p. 10. Tradução livre do texto original: “*la autorregulación tiene su génesis y encuentra sus energías en la sociedad que, lejos de haberse fundido y disuelto en el Estado como vaticinaron algunos doctrinarios, ha evidenciado una especial vitalidad, dinamizada en muchos casos por las nuevas plataformas que ofrece la tecnología.*”

pensabilidade dos administradores das companhias abertas pela implantação e manutenção de programas de *compliance*, somente no ano de 2013, à luz das novas regras estabelecidas com a publicação da Lei 12.846/2013, é que se teve um movimento mais incisivo de criação de um modelo de cumprimento de regras.

Contudo, um breve recorte temático é aqui cabível. Quando falamos em separação de competência regulatória, com a figura do Estado não mais possuindo o monopólio da regulação, visto que não é aconselhável que um grupo implemente um programa próprio de controle e atue isolado dos demais setores, é importante que haja interação entre as medidas autorregulatórias das próprias empresas e a regulação feita em um segundo plano, pelo aparato estatal.

Desse modo, um programa de *compliance*, por exemplo, encaixa-se ao novo modelo de autorregulação regulada por ser o mecanismo pelo qual as empresas conseguem se autorregular, estabelecendo parâmetros internos em consonância com a legislação imposta pelo Estado.

Autorregulação essa, que pode ser relacionada como elemento presente desde o surgimento do direito comercial, em que:

observa-se que autorregulação exercida por entidades profissionais privadas sempre existiu mesmo que em menor intensidade. Atualmente, diante da complexidade e incerteza que a realidade traz na pós modernidade, a autorregulação passa a ter uma maior importância na coordenação da economia, juntamente com a coordenação pelo Estado e a realizada pelo próprio mercado (Ferraz, 2012, p.63).

Definição de tal termo que, para o desenvolvimento do presente estudo, pode ser tomada no sentido de institutos coordenadores, elaborados para o mercado econômico e com a interferência deste, que ao serem colocados em prática, têm como fim, organizar entidades empresariais privadas, por meio de parâmetros de conduta, limites de atuação, modalidades de fiscalização, padrões de fiscalização, recomendações, delimitação de sanções, etc. Por se tratar de uma regulação feita em si próprio, o que se espera é que seja incorporada pelas entidades privadas de forma voluntária, pura.

E aqui reside a essencialidade da análise da intercessão da autorregulação, como forma de cumprimento de um programa de *compliance*. Buscando a construção que tenha como consequência a existência de programas de *compliance* que de fato possuam sinergia com os participantes e que seja capaz de implementar uma ética e segurança jurídica empresarial, para uma companhia aberta.

Uma empresa que não se preocupa em controlar suas próprias ativi-

dades, conscientizando-se, por consequência dos riscos a que se encontra submetida, mostra-se amplamente vulnerável ao surgimento, voluntário ou involuntário, de falhas em sua organização, pela simples razão de desconhecer os limites de sua própria atuação (Albuquerque, 2018, p. 245).

Por meio de seus elementos e objetivos, um programa de *compliance* visa justamente a evitar este déficit organizativo, criando uma série de mecanismos de coordenação da atividade empresarial privada, cuja grande finalidade será a de incentivar programas de integridade, no intuito de detectar áreas de vulnerabilidade dentro dessas empresas e reorganizá-las de maneira apta a prevenir a concretização de riscos futuros.

Além de estabelecer parâmetros adequados de organização do setor empresarial nacional, possuindo, como missão primordial, desenvolver um modelo de atuação ética da corporação, de maneira que todos em sua escala de funcionários, tenham conhecimento de que dentro daquele local de trabalho encontra-se vigente uma política de conduta máxima. Fomenta-se assim, através da adequação da autorregulação e ao implemento do *compliance*, justamente o desenvolvimento de uma cultura corporativa de respeito à legalidade, dessa forma, atuando com segurança jurídica no mercado econômico.

É válido pontuar que inexistente um modelo de programa de *compliance* com validade e eficácia geral. Este deve ser construído. Diante disso, é possível determinar algumas diretrizes comunicantes entre a maioria dos sistemas preventivos.

A ideia de um programa de *compliance*, é atuar como um instrumento significativo de efetivação da função social da empresa dentro das limitações e premissas regulatórias de seu ramo de atuação, proporcionando uma atuação íntegra e cuidadosa.

Contudo, o elemento que impulsiona tal necessidade de o setor empresarial possuir programas de *compliance*, é o movimento de autorregulação, o qual é possibilitado diante da delegação que a figura do Estado realiza aos agentes reguladores, partindo desses, resoluções para que empresas e corporações de determinado setor econômico se autorregulem, assim consequentemente, terminando em programas de *compliance* como solução para essa lacuna regulatória.

Mais especificamente, constata-se de forma nítida uma ineficiência e consequentemente uma delegação da regulação estatal, que mesmo se ramificando em órgãos e autarquias relacionadas aos setores da economia, encontra na autogestão do setor privado, uma solução viável, e muito bem vinda, por meio da autorregulação e por fim, programas de *compliance*.

É possível constatar que essa mudança de paradigma da atuação Es-

tatal, afeta a dinâmica que o setor governamental tem com o setor privado, além de criar um novo modelo de controle de condutas desviantes, a qual, agora, cabe a própria instituição privada se controlar, criar seus próprios programas de condutas, por meio de novas tecnologias, novas dinâmicas de atuação profissional e sempre amparada por institutos jurídicos, auxiliando nesse controle e nessa regulação das ações praticadas pelas empresas no mercado.

Segundo Nelson Eizirik, Ariádna B. Gaal, Flávia Parente e Marcus de Freitas Henriques (2011), no livro “*Mercado de Capitais - Regime Jurídico*”, a autorregulação pode ser tomada como o meio mais eficaz para que se realize o controle da atividade desempenhada por agências e entidades públicas no âmbito do mercado, visto que as regras são: “elaboradas pelos próprios membros do mercado, a partir de sua experiência concreta no desenvolvimento dos negócios, tornando-as mais flexíveis e de mais fácil adequação às mudanças das circunstâncias do mercado” (Eizirik, Nelson, et al, 2011, p.214).

Portanto, a autorregulação possui como uma de suas vantagens a vocação para coordenar questões que o Estado, por meio da regulação, nunca conseguiu atingir. Baseando-se na adequada interação entre essas duas formas de coordenação, é possível autorregular esses temas profissionais, ao passo que a regulação deverá intervir para evitar distorções e excessos praticados pelas entidades autorreguladoras, o que poderá acarretar em inúmeros benefícios para os autorregulados, o Estado e para a sociedade (Ferraz, 2012, p.69).

Em verdade, a decisão de implantar o programa de *compliance* por uma empresa insere-se no planejamento de governança corporativa baseado no modelo de responsabilidade social, pesando-se em favor dessa decisão a diminuição do risco de desvirtuamento de condutas ou atividades ilícitas, inibindo publicidades ou avaliações negativas, ou, ainda, de responsabilização de forma objetiva, seja por parte de funcionários da empresa, seja por atos de terceiros que atuem em seu nome (Lima, 2018, p.61).

Para que um programa de *compliance* consiga atuar dessa forma:

devem-se levar em consideração elementos estruturais, como: a definição e a comunicação de valores e objetivos empresariais, que devem ser respeitados; a análise dos riscos penais específicos correspondentes aos ramos de atividade nos quais a empresa está inserida; a fundamentação da responsabilidade dos níveis hierárquicos mais elevados mediante objetivos definidos; o estabelecimento de procedimentos para a prevenção da criminalidade empresarial; a fixação de responsabilidade em nível de mando médio, criando assim uma unidade empresarial especializada, ou seja, um departamento especializado [...]; a criação de sistemas de informações para o descumprimento e esclarecimento de delitos eventualmente praticados;

sistemas de informantes para o recebimento de denúncias anônimas; a determinação de um setor encarregado de casos suspeitos, que devem ser esclarecidos [...]; e o estabelecimento de medidas internas para a sanção de condutas desviadas (Sieber, 2013, p. 8 - 9).

Para garantir a efetividade das medidas preventivas dos programas de *compliance*, seria especialmente significativa a cooperação entre o sistema de regulação interno da empresa e as estruturas do poder estatal de prevenção, retomando aqui, a metáfora do barco (Estado) e remadores (sociedade) de Coca Vila.

De forma conjunta, o Estado atuaria na função de criar legislações direcionadas a exigir que o setor privado tenha a implementação de um programa de *compliance*, configurando assim, o sistema chamado de autorregulação regulada, em que há a cooperação entre o setor público e privado para melhor prevenir negligências em atividades empresariais (Alencar de, 2015, p. 125).

A autorregulação e os programas de *compliance* oferecem às empresas ferramentas para gerenciar esses riscos de forma eficaz, prevenindo condutas desviantes e fortalecendo a integridade organizacional. O atual cenário, de uma crescente e acelerada evolução tecnológica e o surgimento de novos riscos destacam a importância de uma gestão proativa de riscos, característica da sociedade contemporânea. A Lei 12.846/2013 foi um marco para intensificar a adoção dessas práticas no Brasil, refletindo uma mudança significativa no paradigma regulatório. Contudo, a cooperação entre o setor privado e o Estado é crucial para a eficácia dos programas de *compliance*.

O modelo de autorregulação regulada, onde o Estado cria legislações exigindo a implementação desses programas, promove uma sinergia entre regulação interna e externa. Essa colaboração não só minimiza riscos, mas também fortalece a segurança jurídica e a ética empresarial, contribuindo para um mercado mais transparente e responsável, beneficiando toda a sociedade.

5. Considerações finais

Diante dos estudos realizados, pode-se inferir que fica evidente que a sociedade se encontra diante de uma necessidade de se readaptar a uma nova realidade e que precisa agir diante de ameaças globais, mesmo sem saber de suas consequências futuras. O resultado direto da estabilidade da sociedade de risco para o direito, e mais especialmente para o direito regulador, se configura no fato de que esse passa por uma tendência clara de expansão, com a finalidade de abarcar as novas situações jurídicas relevantes.

Assim, compreender o porquê das dificuldades, e limitações do estado para combater novos riscos é uma tarefa especial, visto que de nada adianta, o Estado, mover todo o seu arsenal interventivo para evitar a materialização de ameaças, se, ao final, tal movimento é ineficaz para a mínima minimização de riscos. Através da implementação de um programa de *compliance*, não apenas se está buscando um controle adequado das atividades da empresa, como também pretende inserir em seu modo de operar, uma maneira específica de condução dos seus negócios, sempre visando, ao máximo, respeitar as limitações de caráter ético.

Desse modo, ao implementar um programa de *compliance*, não se visa apenas garantir um controle eficaz sobre o desenvolvimento das atividades empresariais, mas também integrar uma abordagem específica na condução dos negócios. Esse programa deve sempre almejar o respeito máximo às restrições éticas estabelecidas pela corporação, assegurando que todas as operações sejam conduzidas de acordo com os mais elevados padrões de integridade e responsabilidade corporativa.

6. Referências

ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos. *Compliance e crime corporativo*. Belo Horizonte. D'Plácido. 2017.

ALENCAR, Mario de. *Os programas de criminal compliance como instrumento de proteção do empregado na responsabilidade penal empresarial*. São Paulo. LiberArs, 2015.

ANTONIK, Luis Roberto. *Compliance, Ética, Responsabilidade Social e Empresarial: Uma visão prática*. Alta Books Editora, 2018.

BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASCH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. de Magda Lopes. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2012.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998.

COCA VILLA, Ivó, *¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (Org.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Ed. Atelier, 2013.

DARNACULLETA i GARDELLA, Maria Mercè. *Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2005

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna Bohomoletz; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de Capitais - Regime Jurídico*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

EIZIRIK, Nelson Laks. *Regulação e auto-regulação do mercado de valores mobiliários*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 48, p. 48-59, 1982.

ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación: génesis y efectos*. Pamplona: Aranzadi, 2002.

FERRAZ, Adriano Augusto Teixeira. *A autorregulação do mercado de valores mobiliários brasileiro: a coordenação do mercado por entidades profissionais privadas*. 2012.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LIMA, Danielle Pinheiro Diógenes. *Compliance: prevenção de responsabilidades nos negócios e contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MARTÍN, Adán Nieto. *Autorregulación, “compliance” y justicia restaurativa*. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis, NIETO MARTÍN, Adán. *Autorregulación y sanciones*. 2. Ed. Pamplona: Aranzadi, 2015.

MILLER, Geoffrey P. *The law of governance, risk management, and compliance*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2017.

PANIAGO, Maria Cristina Soares. *Keynesianismo, neoliberalismo e os antecedentes da “crise” do Estado*. MELO, Edivânia. PANIAGO, Maria Cristina Soares Paniago; ANDRADE, Mariana Alves. *Marx, Meszáros e o Estado*. São Paulo: Instituto Lukács, 2012.

RODRIGUES, Auro de Jesus. *Metodologia Científica*. São Paulo: Avercamp, 2006.

SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo. *Autorregulación y Derecho Penal de la empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?* In: *Autorregulación y sanciones*. Aranzadi, 2015. p. 197-248.

SIEBER, Ulrich. *Programa de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*, trad. Manuel A. Abanto Vásquez. *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, org. Luis Arroyo Zapatero e Adán Nieto Martín, Valência, Tirant lo Banch, 2013.

SILVA, Bruno Boquimpani. *Autorregulação e direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. São Paulo, ano 6, n. 21, 2012.

SILVA, Daniel Cavalcante; COVAC, José Roberto. *Manual de Compliance*. São Paulo: Editora de Cultura. 2015.

A TRANSNACIONALIDADE DO ESTADO DE DIREITO

THE TRANSNATIONALITY OF THE RULE OF LAW

Margarida Salema d'Oliveira Martins¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/FCSX-BB94>

Resumo: No presente texto procura refletir-se sobre questões e problemas conconrentes à figura do Estado de Direito e a sua construção dogmática, bem como ao ordenamento jurídico em que deve ser preferitamente focado.

Palavras-chave: Estado de Direito; Transnacionalidade.

Abstract: *This text seeks to reflect on issues and problems concerning the concept of the rule of law and its dogmatic construction, as well as the legal system on which it should preferably focus.*

Keywords: *Rule of Law; Transnationlity.*

Sumário: 1. Considerações gerais. 2. A “rule of law” e o “Rechtstaat”. 3. A incorporação do princípio pelo Conselho da Europa e outras organizações internacionais. 4. Estado de Direito na União Europeia. 5. O mecanismo europeu para o Estado de Direito.

Summary: 1. *General considerations.* 2. *Tthe rule of law and the Rechtstaat.* 3. *the incorporation of the principle by the Council of Europe and other international organisations.* 4 *Rule of law in the European Union.* 5) *The European mechanism for the rule of law.*

1. Considerações gerais

No âmbito do projeto de investigação que temos vindo a desenvolver no Centro de Estudos Jurídicos, Económicos, Internacionais e Ambientais, sobre o Estado de Direito, as ameaças ao mesmo, as perspetivas diferentes em termos de constituições nacionais e de organizações inter-

¹ Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada. Investigadora integrada do CEJEIA

nacionais, cabem diversas questões de que a menor não será porventura a de saber afinal de que estamos a tratar.

Não será neste ensejo que aprofundaremos conceitos de filosofia política, mas somos colocados perante o desafio de tentarmos discernir acerca de que tipo de figura crucial é esta e em que ordenamento jurídico deve ser preferencialmente focado. Como se tem delineado a sua construção dogmática?

Em geral, as constituições nacionais proclamam o Estado de direito como um dos pilares dos respetivos Estados. O mesmo sucede com as organizações internacionais.

O Estado de Direito é tradicionalmente um paradigma do Estado moderno.

Mas o Estado de Direito é um valor, ou é um princípio, ou é um conjunto de disposições normativas de configuração de um sistema político de um Estado, ou marca a estruturação de uma Organização Internacional?

Afinal tem uma aceção uniforme, estável ou sofre desviantes em contextos diversos, ora de restrições financeiras, para fazer face a crises bancárias, ora de dificuldades económicas perante crises de inflação galopante, ou de proibições sanitárias, para ultrapassar doenças pandémicas, ou de ajustamentos no poder judicial, para encarar a aplicação de medidas concretas antidemocráticas. Está ao sabor do poder legislativo do momento ou o poder legislativo ele próprio se subordina ao mesmo?

Deve ser tomado numa aceção abstrata ou num sentido concretizado com impacto na esfera jurídica individual?

O nosso interesse em torno deste tema não advém tanto da questão como tratada na Constituição portuguesa de 1976, que como é sabido, não definia originariamente a República Portuguesa como Estado de Direito Democrático, como sucede na versão atualmente vigente (v. artigo 2.º)².

² Na versão aprovada pela Assembleia Constituinte, o artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa rezava:

ARTIGO 2.º (Estado democrático e transição para o socialismo) A República Portuguesa é um Estado democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democrática, que tem por objectivo assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras.

Tratava-se de uma versão ideologicamente marcada, tendo sido, no entanto, introduzida a expressão primado do Estado de Direito Democrático no Preâmbulo que ainda que não tivesse eficácia normativa temperava o carácter fortemente ideológico do texto de 1976. A alteração do artigo 2.º, no aspeto de que cuidamos aqui, só surgiu com a revisão constitucional de 1982 (v. artigo 2.º da Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro (primeira Revisão da Constituição). Aliás, a atual redação do artigo 2.º da Constituição

Na sua vertente de Estado de Direito, para Gomes Canotilho e Vital Moreira, o princípio do Estado de Direito Democrático na Constituição portuguesa, abrange um “*amplo conjunto de regras e princípios dispersos pelo texto constitucional que densificam a ideia de sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, garantindo aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança*”³.

A nossa indagação consiste em perceber por que razão este conceito ou paradigma assume vetores distintos e pode mesmo ser questionado, em termos internacionais, se um dado Estado, membro de uma organização internacional pode ser admoestado e mesmo sancionado por força de incumprir esse mesmo Estado de direito, como sucede na União Europeia. E de que direito estamos a tratar? Do direito interno? Ou do direito internacional?

Temos, para nós que o Estado de direito, quer no âmbito do direito público, quer das parcerias público-privadas, importa ser preservado e desenvolvido, tendo-se transformado em regra transnacional.

Do domínio nacional para o transnacional, há todo um percurso sobre o qual importa refletir ainda que de forma muito sucinta.

2. A *rule of law* e o *Rechtstaat*

No sistema de *common law*, a expressão prevalecente é a *rule of law*, utilizada por Dicey desde a sua obra clássica *An Introduction to the Law of the Constitution*, de 1885⁴.

Este autor marca o constitucionalismo britânico, baseado na capacidade legislativa ilimitada do Parlamento. Esta conceção vingou praticamente até aos anos 80 do século XX, havendo até quem defendesse que afinal não havia separação de poderes, mas sim confusão de poderes e até concentração no Parlamento onnipotente. Nessa altura, defende Bogdanor, que se passa da era da *Old Constitution* para a *New Constitution*⁵. Nesta, o poder já não surge centralizado, mas antes difundido. A transformação constitucional surgiu por força da adesão às então Comunidades Europeias, que implicou a aceitação, sem precedentes, pelo Parlamento britânico, da autoridade legislativa de outra entidade constitucional, obri-

portuguesa resultou de alterações introduzidas por três revisões constitucionais, ou seja, pela de 1982, mas também pelas de 1989 e 1997. A alínea b) do artigo 9.º da Constituição também foi aditada pela revisão constitucional de 1982.

³ V. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 205.

⁴ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Oxford University Press, 2013.

⁵ Vernon Bogdanor, *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009.

gando o Parlamento a alterar as leis internas, a aceitar a aplicação direta de legislação europeia, e até obrigando os próprios juizes britânicos, por vezes, a aplicar o direito europeu em lugar do direito interno.

No final do século XX, por entre diversas modificações constitucionais, o governo trabalhista de Tony Blair emitiu uma série de *statutes* estabelecendo um acordo de descentralização (*devolution of power*) que se traduziu na criação de assembleias legislativas e executivos na Escócia, Gales e Irlanda do Norte. Também emanou o *Human Rights Act* de 1998 que concedeu aos cidadãos direitos positivos que poderiam acionar contra o Estado. Também foi criado um tribunal, o *Supreme Court* que, apesar de não ter poderes adicionais relativamente à *House of Lords*, permitiu um incremento no papel dos juizes.

As transformações operadas na Constituição britânica não foram revertidas apesar do Brexit.

Contudo, uma das características sobreviventes da *Old Constitution*, para além da vigência de non-legal rules, também denominadas por *conventions*, é precisamente a *rule of law*. Esta é considerada como princípio que enforma não apenas a Constituição britânica, mas também outras constituições.

Sem este princípio constitucional, as Constituições não têm sentido, as instituições não se podem formar, as leis não podem ser emitidas nem aplicadas. Ou seja, o Estado não pode agir, não pode constituir-se ⁶.

A conceção diceyneana está, contudo longe de ser a única interpretação do princípio da *rule of law*. Conceções alternativas divergem em um ou vários aspetos, como o do nível normativo em que opera o princípio e o da natureza da lei, e consequentemente a dominação da sociedade pela lei.

Quanto ao primeiro aspeto, o princípio poderá operar como um princípio moral, como uma *convention* ou como uma regra jurídica.

Como princípio moral, aplicar-se-ia a todos os Estados e em todos os tempos, sendo um princípio que determina como o poder deve ser exercido sobre as pessoas. Para Joseph Raz, a *rule of law* consiste nas características dos sistemas jurídicos que devem estar presentes nas sociedades que se reclamam de serem governadas pela lei, sendo que tais características são criadas e baseiam-se em razões morais ⁷.

Como *convention*, a *rule of law* é um princípio reconhecido pela comunidade política e que molda a sua conduta. Como *convention* o conteúdo

⁶ V. N. W. Barber; *The United Kingdom Constitution, An Introduction*, Clarendon Law Series; Oxford University Press, 2021, p. 1-5.

⁷ Joseph Raz, *The Rule of law and its virtue in Essays on Law and Morality*, 2.ª edição, Oxford University Press, 2009.

da *rule of law* está enraizado nas convicções da comunidade política em que o princípio opera.

Como regra jurídica, a *rule of law* encontra-se nos textos dos *statutes* e das decisões dos juízes, sendo um princípio que pode ser invocado perante os tribunais e que pode estar na base de ações judiciais.

Quanto ao segundo aspecto, relativo à natureza da lei, verifica-se que alguns autores, especialmente os positivistas, entendem que o objetivo da lei é estreito tratando-se de uma espécie de guia de ação da instituição. A lei existe para determinar a atividade institucional e os seus fins não são diretamente relevantes para o princípio, porque as leis podem ser justas ou injustas. Outros autores, como Ronald Dworkin, defendem que o objetivo da lei é mais lato. A função da lei vai para além de um mero guia de ação, inclui alguns objetivos em relação aos quais tal guia deve ser orientado; se a lei falhar em proteger direitos ou em determinar a justificação do poder do Estado então há uma falha na realização da *rule of law*. A *rule of law* é um princípio que se aplica desde logo às ordens constitucionais, aos Estados e desde logo está em causa o direito do Estado. O objetivo do direito do Estado deverá estar aliado aos fins do Estado que existe para promover o bem-estar dos membros do Estado. Se o objetivo da lei é mais amplo do que um simples guia de ação então as virtudes da regra jurídica devem ser correspondentemente maiores. Não se trata apenas de promover a liberdade negativa tornando previsível o exercício do poder, mas criando também a possibilidade para o Estado de agir, criando instituições e promovendo medidas para beneficiar o seu povo e por isso promovendo a sua liberdade positiva. É apenas através da lei que o Estado pode assegurar que as instituições sociais, como a educação e a saúde, as vias rodoviárias e a regulação do mercado, em que o povo confia, existem e funcionam bem.

Se realmente se reconhecer que situações, como a pobreza, a falta de educação e os desequilíbrios de poder, implicam uma falta de capacidade legislativa de guia de atuação e que ainda por cima, a existência de leis injustas, de governos não sujeitos a responsabilização e de uma administração arbitrária impedem a aceitação das leis e a sua eficácia, então poderemos concluir que afinal a abordagem da *rule of law* não é tão distinta assim.

Ou seja, independentemente das várias abordagens sobre este princípio, afinal este exige que o governo atue com a intenção de promover os interesses dos governados, o que conduz à confiança na lei e no Estado ⁸.

Como escreve Martin Loughlin, é certo que a afirmação da *rule of law*, noção altamente ambígua, foi cunhada no século XIX por Dicey como uma característica definidora da Constituição britânica que exprimia

⁸ V. N. W. Barber; *The United Kingdom Constitution, An Introduction* cit., p. 308 a 311.

princípios liberais como a igualdade perante a lei e a necessidade de promulgar leis como regras gerais de conduta.

Mais importante que especificar direitos em textos seria estar atento à necessidade de assegurar uma tutela efetiva.

O conceito análogo germânico de *Rechtstaat* tornou-se usual na primeira metade do século XIX (Robert von Mohl, 1831), mas em circunstâncias políticas muito diferentes. Na maioria dos países continentais que tinham experimentado 200 anos de governo absoluto havia sido destruída qualquer tradição de liberdade, nas palavras de Friedrich Hayek, mas havia sido construída uma máquina administrativa centralizada, poderosa, que se tinha preocupado mais com o bem-estar ⁹.

O conceito evoluiu no sentido de afirmação de um Estado social de direito, sobretudo no direito continental que se foi afastando do sistema de *common law*.

O conceito de *Rechtstaat* foi inventado pelos juristas alemães para reconciliar as necessidades de liberdade individual com uma tradição já estabelecida de governo autoritário.

A ideia liberal de *Rechtstaat* foi inspirada na obra de Emanuel Kant. Circulou durante a segunda metade do século XIX como um compromisso ambíguo entre liberalismo e autoritarismo monárquico.

Com a dominação crescente do positivismo jurídico que concebia o Estado como uma pessoa jurídica que corporizava a autoridade soberana, não aceitando limites resultantes dos direitos individuais, já que então os direitos eram vistos como uma criação do direito objetivo, o conceito de *Rechtstaat* subsumiu-se num conceito mais vasto de direito do Estado.

Uma importante distinção entre *common law* e direito continental prende-se com a questão da jurisdição administrativa. No sistema de *common law*, qualquer funcionário público estaria sujeito ao mesmo tipo de responsabilidade legal enquanto, através da Europa continental os funcionários públicos estavam sujeitos a uma jurisdição administrativa cada vez mais do que estariam sujeitos aos tribunais ordinários. Um dos argumentos utilizados era o de que os litígios relativamente a atos administrativos careciam de um conhecimento de ambos os ramos do direito e de factos relativamente aos quais um juiz ordinário não seria suposto possuir. Também se entendia que litígios a propósito de um ato administrativo ilícito não poderiam ser decididos como uma pura questão de direito uma vez que envolviam questões de política de governo ou de burocracia governamental. Esta noção de direito administrativo mantém-se,

⁹ V. Martin Loughlin, *Against Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2022, pp 40-44.

portanto, alheia ao *common law* britânico.

Diogo Freitas do Amaral afirma que a subordinação do Estado ao Direito constitui uma das maiores conquistas da civilização, gerada no seio da tradição intelectual e política da Europa ocidental e dos Estados Unidos da América. Já nos regimes ditatoriais, o Direito estará subordinado ao Estado ¹⁰.

Sem pretender percorrer o tema dos modelos de Estado, podemos referir, em síntese, com Miguel Galvão Teles que deve considerar-se que existe Estado de Direito quando se encontrem reconhecidos e efetivamente assegurados os direitos fundamentais do Homem, a independência dos tribunais e a legalidade da administração pública podendo encontrar-se uma diferente graduação na evolução dos modelos de Estado, do Estado-Polícia ao Estado Liberal de Direito e ao Estado Social de Direito ¹¹.

Jorge Reis Novais confirma que o Estado de Direito nos “*surge como um conceito marcadamente polissémico, moldando-se aos contornos que lhe advêm da aplicação a realidades substancialmente diferentes e recolhendo as contribuições e diferenças de perspetivas dos autores que mais profundamente o analisaram*” ¹².

3. A incorporação do princípio pelo Conselho da Europa e outras organizações internacionais

O Conselho da Europa, organização internacional regional europeia de cooperação política, repousa em três pilares fundamentais, tendo a respetiva atividade incidido, ao longo da sua existência, essencialmente nos pilares da democracia e dos direitos humanos.

Como se reconhece expressamente no seu sítio oficial na Internet ¹³, só recentemente, já no século XXI, passou a dar mais atenção ao terceiro pilar, considerando a autonomia e a relevância da *rule of law*.

Assim, a Comissão de Veneza debruçou-se sobre esta matéria num importante relatório, adotado em 2011¹⁴.

Nesse relatório, são abordadas as origens históricas dos conceitos *rule of law*, *Rechtsstaat* e *État de droit* e a sua juspositivação.

¹⁰ V. Diogo Freitas do Amaral, *Estado*, in “Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado”, Lisboa, 1984, 2.º volume, p. 1126-1176, p. 1148.

¹¹ V. Miguel Galvão Teles, *Estado de Direito*, in “Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado”, Lisboa, 1984, 2.º volume, p. 1186-1187.

¹² V. Jorge Reis Novais, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Almedina, Coimbra, 2006, p.22.

¹³ <https://www.coe.int/en/web/portal/rule-of-law>

¹⁴ [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e)

Ora, sucede que estes conceitos surgem, no direito internacional, em diversos tratados, mas também em soft law.

A *rule of law* pode, pois, ser encontrada no direito internacional, sobretudo em tratados internacionais.

Desde logo, refere-se, em versão francesa, no § 2.º do preâmbulo do Estatuto do Conselho da Europa, assinado em Londres, em 5 de maio de 1949:

“Inébranlablement attachés aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l’origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable;”

Também no § 5.º do preâmbulo da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH), assinada em Roma em 4 de novembro de 1950 se escreve:

“Résolus, en tant que gouvernements d’Etats européens animés d’un même esprit et possédant un patrimoine commun d’idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle;”

Em ambos os textos, a expressão *rule of law* foi traduzida para francês por *prééminence du droit* e não por *Etat de Droit*.

Na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos é possível encontrar várias decisões sobre este conceito, chegando mesmo o TEDH a considerar que a *rule of law* é um conceito ínsito em todos os artigos da Convenção e usa não apenas o termo *prééminence du droit* mas também o de *Etat de Droit* ¹⁵.

No âmbito das Nações Unidas, a noção de “rule of law” aparece no § 3.º do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

“Whereas it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law”.

No âmbito das organizações internacionais regionais é de salientar, para além da referência já feita ao Conselho da Europa, a referência à OSCE (Organização para a Segurança e Cooperação na Europa) relativamente à qual também encontramos a atividade da Organização ¹⁶.

¹⁵ ECtHR *Stafford v. United Kingdom*, 28 maio 2002, § 63.

¹⁶ <https://www.osce.org/files/f/documents/4/7/103448.pdf>

Na OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico), também se tentou alcançar uma definição estabelecendo-se que a *rule of law* é composta por elementos fundamentais autónomos que devem ser encarados em conjunto tais como a existência de regras básicas e valores que um povo partilha e aos quais acorda estar vinculado (constitucionalismo), a subordinação do governo à lei, a interpretação da lei por um poder judiciário independente e imparcial, atuação administrativa subordinada à lei sem discriminação injusta, transparência da lei e acesso ao direito sobretudo para os mais vulneráveis, aplicação atempada e eficiente da lei ¹⁷.

Muitos e variados textos de *soft law* no seio das organizações internacionais também têm abordado esta matéria.

Nos direitos internos, surgem como traço dominante do Estado em Constituições de vários antigos Estados socialistas da Europa Central e de Leste (Albânia, Arménia, Belarus, Bósnia Herzegovina, Croácia, República Checa, Estónia, Geórgia, Hungria, Moldava, Montenegro, Roménia, Sérvia, Eslováquia, Eslovénia, Macedónia do Norte, Ucrânia). Nestes, a noção de Estado de Direito é de mais difícil apreensão, em virtude da influência do Estado de legalidade socialista.

Noutros Estados, com democracias mais antigas, já a referência ao Estado de direito é menos vincada, como Andorra, Finlândia, Alemanha, Malta, Noruega, Portugal, Espanha, Suécia, Suíça e Turquia, podendo ser encontrado em preâmbulos ou outros preceitos gerais.

A Comissão de Veneza, após refletir sobre uma definição de *rule of law*, concluiu pela impossibilidade de apresentar uma definição teórica, tendo diversamente procurado concentrar-se em identificar os seus elementos centrais.

A Comissão decidiu desenhar uma ferramenta operacional para verificar o nível de cumprimento da *rule of law*, elaborando uma *Rule of Law Checklist* ¹⁸ baseada em 5 elementos centrais, subdivididos em perguntas detalhadas: legalidade; segurança jurídica; abuso de poder; igualdade perante a lei e não discriminação; acesso à justiça.

O princípio da legalidade está na base de qualquer democracia estabilizada e funcional. Abrange a supremacia da lei, ou seja, a ação estadual tem de se efetuar de acordo com a lei e com base na lei. A lei deve definir a relação entre o direito internacional e o direito interno e prever os casos

¹⁷ V. Relatório da Comissão de Veneza cit., p.7.

V.https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2019/03/equal-access-to-justice-for-inclusive-growth_a69ac7da/597f5b7f-en.pdf.

¹⁸ [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e)

em que podem ser adotadas medidas excepcionais em derrogação do regime normal de proteção de direitos humanos.

A segurança jurídica implica o acesso ao direito. O direito tem de ser certo, previsível e acessível. Princípios como o *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege* ou a não retroatividade da lei criminal são pontos baluartes da segurança jurídica.

O abuso de poder deve ser prevenido, prevendo-se salvaguardas contra a arbitrariedade; estabelecendo-se que o poder discricionário dos funcionários públicos não é ilimitado e é regulado por lei.

A igualdade perante a lei é provavelmente o princípio que mais bem corporiza o conceito de *rule of law*. É necessário que a lei garanta ausência de qualquer discriminação com base na raça, cor, sexo, língua, religião, opiniões políticas, origem nacional ou social, nascimento etc. As situações iguais devem ser tratadas de forma igual e as diferentes de forma diferente. Podem ser admitidas ações positivas desde que sejam proporcionais e necessárias.

O acesso à justiça pressupõe um poder judicial independente e imparcial e o direito de obter um julgamento justo. Não basta fazer justiça, é preciso que seja vista como tendo sido feita.

A *Rule of Law Checklist* também inclui desafios específicos e tópicos à *rule of law* como a corrupção e o conflito de interesses, coleção de dados e controlo.

Tem por objetivo constituir uma ferramenta exaustiva para avaliar o grau de respeito da *rule of law* num determinado Estado, podendo ser utilizada por variados *stakeholders*. Dirige-se, contudo, primordialmente aos Estados. Tratando-se de um processo complexo, em que a *rule of law* é atingida através de várias fases, e que nunca se considera plenamente alcançada. A análise do cumprimento da *rule of law* requer, pois, um conhecimento e compreensão internos do respetivo sistema.

O que se trata então é de uma ferramenta trabalhada em termos internacionais por uma organização internacional regional europeia para averiguar do grau de aprofundamento da *rule of law* a nível nacional.

Ou seja, não se trata de perceber se a própria organização internacional está verdadeiramente estruturada em termos de ela própria cumprir a *rule of law*.

4. Estado de Direito na União Europeia

Ora, na União Europeia, trata-se de um exercício diferente. Desde logo porque a própria União Europeia se baseia no Estado de Direito, ou seja, ela própria se intitula como uma organização sujeita à *rule of law*.

É, pois, interessante ver as diversas versões linguísticas do artigo 2.º do TUE e já agora também do 4.º considerando do preâmbulo do TUE.

Em português:

*A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do **Estado de direito** e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres. Confirmando o seu apego aos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e liberdades fundamentais e do **Estado de direito**.*

Em inglês:

*The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the **rule of law** and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail. CONFIRMING their attachment to the principles of liberty, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms and of the **rule of law**.*

Em francês:

*L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'**État de droit**, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. CONFIRMANT leur attachement aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'**État de droit**.*

Em alemão:

*Die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, **Rechtsstaatlichkeit** und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören. Diese Werte sind allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet. IN BESTÄTIGUNG ihres Bekenntnisses zu den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie und der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der **Rechtsstaatlichkeit**.*

Alargando o âmbito de aplicação do procedimento que já fora introduzido pelo Tratado de Amesterdão e completado pelo Tratado de Nice, o artigo 7.º do Tratado da União Europeia, na sua versão atual, contém um procedimento para sancionar a violação desses valores por um Estado-Membro, bem como um mecanismo preventivo do risco de violação.

Assim, o Conselho pode verificar a existência de um risco manifesto de violação dos referidos valores por parte de um Estado-Membro, sob proposta fundamentada de um terço dos Estados-Membros do Parlamento Europeu ou da Comissão Europeia, devendo essa deliberação ser adotada por maioria qualificada de quatro quintos dos seus membros, e só após aprovação do Parlamento Europeu.

Previamente à adoção dessa deliberação, o Conselho deve ouvir o Estado-Membro em questão, podendo dirigir-lhe recomendações, as quais devem ser aprovadas de acordo com o mesmo procedimento descrito para a deliberação sobre o risco de violação. Acresce que o Conselho regularmente verifica se os motivos que conduziram a essa verificação continuam válidos (v. artigo 7.º, n.º 1, do TUE).

Para além deste mecanismo de verificação de risco de violação, prevê-se um procedimento em que o Conselho Europeu (e já não o Conselho) pode, deliberando por unanimidade, sob proposta de um terço dos Estados-Membros ou da Comissão Europeia, e após aprovação do Parlamento Europeu, verificar a existência de uma violação grave e persistente dos valores a que se refere o artigo 2.º, por parte de um Estado-Membro, após ter convidado esse Estado-Membro a apresentar as suas observações sobre a questão (artigo 7.º, n.º 2, do TUE).

Verificada a existência de uma violação nos termos descritos, o Conselho pode decidir, por maioria qualificada, suspender alguns dos direitos decorrentes da aplicação dos Tratados ao Estado-Membro em causa, incluindo o direito de voto do representante do Governo desse Estado-Membro no Conselho. Ao fazê-lo, o Conselho terá em conta as eventuais consequências dessa suspensão nos direitos e obrigações das pessoas singulares e coletivas. Tal não isenta o Estado-Membro das obrigações que lhe incumbem por força do TUE, às quais continua vinculado (artigo 7.º, n.º 3, do TUE).

Caso se altere a situação que motivou a imposição dessas medidas, o Conselho pode decidir, por maioria qualificada, alterar ou revogar as medidas anteriormente adotadas (artigo 7.º, n.º 4, do TUE).

Para efeito dos dois procedimentos enunciados, as regras de votação aplicáveis ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho são estabelecidas no artigo 354.º do TFUE (artigo 7, n.º 5, do TUE).

Tem havido alegações de violação de valores, como o Estado de di-

reito, e dificuldades na aplicação do procedimento mais restritivo do artigo 7.º do TUE.

Assim, outras medidas, como de carácter orçamental, têm sido utilizadas para obrigar a cumprir o valor do Estado de Direito, o que levou os Estados-Membros alvo dessas medidas a contestá-las com base justamente na existência de procedimentos próprios expressamente previstos para o efeito. Contudo essa argumentação não foi acolhida pelo TJUE.

O Tribunal de Justiça afirmou até que *“contrariamente ao que alega a Hungria, apoiada pela República da Polónia, além do procedimento previsto no artigo 7.º TUE, diversas disposições dos Tratados, frequentemente concretizadas por diversos atos de direito derivado, conferem às instituições da União competência para examinar, declarar e, sendo caso disso, sancionar violações de valores que constam do artigo 2.º TUE, cometidas num Estado-Membro”*¹⁹. *“Todavia, é admissível o legislador da União, quando dispõe de uma base jurídica para o efeito, instituir, por ato de direito derivado, outros procedimentos que têm por objeto os valores que constam do artigo 2.º TUE, de entre os quais consta o Estado de direito, desde que esses procedimentos se distingam tanto pela sua finalidade como pelo seu objeto do procedimento previsto no artigo 7.º TUE (v., por analogia, Acórdão de 7 de fevereiro de 1979, França/Comissão, 15/76 e 16/76, EU:C:1979:29, n.º 26; Despacho de 11 de julho de 1996, An Taisce e WWF UK/Comissão, C-325/94 P, EU:C:1996:293, n.º 25; e Acórdão de 11 de janeiro de 2001, Grécia/Comissão, C-247/98, EU:C:2001:4, n.º 13)”*²⁰.

Foi criado então, à margem dos tratados, um mecanismo europeu para o Estado de direito, que adiante referimos, com várias etapas entre as quais se destaca na fase final a elaboração de um relatório. O primeiro relatório foi apresentado pela comissão, em 30 de setembro de 2020²¹. Se-

¹⁹ V. n.º 159 do Acórdão do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno) de 16 de fevereiro de 2022, Hungria contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia; Recurso de anulação — Regulamento (UE, Euratom) 2020/2092 — Regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da União Europeia — Proteção do orçamento da União em caso de violação dos princípios do Estado de Direito num Estado-Membro — Base jurídica — Artigo 322.º, n.º 1, alínea a), TFUE — Alegada elusão do artigo 7.º TUE e do artigo 269.º TFUE — Alegadas violações do artigo 4.º, n.º 1, do artigo 5.º, n.º 2, e do artigo 13.º, n.º 2, TUE, bem como dos princípios da segurança jurídica, da proporcionalidade e da igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados - Processo C-156/21.

²⁰ V. n.º 168 do mesmo Acórdão do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno) de 16 de fevereiro de 2022,

²¹ V. Relatório de 2020 sobre o Estado de Direito. Situação na União Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Bruxelas, 30.9.2020 (COM (2020) 580 final).

guir-se-iam os relatórios de 2021²², 2022²³ e 2023²⁴ e 2024²⁵.

Os mecanismos preventivos do risco de violação desse valor e sancionatórios, contemplados no artigo 7.º do Tratado da União Europeia, não têm tido a virtualidade de resolver inúmeros problemas que se têm verificado nalguns Estados-Membros, sobretudo na Hungria e na Polónia²⁶.

No Relatório de 2024, a Comissão refere que “até à data, esse procedimento foi desencadeado duas vezes: primeiro, pela Comissão em relação à Polónia, em dezembro de 2017, e depois pelo Parlamento Europeu relativamente à Hungria, em setembro de 2018. Em ambos os procedimentos, o Conselho realizou várias audições formais e sessões sobre o ponto da situação, sem, no entanto, tomar a decisão de fazer avançar qualquer deles para a fase seguinte. Após uma série de evoluções positivas na Polónia, a Comissão concluiu, em maio de 2024, que as condições para manter o procedimento tinham deixado de existir. As autoridades polacas adotaram um plano de ação para abordar as questões da independência do poder judicial abrangidas pela proposta fundamentada da Comissão de dezembro de 2017, que será utilizado pela Comissão no seu acompanhamento. Tendo em

²² V. Relatório de 2021 sobre o Estado de Direito. Situação na União Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Bruxelas, 20.7.2021 (COM (2021) 700 final).

²³ V. Relatório de 2022 sobre o Estado de Direito. Situação na União Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Luxemburgo, 13.7.2022 (COM (2022) 500 final).

²⁴ V. Relatório de 2023 sobre o Estado de Direito. Situação na União Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Luxemburgo, 5.7.2023 (COM (2023) 800 final).

²⁵ V. Relatório de 2024 sobre o Estado de Direito. Situação na União Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, 24.7.2024 COM (2024) 800 final.

²⁶ “O procedimento para defender os valores comuns da UE enunciados no artigo 7.º do TUE, que permite ao Conselho verificar a existência de um risco manifesto de violação grave dos valores da UE e acompanhar esses riscos, prossegue em relação à Polónia e à Hungria. O Conselho realizou audições sobre a Polónia em maio de 2023 e sobre a Hungria em novembro de 2022 e maio de 2023. O respeito pelo Estado de direito continua a ser uma condição prévia fundamental para a boa gestão dos fundos da UE. Desde 1 de janeiro de 2021, o regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da União (Regulamento Regime Geral de Condicionalidade) protege a boa gestão financeira do orçamento da União e os interesses financeiros da UE contra violações dos princípios do Estado de direito. Em resultado do procedimento lançado pela Comissão, o Conselho adotou, a 15 de dezembro de 2022, uma decisão de execução relativa a medidas para a proteção do orçamento da UE contra violações dos princípios do Estado de direito na Hungria” V. p. 35 do Relatório da Comissão referido na nota 23.

conta que já não existe um risco manifesto de violação grave do Estado de direito pela Polónia, a Comissão retirou a sua proposta fundamentada, pelo que foi encerrado o procedimento contra este país. O acompanhamento da evolução do Estado de direito prosseguirá no âmbito do relatório sobre o Estado de direito” ²⁷ -

Para a Comissão Europeia, o Estado de direito é um dos valores comuns a todos os Estados membros. Em qualquer regime que respeite o Estado de direito, os poderes públicos só podem agir dentro dos limites impostos por lei, em conformidade com os valores da democracia e dos direitos fundamentais, sob a supervisão de tribunais independentes e imparciais. O Estado de direito contempla princípios como a legalidade, que requer um processo legislativo transparente, responsável, democrático e pluralista; a segurança jurídica; a proibição do exercício arbitrário do poder executivo; a tutela jurisdicional efetiva por tribunais independentes e imparciais e a fiscalização jurisdicional efetiva, incluindo o respeito dos direitos fundamentais; assim como os princípios da separação de poderes e da igualdade perante a lei. Estes princípios foram reconhecidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). Além disso, o Conselho da Europa já definiu normas e formulou pareceres e recomendações que fornecem orientações sólidas para promover e defender o Estado de direito.

O Estado de direito é um princípio bem estabelecido. Embora os Estados-Membros tenham identidades nacionais, sistemas jurídicos e tradições diferentes, no essencial, a noção de Estado de direito é a mesma em toda a UE.

A UE também defende o Estado de direito na sua ação externa, a nível bilateral, regional e multilateral.

Tendo por base os valores e princípios universais consagrados na Carta das Nações Unidas e no direito internacional, a UE defende os direitos humanos, a democracia, o Estado de direito em todo o mundo em consonância com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. A defesa do Estado de direito a nível mundial implica o reforço da colaboração com organizações internacionais e regionais como as Nações Unidas, o Conselho da Europa e a Organização para a Segurança e a Cooperação na Europa.

5. O mecanismo europeu para o Estado de Direito

A Presidente da Comissão Europeia, Ursula von der Leyen, esteve na base da criação de um mecanismo abrangente em matéria do Estado de direito como elemento essencial do compromisso comum da União Euro-

²⁷ V. Relatório de 2024, p. 7 e 8.

peia e dos Estados membros de reforçar o Estado de direito e prevenir a ocorrência de problemas e o seu agravamento.

A abordagem envolve um diálogo com todos os Estados-Membros de forma objetiva e imparcial reunindo as questões colocadas anualmente num relatório sobre o Estado de direito que inclui 27 capítulos com avaliações individuais por Estado Membro. Este mecanismo reforça instrumentos já existentes.

Este exercício permite a comparação e a averiguação dos constrangimentos que se encontram em cada Estado-Membro, sendo, pois, um importante instrumento de análise do Estado de direito nos 27 países da UE.

Os quatro pilares principais sobre que repousam os trabalhos são: o sistema judicial, o combate à corrupção, o pluralismo da comunicação social, e outros sistemas de equilíbrio de poderes a nível institucional.

Reconhece-se que os sistemas constitucionais, jurídicos e políticos dos Estados membros refletem, regra geral, elevados padrões em matéria de Estado de direito. No entanto há também problemas graves, casos em que a resiliência das salvaguardas em matéria de Estado de direito está a ser testada e em que as lacunas se tornam mais evidentes.

São observados, quanto ao primeiro pilar, problemas quanto à perceção da independência judicial pelo público em geral, aos Conselhos Superiores da Magistratura e procedimentos de nomeação e destituição de juizes como salvaguardas essenciais da independência judicial, à autonomia e à independência do Ministério Público, à garantia de responsabilização e salvaguarda da independência nos processos disciplinares que envolvam juizes e procuradores, ao reforço da qualidade e eficiência da justiça e ao acesso e papel dos advogados no sistema judicial.

Para o segundo pilar, verificam-se ainda preocupantes índices de perceção da corrupção na Europa, regista-se a importância de estabelecer estratégias nacionais anticorrupção bem como a respetiva execução, regista-se a necessidade do reforço da capacidade das instituições e do quadro jurídico para combater a corrupção, fala-se dos problemas da eliminação de obstáculos às investigações e ações penais e da necessidade de estabelecer sanções dissuasivas para a corrupção de alto nível, de reforço das medidas de prevenção da corrupção e de promoção da integridade na vida pública, de assegurar a transparência da representação de grupos de interesse e regulamentação das portas giratórias, da declaração do património, de interesses, da proteção dos denunciantes, das áreas de alto risco de corrupção como as que envolvem fundos públicos, o acesso a licenças ou serviços críticos, financiamento dos partidos políticos, regimes de concessão da cidadania e de residência a investidores.

Para o terceiro pilar, os problemas mais frequentes prendem-se com o reforço do financiamento independente das entidades reguladoras dos meios de comunicação social, com a transparência da propriedade dos meios de comunicação social, com a salvaguarda dos meios de comunicação social contra pressões e influências políticas, com o acesso à informação, com a segurança e a proteção dos jornalistas face às ameaças judiciais e aos processos judiciais abusivos contra a participação pública.

Relativamente ao quarto pilar, em que se colocam questões importantes sobre o equilíbrio de poderes institucionais com a garantia de que o poder exercido por uma autoridade está sujeito ao controlo de outra, têm-se levantado problemas relativamente à inclusividade, qualidade e transparência do processo legislativo, quanto ao papel dos tribunais supremos e constitucionais nesta matéria, quanto às declarações de estado de emergência, com o papel de instituições como as provedorias de justiça, as instituições nacionais de direitos humanos, os organismos de promoção da igualdade e outras instituições relevantes em termos de controlo do poder, com a aplicação dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, o papel das organizações da sociedade civil nesta matéria, a utilização de software espião de vigilância como o Pegasus e equivalentes contra jornalistas, advogados políticos nacionais deputados ao Parlamento europeu etc.

Por esta vasta enunciação de problemas narrados no Relatório de 2023, podemos facilmente concluir que afinal o Estado de Direito não é um conceito estático puramente declarado, mas é um conceito em permanente avaliação, sujeito a riscos de deterioração e a retrocessos indesejáveis, sem falar de desafios novos como os que se prendem com a inteligência artificial.

As conclusões do Relatório de 2024 são ainda mais incisivas, nomeadamente ao afirmar-se que:

“os cinco anos consecutivos de apresentação de relatórios da Comissão sobre o Estado de direito ilustram como o respeito pelo Estado de direito não pode nunca ser considerado um dado adquirido. A evolução das circunstâncias, quer se trate de mudanças políticas quer sejam desenvolvimentos sociais e tecnológicos, pode gerar novos desafios ao Estado de direito. A natureza e o nível desses desafios variam entre os Estados-Membros, tal como refletido nas recomendações apresentadas no relatório sobre o Estado de direito”.

E ainda:

“Ao mesmo tempo, os relatórios revelaram igualmente como o diálogo pode contribuir para realizar progressos. Nos últimos cinco anos, a UE reforçou significativamente a sua capacidade para enfrentar os desafios em matéria de Estado de direito e apoiar a realização de

reformas. Os Estados-Membros podem tirar cada vez mais partido de um entendimento comum sobre a melhor forma de moldar as políticas, as instituições e a legislação para proteger o Estado de direito. Embora ainda subsistam e continuem a surgir problemas relacionados com o Estado de direito, a UE está agora mais bem equipada para resolver estes problemas de forma objetiva e sólida e para introduzir diferentes instrumentos com vista a encontrar soluções. Os Estados-Membros continuam a ser livres de conceber soluções em consonância com o seu contexto nacional específico, mas essas soluções devem basear-se num conjunto consolidado de normas e requisitos em matéria de Estado de direito”.

Por agora, já não duvidamos, e em jeito conclusivo, do carácter transnacional do Estado de direito e da necessidade de continuar a acompanhar este diálogo entre organizações internacionais e os seus Estados-Membros quanto à prática quotidiana das instituições, seus agentes e particulares no rigoroso cumprimento de um valor essencial cuja captação dogmática parecia firme e estabilizada, mas cujos vetores essenciais afinal são apreendidos e praticados muito diversamente, levando a questionar o seu cumprimento efetivo.

A INTERPRETAÇÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS NA PERSPECTIVA DO DIREITO EM REDE E DA REALIZAÇÃO CONCRETA DOS DIREITOS HUMANOS

THE INTERPRETATION OF LEGAL INSTITUTIONS FROM THE PERSPECTIVE OF NETWORK LAW AND THE CONCRETE REALIZATION OF HUMAN RIGHTS

Maria Cecília Teodoro¹
Cleber Lúcio de Almeida²

DOI: <https://doi.org/10.34628/0V1C-N847>

Resumo: Este artigo analisa a interpretação dos institutos jurídicos sob a perspectiva do Direito em rede, enfocando a realização concreta dos direitos humanos. Discute-se o papel da interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito e sua capacidade de assegurar ou negar a efetividade dos direitos previstos na ordem jurídica, tanto nacional quanto internacional. A partir das contribuições de Peter Häberle, que propõe uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, o artigo argumenta que a interpretação constitucional e das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos deve refletir o pluralismo e a complexidade social. Também são explorados os princípios da não regressividade, progressividade e pro homine como parâmetros para garantir a dignidade humana e a proteção multinível. Por fim, exemplifica-se a importância dessas abordagens através de disputas hermenêuticas no Supremo Tribunal Federal, especialmente no contexto das relações laborais em plataformas digitais.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Supremo Tribunal Federal; Hermenêutica.

Abstract: This article analyzes the interpretation of legal institutions from the perspective of network law, focusing on the concrete realization of human rights. The article discusses the role of legal interpretation in the democratic rule of law and its ability to ensure or deny the effectiveness of rights provided for in the legal system, both national and

¹ Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas Gerais.

² Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas Gerais.

international. Based on the contributions of Peter Häberle, who proposes an “open society of interpreters of the Constitution”, the article argues that the interpretation of the Constitution and the norms of International Human Rights Law must reflect pluralism and social complexity. The article also explores the principles of non-regressivity, progressivity and pro homine as parameters to guarantee human dignity and multilevel protection. Finally, the article illustrates the importance of these approaches through hermeneutical disputes in the Brazilian Supreme Court, especially in the context of labor relations on digital platforms

Keywords: Human rights; Brazilian Supreme Court; Hermeneutics.

Sumário: 1. Introdução. 2. A interpretação das normas das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. 3. A disputa hermenêutica no Supremo Tribunal Federal. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

Summary: 1. Introduction. 2. The interpretation of the norms of international human rights law. 3. The hermeneutic dispute in the Supreme Court. 4. Final considerations. 5. Bibliographical references.

1. Introdução

As normas jurídicas não são neutras, posto que representam o resultado do confronto de valores ideológicos e interesses sociais, políticos e econômicos.

Da mesma forma, a interpretação, ou seja, a definição do significado, das normas jurídicas não é neutra, vez que também pode envolver valores ideológicos e interesses sociais, políticos e econômicos, o que conduz à possibilidade de resultar na garantia de efetividade de um direito ou impedimento ao seu exercício, ou, dito de outra forma, implicar retrocesso na condição social das pessoas levadas em conta na edição da norma interpretada ou contribuir para a sua melhoria.

Peter Häberle (2014, p. 27) propõe se a tese de que, no que diz respeito ao processo de interpretação constitucional, este envolve todos os órgãos estatais, poderes públicos, cidadãos e grupos, sem se limitar a um rol fixo de intérpretes. Tradicionalmente restrita a juristas corporativos e participantes formais do processo constitucional, a interpretação deve ser vista como parte de uma sociedade aberta, refletindo e moldando continuamente essa. Assim, os critérios de interpretação constitucional devem ser tão amplos quanto o pluralismo da sociedade.

A possibilidade de a interpretação resultar no impedimento ao exercício de um direito - ganha relevo quando diz respeito às normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por se tratar de normas voltadas à garantia a todos e todas de uma vida conforme a dignidade humana, ou seja, a interpretação destas normas pode conduzir a uma condição social menos ou mais digna do que se pretendeu com a sua edição.

Daí a necessidade de estabelecer parâmetros para a interpretação das normas que compõem o Direito Internacional dos Direitos Humanos, não como mero exercício acadêmico, mas visando conferir a máxima efetividade aos direitos por ele reconhecidos, que, vale ressaltar, têm como ponto de partida a dignidade humana.

Este artigo pretende apontar, sem pretensão de exaustividade, estes parâmetros, adotando para tanto o método indutivo, subsidiado pela revisão bibliográfica e documental.

2. A interpretação das normas das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos

Em não sendo a interpretação das normas jurídicas um processo neutro, pois pode refletir valores ideológicos e interesses sociais, políticos e econômicos, pode tanto implicar retrocessos nas condições sociais das pessoas abrangidas pela norma interpretada quanto contribuir para a melhoria dessas condições. Ou seja, a interpretação pode assegurar a efetividade de um direito ou, inversamente, resultar em sua negação.

Em se tratando das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, essa possibilidade se torna ainda mais grave, dada a natureza dessas normas, que visam assegurar a todas as pessoas uma existência compatível com a dignidade humana. Assim, a interpretação dessas normas pode promover condições sociais mais dignas ou, ao contrário, reduzir o nível de dignidade originalmente pretendido por elas.

Torna-se, portanto, essencial a definição de parâmetros claros para a interpretação das normas que compõem o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Neste sentido, a todos(as) é reconhecido o direito à interpretação das normas sobre direitos humanos de modo a não destruir, suprimir ou limitar de forma desproporcional o seu gozo e exercício, consoante estabelece o art. 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e art. 5º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). Ademais, “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos cointerpretá-la” (Häberle, 2014, p. 27)

Portanto, a interpretação das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos deve ser garantista e não regressiva. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática (Häberle, 2014, p. 28)

Transportando esta perspectiva para o Direito interno brasileiro, pode ser dito que a cláusula de vedação de retrocesso social, que é estabelecida pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República de 1988, segun-

do o qual não será objeto de deliberação a proposta tendente a abolir os direitos e garantias individuais, alcança a interpretação jurisdicional das normas, em especial as que conferem direitos humanos porque a Constituição adota com o princípio a prevalência dos direitos Humanos (art. 4º, II). Em suma, a interpretação de uma norma de Direito Internacional dos Direitos Humanos não pode ser interpretada de forma a abolir direitos inerentes à dignidade humana e, com isto, implicar retrocesso social das pessoas.

Luigi Ferrajoli (2009, p. 292), ao conceituar direitos fundamentais, prescreve três requisitos, sendo eles: a) a forma universal de sua imputação; b) seu estatuto de regras gerais e abstratas, ou seja, normas téticas em oposição às normas hipotéticas; c) seu caráter indisponível e inalienável, incumbindo de igual forma e medida a todos os seus titulares, se opondo aos direitos patrimoniais. Os direitos fundamentais, portanto, seriam a dimensão substancial da democracia (Ferrajoli, 2009, p. 25)

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a questão, tendo decidido que “O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive [...]. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados” (STF, ARE 639337- AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Dje n. 177, pub. 15.09.11). Estes argumentos alcançam tanto o Estado legislador quanto o Estado no exercício da jurisdição, ou seja, o Estado Juiz.

Aliás, o art. 8º do Código de Processo Civil impõe ao juiz o dever de resguardar e promover a dignidade humana. Resguardar e promover a dignidade humana exige garantir a efetividade dos direitos que lhe sejam inerentes.

Mas, a interpretação não deve ser apenas garantista, ela deve ser progressiva, no sentido de que deve assegurar, progressivamente, o acesso aos direitos humanos e, desta forma, a melhoria da condição social das pessoas.

Aplica-se à hipótese, portanto, o princípio da progressividade, que é consagrado:

- a) pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao prever que não será admitida qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em razão de leis, convenções, regulamentos ou

costumes, sob o pretexto de que o Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau (art. 5º, inciso 2);

- b) pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao dispor que os Estados que a subscreverem se comprometem a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir o seu livre e pleno exercício (art. 1º, inciso 1) e que nenhuma de suas disposições pode ser interpretada no sentido de: permitir ao Estado, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer Estado ou em virtude de Convenções em que seja parte; excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorram da forma democrática representativa e governo; excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e dos Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza (art. 29);
- c) pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), segundo o qual não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes em um Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau. (art. 4º).

Carlos Alberto Toselli aduz, com razão, que o princípio da progressividade “consagra, em definitivo, o direito inalienável do ser humano ao melhoramento constante da sua qualidade de vida” (TOSELLI, 2011, p. 115).

Lembre-se, ainda, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que também impõe parâmetros para a interpretação das normas do Direito Internacional dos Direitos humanos.

É que esta Convenção impõe aos Estados a obrigação de cumprir os tratados de que sejam signatários (art. 26) e estabelece que o Estado não pode invocar as disposições do direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (art. 27), o que alcança o Estado no exercício de qualquer das suas funções, inclusive a jurisdicional.

Ademais, esta Convenção, estabelece que:

- a) o Estado deve se abster da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado (art. 18).

Entre os atos vedados aos Estados está a interpretação das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos de forma a restrin-

gir ou limitar direitos humanos;

- b) o tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum atribuível aos seus termos e à luz de seu objetivo e finalidade (art. 31, 1).

Interpretar uma norma de boa-fé é, por exemplo, conferir-lhe a máxima eficácia possível.

- c) a interpretação do tratado compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos, assim como os trabalhos preparatórios do tratado e as circunstâncias de sua conclusão (arts. 31, 2, e 32);

- d) na interpretação do tratado devem ser levados em conta quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes (art. 31, 3, c).

Esta previsão aponta no sentido de que o Direito deve ser considerado como sendo um Direito em rede, ou seja, composto por vários centros normativos, os quais asseguram uma proteção multinível da dignidade humana.

Ademais, esta última disposição impõe o diálogo entre as fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos de forma a realizar a mais efetiva proteção da dignidade humana, estando fundada no princípio *pro homine*, que impõe a interpretação que resulte na maior efetividade possível da proteção do ser humano.

Ferrajoli ao definir os direitos fundamentais como indisponíveis, fala da indisponibilidade ativa, no sentido de inalienabilidade dos direitos pelo sujeito titular: não posso vender minha liberdade pessoal ou meu direito ao voto ou ainda minha própria autonomia contratual; mas também fala da indisponibilidade passiva, que é justamente a característica de não serem passíveis de expropriação ou limitação por outros sujeitos, a começar pelo Estado (2009, p. 32)

Peter Häberle (2014, p. 28) contribui significativamente para a construção dessa nova hermenêutica ao propor uma „sociedade aberta de intérpretes da Constituição“. Nessa visão, a interpretação jurídica deixa de ser monopólio de juizes e legisladores, englobando todos os agentes sociais que interagem com a norma. Essa abordagem pluralista reconhece a Constituição como um fenômeno cultural e dinâmico, cujo sentido é continuamente moldado pelas interações entre Estado, sociedade civil e indivíduos. Assim é da mesma forma com os Direito Internacional dos Direitos Humanos, de forma que o Direito em rede emerge como um modelo inclusivo, que reflete a interdependência entre os sistemas normativos e as demandas sociais.

Neste sentido, inclusive, como assinalou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva 5/85, de 13 de novembro de

1985, “se a uma mesma situação são aplicáveis a Convenção Americana e outro tratado internacional, deve prevalecer a norma mais favorável à persona humana” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva 5/85, de 13 de novembro de 1985, *on-line*).

Consoante Carlos A. Toselli (2009, p. 162), o princípio *pro homine* promove uma mudança no enfoque do Direito, priorizando o ser humano como centro de proteção jurídica e constitucional, e rejeitando teorias que sustentam uma visão economicista do Direito.

De outro lado, Antônio Augusto Cançado Trindade (1992, p. 317-318) destaca que superamos a antiga e estéril discussão entre monismo e dualismo. Nesse contexto de proteção, a prioridade não é do direito internacional ou interno, mas da norma que melhor assegure, em cada situação, os direitos da pessoa humana, independentemente de sua origem jurídica.

Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 115-116) observa ainda que o princípio da aplicação da norma mais favorável às possíveis vítimas é amplamente reconhecido tanto nos tratados de direitos humanos, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, quanto na jurisprudência de órgãos internacionais de supervisão, como a Comissão Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esse princípio reflete a tendência internacional de ampliar a proteção aos direitos humanos, partindo da presunção de compatibilidade entre diferentes tratados nesse âmbito.

Há um dado relevante no contexto da definição da interpretação das normas jurídicas. O Direito é uma realidade comunicacional e marcada por disputas, na qual diversos atores sociais, com diferentes tipos de capital (técnico-jurídico, social, econômico etc.) e níveis desiguais de poder, interagem. Assim, o significado e a efetividade de uma constituição dependem do contexto e das disputas que definem sua interpretação e aplicação (VILLEGAS, 2014, p. 176).

Esta é uma mudança paradigmática na teoria hermenêutica. Nesse modelo, a supremacia do Direito Internacional dos direitos humanos deve funcionar como núcleo normativo que orienta todas as ações estatais e privadas. Essa perspectiva confere a estes direitos uma dimensão objetiva, que ultrapassa sua tradicional função de direitos subjetivos de defesa, e os posiciona como princípios irradiadores que estruturam todo o ordenamento jurídico.

A dogmática do direito internacional dos direitos humanos, em sua perspectiva *pro homine*, deve assumir uma função integradora, conectando textos normativos e realidade social. Essa integração exige uma metó-

dica hermenêutica sofisticada, capaz de responder às demandas de uma sociedade pluralista e interconectada. Nessa lógica, possuem eficácia irradiante, horizontal e dirigente. Irradiam diretrizes para a interpretação das normas constitucionais, normas infraconstitucionais, vinculam relações privadas e exigem do Estado a concretização de seu conteúdo essencial.

A temática ganha relevo pelo fato de a definição do significado das normas jurídicas, nacionais e supranacionais, constituir um campo de disputa, em especial perante o sistema de justiça.

Esta disputa pode conduzir a uma jurisprudência neoliberal, no sentido de uma jurisprudência que coloca a liberdade econômica e do mercado à frente do respeito e promoção da dignidade humana, ou a uma jurisprudência mais humana, que inverta esta equação, colocando a dignidade humana à frente da liberdade econômica e do mercado, assim como assegure o mais amplo acesso aos instrumentos voltados à efetividade dos direitos humanos, dentre os quais o acesso à justiça., em especial porque direitos sem possibilidade de gozo concreto não passam de mera promessa.

Joaquín Herrera Flores (2009) argumenta que os direitos humanos não devem ser entendidos apenas como normas jurídicas abstratas, mas como construções culturais e sociais que adquirem significado real através de sua prática efetiva. Dessa forma, um direito que não pode ser exercido na prática é destituído de valor, pois os direitos humanos se materializam e ganham relevância somente quando são efetivamente vividos e praticados pelas pessoas em seu cotidiano. Enfatiza assim a importância de garantir as condições necessárias para que os direitos possam ser plenamente exercidos, reconhecendo que sua efetividade está intrinsecamente ligada às lutas sociais e à mobilização coletiva.

3. A disputa hermenêutica no Supremo Tribunal Federal

Vamos ao primeiro exemplo concreto.

A competência da Justiça do Trabalho tem sido objeto de acalorados debates, em razão de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o seu alcance, notadamente no que concerne à competência para definir a natureza da relação jurídica entre trabalhadores(as) por plataformas e as empresas que exploram estas plataformas e entre trabalhadores(a) contratados como pessoas jurídicas (PJ) e os respectivos tomadores de serviços.

Trata-se de competência estabelecida pela Constituição de 1988, cujo art. 114, I, dispõe que compete à justiça do Trabalho julgar as demandas oriundas da relação de trabalho, gênero que tem como espécie a relação de emprego.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido, embora de forma não unânime, que a competência para julgar demandas que envolvam a definição da natureza da relação jurídica entre trabalhadores(as) por plataformas e as empresas que exploram estas plataformas e entre trabalhadores(a) contratados como pessoas jurídicas (PJ) e os respectivos tomadores de serviços é da justiça comum e não da Justiça do Trabalho, ainda que o(a) trabalhador(a) que propôs a demanda alegue fraude na sua contratação e que a hipótese configura típica relação de emprego, o que lhe asseguraria o acesso aos direitos inerentes ao trabalho humano, em especial aos direitos fundamentais do trabalho, reconhecidos nos arts. 7º a 11 da Constituição, dentre os quais férias e salário mínimo.

No entanto, a Constituição de 1988 dispõe, no art. 5º, § 2º, que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, a existência de direitos fundamentais além daqueles expressos no seu Título I. A Constituição adota, portanto, o “princípio da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais da nossa Constituição” (SARLET, 2015, p. 81).

A abertura promovida pela Constituição aponta para a existência de direitos fundamentais implícitos, como direitos dotados de fundamentalidade material, sendo esta fundamentalidade decorrente do fato de se tratar de direitos que derivaram do regime e dos princípios constitucionalmente consagrados.

Entre os direitos fundamentais garantidos aos trabalhadores e trabalhadoras, além dos listados nos artigos 7º a 11 da Constituição, está o direito de acesso a uma jurisdição especializada. Essa jurisdição, caracterizada por regras processuais próprias e um ramo específico do Judiciário para tratar dessas questões, inclui a Justiça Eleitoral, a Justiça do Trabalho e a Justiça Militar (CNJ, online).

A Justiça do Trabalho, reconhecida como justiça especial no artigo 92, IV, da Constituição, é responsável por resolver, de forma exclusiva, os conflitos originados das relações de trabalho ou que estejam a elas relacionados, conforme definido no artigo 114 da Constituição. Dessa forma, o trabalhador ou trabalhadora que presta serviços pessoais a outra parte tem o direito fundamental de ver sua pretensão de reconhecimento de vínculo empregatício julgada por essa jurisdição especializada.

Além disso, a interpretação conjunta do artigo 114, I, da Constituição e do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) permite concluir que, ao alegar a existência de uma relação de emprego e requerer uma decisão declaratória nesse sentido, cabe à Justiça do Trabalho analisar se a contratação fora dos padrões previstos pela CLT (artigos 2º e 3º) não teve como objetivo desvirtuar ou fraudar as normas trabalhistas.

O artigo 11, §2º, da CLT, que trata especificamente da ação declaratória de relação de emprego, reforça essa conclusão. Importa destacar que a competência jurisdicional é definida com base no pedido e na causa de pedir, e não na defesa apresentada, conforme o artigo 55 do Código de Processo Civil. Assim, se a parte autora afirma ter prestado serviços como empregado ou empregada, a competência para decidir a questão cabe à Justiça do Trabalho. Qualquer decisão em sentido contrário representaria uma violação ao direito fundamental ao juízo natural, assegurado pelo artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição, que determina, nesse caso, a competência da Justiça do Trabalho conforme o artigo 114 da mesma Constituição. (ALMEIDA, 2024, on-line).

Trata-se, inclusive, de um direito reconhecido por normas de Direito Internacional e, portanto, de um direito humano.

A Constituição, no artigo 5º, §2º, estabelece uma segunda abertura ao sistema jurídico brasileiro, permitindo a incorporação de normas provenientes do sistema jurídico supranacional. Esse dispositivo determina que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, incluindo normas que protegem os direitos humanos, entendidos como direitos inerentes à dignidade humana e reconhecidos em normas supranacionais.

Nesse contexto, é possível invocar o artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assegura a todos o direito à proteção judicial de seus direitos por meio de um processo simples, célere e eficaz, o que implica proteção garantida por uma jurisdição e procedimentos especializados.

Assim, os trabalhadores e trabalhadoras têm assegurado como direito humano o julgamento de suas demandas decorrentes de relações de trabalho por uma jurisdição especializada, que, no caso, é a Justiça do Trabalho.

A situação apontada mostra claramente os diferentes caminhos indicados pela interpretação da Constituição e das normas acima invocadas, um, no sentido de negar a existência do direito fundamental dos(as) trabalhadores(as) à jurisdição especializada e, outro, no sentido de negar a existência deste direito.

Ao resgatar a centralidade da Justiça do Trabalho como jurisdição especializada, fortalece-se a eficácia dos direitos laborais e assegura-se que trabalhadores tenham acesso a um sistema de justiça preparado para enfrentar as complexidades das relações contemporâneas de trabalho.

O exemplo da disputa sobre a competência para julgar os casos de trabalhadores e trabalhadores de plataformas digitais é emblemático da

importância da interpretação garantista. A Constituição brasileira confere à Justiça do Trabalho competência exclusiva para tratar de questões laborais, reconhecendo-a como um direito fundamental dos trabalhadores. Em sentido contrário, as referidas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal têm limitado essa competência, comprometendo direitos como salário mínimo e férias, apenas.

Esse cenário exemplifica como a interpretação jurídica pode promover ou restringir direitos fundamentais. A jurisprudência, quando orientada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, deve preservar os direitos sociais e respeitar o princípio da jurisdição especializada como parte integrante da proteção multinível.

A proteção multinível é um aspecto central do Direito em rede, promovendo o diálogo entre sistemas jurídicos para alcançar a máxima eficácia na proteção dos direitos humanos. Nesse contexto, o Estado deve assegurar que todas as suas funções — legislativa, executiva e judiciária — estejam alinhadas com os princípios fundamentais de dignidade humana e justiça social.

Um segundo exemplo de disputa no STF trata da existência ou não do vínculo de emprego entre motoristas de aplicativos e as plataformas.

O STF, por meio das Reclamações Constitucionais, tem cassado decisões da Justiça do Trabalho que, com base na análise de provas e fatos, reconhecem a fraude e a presença dos requisitos fático-jurídicos do vínculo empregatício, mesmo em contratos formalmente não trabalhistas. Esse processo configura uma espécie de ‘supervisão em tempo real’ da atuação da Justiça do Trabalho pelo STF (Grillo; Carelli, 2021, p. 7).“

A disputa consiste no elemento subordinação, onde teses e teóricos não convergem a respeito da subordinação ou da autonomia dos trabalhadores de aplicativos. Em diversos casos, a subordinação, um elemento crucial do vínculo empregatício, é minimizada ou ignorada. No contexto dos motoristas de aplicativos, por exemplo, a subordinação às plataformas digitais é evidente, mas prevalece a narrativa da autonomia.

No julgamento da RCL 63.380, a subordinação ao empregador foi desconsiderada, reforçando a ideia de uma contratação autônoma. Ao adotar uma perspectiva reducionista sobre a autonomia dos trabalhadores de plataformas, o STF pode estar negligenciando uma interpretação em rede que garanta a proteção multinível da dignidade humana ao desconsiderar as complexidades da subordinação e da dependência econômica. Decisões que negligenciam as nuances e realidades do vínculo de emprego contribuem para a crise da verdade no campo trabalhista. Essa distorção da realidade e a desconsideração de elementos fundamentais resultam em uma justiça que não condiz com as relações de trabalho, per-

petuando a precarização e a insegurança dos trabalhadores (Teodoro e Andrade, 2024, p. 1047).

Peter Härbele ao falar da relevância da concepção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, usa o exemplo dos Tribunais do Trabalho. Ele assume como relevante o papel cointerpretativo do técnico ou expert no contexto do processo legislativo ou judicial. A participação complexa do intérprete, em sentido estrito (O Estado, na atuação de quaisquer dos três poderes) ou no sentido lato, ocorre apenas onde já está institucionalizada, como é o caso nos Tribunais do Trabalho, envolvendo empregador e empregado. Estes são os “experts” e as “pessoas interessadas” em uma sociedade pluralista, convertendo-se também em intérpretes do direito estatal (2014, p. 29)

Em aparente abertura aos intérpretes lato, e após severas críticas, o Supremo Tribunal Federal (STF) convocou uma audiência pública para os dias 9 e 10 de dezembro de 2024, com o objetivo de discutir a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego entre motoristas de aplicativos e as empresas de plataformas digitais. O ministro Edson Fachin, relator do recurso que trata dessa relação, divulgou a lista das entidades admitidas para participar do evento, totalizando 58 expositores. A audiência pública poderá ser acompanhada ao vivo pela TV Justiça, Rádio Justiça e pelo canal do STF no YouTube (STF, 2024).

A referida audiência pública representa uma oportunidade crucial para o desenvolvimento da interpretação constitucional no Brasil. Essa audiência busca discutir o reconhecimento do vínculo de emprego dos trabalhadores de plataformas, uma questão que, embora de grande relevância social e econômica, ainda se vê envolta em controvérsias jurídicas.

Nesse contexto, o STF assume um papel central, ao convocar representantes do Ministério Público do Trabalho, Defensoria Pública, sindicatos e outros movimentos sociais, como a Frente Parlamentar em Defesa dos Motoristas e Motoentregadores por Aplicativos. A decisão de abrir espaço para a participação ativa de diversos atores sociais na interpretação constitucional reflete a aplicação prática da teoria de Peter Häberle, que vê a Constituição não apenas como um conjunto de normas jurídicas, mas como um campo de interação entre as forças sociais, políticas e jurídicas.

Ainda, em processo sob análise no Supremo Tribunal Federal (STF) que discute a existência de vínculo empregatício entre motoristas de aplicativos e empresas de plataformas digitais, o STF reconheceu a repercussão geral do tema (Tema 1.291), o que significa que esta decisão servirá de parâmetro para outros casos semelhantes em todo o Judiciário. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 1.446.336, que foi interposto pela Uber con-

tra uma decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que reconheceu o vínculo empregatício em um caso concreto.

Nesse processo, o STF admitiu o instituto do *amicus curiae*, cuja tradução seria o „amigo da corte“ e é um instituto jurídico admitido em processos judiciais para permitir a participação de terceiros que, embora não sejam partes diretamente envolvidas no litígio, mas porque tem interesse ou expertise relevante no tema discutido. Tem previsão no art. 138 do Código de Processo Civil de 2015 e sua função principal é auxiliar o tribunal a alcançar uma decisão mais fundamentada, fornecendo subsídios técnicos, jurídicos ou sociais que contribuam para a melhor compreensão da controvérsia. Por isso o *amicus curiae* é amigo da corte, pois mesmo não sendo parte do processo, nele atua como colaborador da corte (ALMEIDA, 2019).

No referido caso, entre os admitidos como *amici curiae* estão a Advocacia-Geral da União (AGU), o Sindicato dos Trabalhadores com Aplicativos de Transporte Terrestre Intermunicipal do Estado de São Paulo (STATTESP) - representando os trabalhadores de aplicativos; Observatório Nacional de Segurança Viária - que aborda questões de segurança e regulamentação; Instituto dos Advogados Previdenciários (IAPE) - Conselho Federal, trazendo expertise jurídica relacionada a direitos previdenciários; IFOOD.COM Agência de Restaurantes Online S.A. - representando interesses das empresas de plataformas digitais, dentre outros. O papel dessas entidades é fornecer argumentos técnicos, jurídicos e sociais que possam auxiliar o STF em uma decisão mais fundamentada e que possa servir como parâmetro para outros casos semelhantes, devido à repercussão geral reconhecida no tema.

A hermenêutica constitucional não deve ser limitada aos intérpretes em sentido estrito, como juízes ou advogados, mas precisa incorporar a participação ativa da sociedade. As forças sociais, muitas vezes, influenciam a interpretação da Constituição mesmo quando formalmente excluídas. Seja no caso da audiência pública ou do *amicus curiae* no STF, o espaço é aberto para que as experiências e perspectivas dos trabalhadores de plataformas possam impactar diretamente a interpretação da Constituição. Esse movimento, de incorporar os intérpretes em sentido lato, é essencial para evitar que a interpretação constitucional se distancie da realidade fática das relações de trabalho e da vida cotidiana das pessoas envolvidas. A audiência pública, assim, se configura como uma ampliação da publicidade constitucional, ao garantir que as forças sociais, que impactam a realidade do trabalho digital, participem ativamente da construção do entendimento jurídico.

A inclusão de representantes das plataformas digitais e dos próprios trabalhadores, como atores diretamente afetados pelas decisões do STF,

é um exemplo claro da atuação da sociedade aberta, conforme defendido por Peter Häberle. Ele argumenta que a verdade constitucional se constrói por meio do diálogo entre diferentes narrativas sociais, e não pela imposição de uma interpretação unilateral. A audiência pública do STF, ao permitir que diferentes vozes, de setores como a advocacia, o Ministério Público e os próprios trabalhadores, se manifestem sobre a questão, promove um diálogo essencial para a constituição da realidade constitucional. Esse processo dialógico amplia o espaço de participação democrática, essencial para a realização plena da sociedade aberta, na qual as decisões não são tomadas apenas por uma elite jurídica, mas por um conjunto plural de atores sociais que influenciam a interpretação da Constituição.

4. Considerações finais

As normas jurídicas carecem de interpretação, ou seja, de definição de significado, para serem aplicadas aos casos concretos. A interpretação de uma norma jurídica tanto pode assegurar a efetividade de um direito como negá-la.

Contudo, a verdadeira interpretação deve dar vida ao direito assegurado pelas normas jurídicas, transportando-os do plano normativo para a realidade das relações sociais.

No que comporta às normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos isto significa que a sua interpretação deve assegurar a máxima eficácia possível dos direitos por elas reconhecidos, inclusive em razão do direito humano direito à uma interpretação que não destrua, suprima ou limite de forma desproporcional o gozo e exercício de direitos humanos, de natureza material e processual.

A perspectiva de uma „sociedade aberta de intérpretes“, proposta por Peter Häberle, é fundamental para ampliar os limites da interpretação jurídica, reconhecendo que não apenas juristas (intérpretes em sentido estrito), mas também cidadãos e grupos sociais (intérpretes em sentido lato), devem contribuir para a definição do significado das normas. Essa abordagem pluralista assegura que as normas jurídicas reflitam a complexidade e o dinamismo das relações sociais.

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, foi ressaltado que os princípios da não regressividade e da progressividade são cruciais para a garantia de direitos humanos. Esses princípios reforçam a ideia de que a interpretação das normas deve sempre buscar ampliar a proteção dos direitos e evitar retrocessos que prejudiquem a dignidade humana.

A análise também evidenciou a necessidade de um diálogo entre as fontes normativas, promovendo uma proteção multinível que articule normas nacionais e internacionais em defesa dos direitos humanos. O

princípio *pro homine*, que privilegia a norma mais favorável à pessoa humana, é um guia essencial para a hermenêutica jurídica nesse campo.

Os exemplos práticos apresentados, como as disputas hermenêuticas no Supremo Tribunal Federal envolvendo trabalhadores de plataformas digitais, destacaram a importância de uma interpretação jurídica que reconheça as nuances das relações contemporâneas de trabalho. A insistência em uma interpretação progressista e inclusiva é crucial para evitar a precarização e para promover a justiça social.

A hermenêutica dos direitos fundamentais, especialmente em um cenário tão dinâmico quanto o das relações de trabalho nas plataformas digitais, exige uma constante adaptação da interpretação às novas realidades sociais. Tanto a audiência pública quanto o *amicus curiae* no STF podem ser vistos como manifestações dessa necessidade de evolução interpretativa, permitindo que as normas constitucionais sejam aplicadas de maneira mais sensível às mudanças nas condições sociais e econômicas.

Como destacado, para Peter Häberle, a interpretação da Constituição não deve ser um exercício técnico ou fechado, mas um processo que integra as transformações da sociedade. Nesse sentido, ao ouvir diferentes representantes sociais, o STF parece se abrir para não só reforçar a importância dos direitos fundamentais, mas também fortalecer a democracia, ao garantir que a interpretação constitucional seja dinâmica, aberta e capaz de lidar com os desafios contemporâneos de uma sociedade plural.

Ademais, a participação ativa da sociedade civil no processo interpretativo, especialmente em questões sensíveis como as relações laborais, fortalece a democracia e garante que as decisões jurídicas estejam alinhadas às demandas sociais e à realidade fática.

Conclui-se que o Direito em rede oferece uma abordagem robusta para lidar com as complexidades do mundo contemporâneo, promovendo um modelo inclusivo que valoriza o diálogo entre diferentes sistemas normativos. Nesse contexto, o papel da hermenêutica jurídica é não apenas traduzir normas em realidade, mas também ser uma ferramenta de transformação social.

5. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Cleber Lúcio. *O Direito fundamental e humano, dos trabalhadores a uma jurisdição especializada: o debate sobre a competência da Justiça do Trabalho*. In *Revista do TRT da Terceira Região*, Belo Horizonte, v. 69, n. 108, p. 119-128, jul./dez. 2023. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/publicacoes_ej/revista_108 Acesso em 28 nov. 2024.

ALMEIDA, Eloísa Machado de. *Capacidades institucionais dos amici curiae no Supremo Tribunal Federal: acessibilidade, admissibilidade e influência*. *Rev Direito Práx.* Jan 2019; 10(1), p. 678-707. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/39502> Acesso em 07 dez. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva 5/85*, de 13 de novembro de 1985. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/justicagovbr/jurisprudencia-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos-direito-liberdade-de-expresso>> Acesso em 19 nov 2024.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bover, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale, Danilo Zolo*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

GRILLO, Sayonara; CARELLI, Rodrigo. *Respostas judiciais à terceirização: debates e tendências recentes*. Caderno CRH, Salvador, v. 34, p. 1-11, e021035, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.9771/ccrh.v34i0.45335>> Acesso em 05 dez. 2024.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. DPU – Assunto Especial – textos clássicos. Nov-Dez/2014.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STF divulga cronograma de audiência pública sobre relação entre motoristas e plataformas digitais. *Notícias do Supremo Tribunal Federal*, Por Virgínia Parda, 28 nov. 2024. Disponível em: < <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-divulga-cronograma-de-audiencia-publica-sobre-relacao-entre-motoristas-e-plataformas-digitais/>> Acesso em 07 dez. 2024.

STF terá 58 expositores em audiência pública sobre vínculo entre motoristas e plataformas de transporte. *Notícias do Supremo Tribunal Federal*. Por Gustavo Aguiar, 06 dez. 2024. Disponível em: < <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-tera-58-expositores-em-audiencia-publica-sobre-vinculo-entre-motoristas-e-plataformas-de-transporte/>> Acesso em 06 dez. 2024.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de. *Quando o remédio vira veneno: análise das Reclamações Constitucionais Trabalhistas no STF*. Revista da LTr – Legislação do Trabalho. São Paulo: LTr, Ano 88, set. 2024.

TOSELLI, Carlos A. *Los principios del derecho del trabajo y su aplicación jurisdiccional*. In: *Cadernos da AMATRA IV*. 10º Caderno de estudos sobre Processo e Direito do Trabalho. Ano IV, n. 10, jan./mar. 2009, p. 143-164.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, v. I.

A NACIONALIDADE E SUA RELAÇÃO COM O ESTADO. O PARADOXO DA NACIONALIDADE EFETIVA E A TESE DA NACIONALIDADE COMO UM DIREITO HUMANO

NATIONALITY AND ITS RELATIONSHIP WITH THE STATE. THE PARADOX OF EFFECTIVE NATIONALITY AND THE THESIS OF NATIONALITY AS A HUMAN RIGHT

Maria de Lourdes Albertini¹

Wilba Lúcia Maia Bernardes²

DOI: <https://doi.org/10.34628/5GQS-S064>

Resumo: O artigo propõe uma análise do confronto conceitual na determinação da nacionalidade pelo Direito Internacional, que ora se apresenta como vínculo efetivo, ora como direito fundamental. Para isso, realiza-se uma digressão histórica sobre a formação dos Estados no mundo ocidental, com o objetivo de demonstrar como a evolução desse conceito permanece fortemente atrelada aos interesses políticos estatais. Com base em autores clássicos e consagrados, é apresentada uma breve reconstrução histórica, que parte da Antiguidade e alcança a contemporaneidade. No século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, uma série de tratados internacionais elevou o conceito de nacionalidade à condição de direito humano. Na parte final, a partir do exame da jurisprudência internacional, demonstramos como os tribunais internacionais têm tratado a matéria. Conclui-se que, nos casos em que a determinação legal está vinculada a elementos de investimento ou responsabilidade jurídica, a preferência tem sido pela aplicação do critério do vínculo efetivo. Por outro lado, quando o objetivo

¹ PhD em *International Law and Economics* pela *Università Commerciale Luigi Bocconi* de Milão. Doutora em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas. Mestre em Direito Internacional e Comunitário pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas. Professora da PUC Minas. Advogada.

² Doutora e mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Adjunta de Teoria da Constituição e de Direito Constitucional da PUC Minas. Advogada.

é assegurar direitos inerentes à própria existência do indivíduo enquanto tal, a nacionalidade é reconhecida como um direito fundamental.

Palavras chave: Nacionalidade; Direitos Humanos; Vínculo efetivo; Identidade Nacional.

Abstract: *The article proposes an analysis of the conceptual clash in the determination of nationality by International Law, which at times is understood as an effective bond and at other times as a fundamental right. To this end, a historical digression on the formation of States in the Western world is undertaken, with the aim of demonstrating how the evolution of this concept remains strongly tied to the political interests of the State. Based on classical and renowned authors, a brief historical reconstruction is presented, starting from Antiquity and reaching contemporary times. In the 20th century, especially after World War II, a series of international treaties elevated the concept of nationality to the status of a human right. In the final part, through an analysis of international case law, we demonstrate how international courts have addressed the issue. It is concluded that, in cases where the legal determination is linked to elements of investment or legal responsibility, preference has been given to the application of the effective bond criterion. On the other hand, when the objective is to ensure rights inherent to the very existence of the individual as such, nationality is recognized as a fundamental right.*

Keywords: Nationality; Human rights; Effective link; National identity.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dimensão histórica. 3. A jurisprudência de tribunais internacionais: a nacionalidade como vínculo efetivo e a nacionalidade voltada para a proteção dos indivíduos. 4. Conclusão. 5. Bibliografia. 6. Jurisprudência e opiniões consultivas citadas.

Summary: 1. Introduction. 2. Historical dimension. 3. The jurisprudence of international courts: nationality as an effective bond and nationality aimed at protecting individuals. 4. Conclusion. 5. Bibliography. 6. Case law and advisory opinions cited.

1. Introdução.

A temática da nacionalidade é um tema fundamental no direito interno e no direito internacional contemporâneo e está diretamente relacionada à própria existência dos Estados. Historicamente, a nacionalidade foi sendo moldada a partir de várias influências culturais, políticas e jurídicas, culminando em uma estrutura normativa que regula o vínculo jurídico entre o indivíduo e o Estado. Este artigo visa explorar de forma aprofundada as nuances entre a nacionalidade efetiva, a cidadania e a nacionalidade legal, a partir de uma abordagem histórica e de casos paradigmáticos do direito internacional.

Para tanto, escolhemos retomar as suas origens históricas, desde o período da Antiguidade, passando pela Idade Média e chegando ao sur-

gimento do Estado Moderno. Verificamos que a evolução do conceito de nacionalidade se entrelaça com as transformações nas formas de organização política, o que permitiu a consolidação de critérios de vínculo jurídico, como o *jus soli* e o *jus sanguinis*, que ainda hoje são amplamente utilizados pelos Estados.

Ao longo do tempo, surgiram vários debates acerca do que configura uma nacionalidade efetiva, conceito que foi delineado por meio da jurisprudência de tribunais internacionais, especialmente com o caso Nottebohm, julgado pela Corte Internacional de Justiça e que consolidou o critério de “vínculo genuíno” como um elemento essencial para a definição da nacionalidade no âmbito do direito internacional. Esse critério vem sendo aplicado em diversas outras situações e levanta debates sobre a legitimidade das naturalizações formais e o direito de proteção diplomática.

Por outro lado, o conceito de nacionalidade como um direito fundamental também se revela indispensável na construção de um regime de proteção dos direitos humanos. A nacionalidade é reconhecida como um direito fundamental no artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabelece que “*toda pessoa tem direito a uma nacionalidade*” e que “*ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade*”. Essa dimensão protetiva da nacionalidade é crucial para a garantia de outros direitos, pois o reconhecimento de uma pessoa como nacional de determinado Estado viabiliza o acesso à educação, à saúde, à participação política e à proteção diplomática.

Outro ponto relevante para o nosso estudo é a interação entre cidadania e nacionalidade. Apesar de, em muitos casos, os termos serem utilizados como sinônimos, a doutrina aponta distinções importantes. A cidadania se refere à capacidade de participação política ativa, enquanto a nacionalidade é o vínculo jurídico que liga o indivíduo ao Estado. Essa distinção é crucial para compreender o exercício de direitos políticos em diversas nações democráticas. Isso se mostra relevante em especial na antiguidade e vem sendo retomado em momentos contemporâneos.

Portanto, como se verá a seguir, trata-se de um tema fundamental no direito internacional contemporâneo e está diretamente relacionado ao conceito de soberania e à constituição dos Estados modernos.

2. Dimensão histórica

2.1. Antiguidade: Identidade baseada em território, cultura e lealdade

Partimos da Antiguidade na Grécia e Roma, cujas noções de pertencimento estavam mais ligadas à cultura, língua, território e lealdade política. A identidade grega transcendeu as fronteiras políticas, unindo

povos em torno da ideia de uma cultura comum, com a língua e os mitos como elementos aglutinadores. Apesar da cidadania grega ser central para determinação da identidade individual e coletiva, ela era limitada a homens livres, excluindo-se, desta determinação, as mulheres, os escravos e os estrangeiros.

Tanto Platão quanto Aristóteles viam na cidadania uma relação ética e funcional com a polis. Aristóteles, em seu livro *A Política*, diz claramente que a cidadania estava relacionada na capacidade que o indivíduo tem dentro da polis de ocupar certas funções de magistratura (de mandato público), ou seja um conceito eminentemente político.

Além do mais, historiadores gregos como Heródoto falava sobre cidadania e assim definia a relação do indivíduo com o Estado à partir do contraste com os “não gregos” e logo, a cidadania estava conectada à língua, religião e costumes.

Tucídides, por sua vez, como general que era, em sua obra “*Da Guerra do Peloponeso*”, analisava a relação do indivíduo com a sua cidade-estado e lealmente dentro do contexto das guerras entre Atenas e Esparta, assim a nacionalidade refletia a rivalidade política e militar que moldava o sentimento de pertencimento, destacando a ideia de “nós contra eles”, como demonstra a seguinte passagem: “*Os plateias, não escolhendo reconhecer nossa supremacia, como fora inicialmente combinado, mas separando-se do resto dos beócios e demonstrando traição à sua nacionalidade, fomos obrigados a usar a força; diante do que se aliaram aos atenienses e com eles causaram muito mal, pelo qual nos vingamos.*” (TUCÍDIDES, 2024, p.232) E quanto a ideia de um vínculo constitutivo de direitos, Tucídides trabalhava dentro da dimensão de cidadania, oferecendo termos moderados, proclamando que “*qualquer dos anfipolitanos e atenienses que escolhessem, poderia continuar a desfrutar de sua propriedade com plenos direitos de cidadania; enquanto aqueles que não desejassem ficar tinham cinco dias para partir, levando seus bens consigo.*” (TUCÍDIDES, 2024, p. 341) Enfim, o conceito de “nacionalidade” representava a noção de pertencimento à polis que era baseada na lealdade e na participação na guerra e na política. A identidade grega era vista de forma relacional (gregos contra bárbaros), mas o verdadeiro pertencimento estava sempre vinculado à cidade natal (Atenas, Esparta, Corinto e Tebas tinham identidades distintas que se refletem nos seus sistemas políticos e na forma de organização social).

Da mesma maneira em Roma, a nacionalidade se apresentou ao longo das diversas fases políticas, não no formato hodierno de vínculo jurídico-político com um Estado-nação, mas numa prática de direitos políticos dentro da *civitas romana*, que se refere ao *status* jurídico atribuído a indivíduos que tinham direitos e deveres em relação à Cidade-Estado romano.

Durante a Monarquia Romana (que vai mais ou menos de 753 a.c. a 509 a.c.) a cidadania estava vinculada à noção de pertencimento à comunidade política e era definida pela filiação a uma gens (clã) e tribo (muito semelhante ao que definimos hoje como *jus sanguinis*). O que queria dizer que o pertencimento político e social estava intimamente regulado por relações familiares e culturais, não por uma concepção jurídica de cidadania. Assim, podemos destacar como características desse pertencimento o nascimento relacionado ao vínculo familiar, tribal e religioso como formação de uma elite dominantes que controlava o acesso a cargos públicos e ao poder político, numa distinção entre aqueles que eram patrícios e aqueles que eram plebeus. Não havia um conceito amplo de vínculo jurídico. Essas afirmações podem ser confirmadas em Tito Lívio que embora não tenha apresentado uma teoria sistemática sobre a nacionalidade, abordou a questão à partir da noção de cidadania como um dos aspectos fundamentais que moldaram a República Romana, como na seguinte passagem: “*Que prosperidade e a boa sorte estejam com o povo romano, comigo e com vocês, albanos. É minha intenção transferir todo o povo de Alba para Roma, conceder cidadania às classes subalternas, eleger nobres para senadores e ter apenas uma cidade e uma só República. Como a civilização albana foi dividida em dois povos no passado, que hoje ela recupere sua unidade.*” (LÍVIO; 2023; pp. 68-69).

Em Cícero a nacionalidade está implícita na cidadania e relacionada à necessidade de pertença. “*Tudo isso o terminou com grande celeridade, dando à cidade o nome de Roma, tomado do seu; e, para afirmar, suas bases, concebeu Rômulo um projeto estranho, violento, mas que revelou sua hábil política e o desejo de preparar o futuro e a fortuna do seu povo. Tinham vindo as donzelas sabinas de mais ilustre nascimento para assistir ao primeiro aniversário dos jogos; Rômulo fê-las roubar no circo e deu-as por esposas aos seus guerreiros mais valentes. Esse rapto armou os sabinos contra Roma; mas, no meio de um combate cujo resultado era duvidoso, as donzelas roubadas intercederam pela paz, o que deu origem a que Rômulo concluísse uma aliança com Tácio, rei dos sabinos, dando-lhe participação na sua autoridade e concedendo aos dois povos, ao mesmo tempo que os mesmos sacrifícios, o mesmo direito de cidadania.*” (CÍCERO; 2023, p.743.).

Na fase republicana, a nacionalidade continuou atrelada à noção de pertencimento político e jurídico e passou a ser um *status* legal conferido ao seu titular um conjunto de direitos (voto, casamento, comércio, recurso judicial) e deveres (serviço militar, pagamento de impostos). Essa se caracterizava pela *civitas oprimo iure*, um *status* jurídico, constitutivo de direitos que incluía o direito de voto, o direito de casamento romano e o direito de recorrer aos tribunais romanos. Era a cidadania plena. Contudo, Roma também admitia a cidadania parcial (*civitas sine suffragio*) que era a prática de conceder cidadania parcial a comunidades conquistadas. Isso signifi-

cava que os habitantes dessas comunidades podiam participar de atividades econômicas e usufruir da proteção jurídica romana, mas não podiam votar nem participar diretamente das decisões políticas.

Durante a Guerra Social que foi de 91 a 88 A.C, aliados aos romanos exigiram o direito de cidadania e, com isso veio a *lex julia civitate* e a *lex plantai paparia* concedendo-a a todos os habitantes livres da península itálica. Contudo, mantiveram a condição de estrangeiro aqueles que viviam em Roma, mas não eram cidadãos e que interagiram com Roma através do *ius gentium* (direito das gentes), que nenhuma relação com o Direito Internacional atual.

Já na fase do Império, o conceito de cidadania romana foi ampliado, universalizado e desvinculado da origem geográfica. Um dos marcos principais foi o Édito de Caracala (Constitutio Antoniniana) de 212 d.C., que concedeu a cidadania romana a todos os habitantes livres do Império. Isso não eliminou as distinções sociais, pois o *status* de “cidadão” não implicava igualdade de direitos. Os direitos políticos haviam desaparecido com o fim da República, e os privilégios jurídicos dependiam da posição social e econômica. Com a universalização da cidadania, os peregrinos e os estrangeiros como distintos dos romanos foram eliminados. No entanto, grupos considerados “bárbaros” (não civilizados) continuaram fora da estrutura de pertencimento político, especialmente aqueles que viviam além das fronteiras do Império. Podemos então esquematizar os principais elementos do conceito da nacionalidade romana da Antiguidade à partir dos contextos políticos.

Período	Tipo de Cidadania	Forma de Aquisição	Direitos Principais
Monarquia	Pertencimento tribal e familiar	Nascimento em uma gens	Relacionado ao culto doméstico
República	Civitas plena e civitas parcial	Nascimento, concessão, alianças	Voto, casamento, provocatio
Império	Cidadania universal	Édito de Caracala (212 d.C.)	Proteção jurídica e econômica

Com a queda do Império Romano, a organização política e social da Europa tornou-se fragmentada, e as noções de pertencimento mudaram para atender à nova estrutura política do feudalismo, como se verá a seguir.

2.2. Idade Média: A nacionalidade no âmbito do feudalismo e na universalidade do cristianismo

A Idade Média é o período histórico que compreende os anos por volta de 476 até 1453 e foi marcada por uma fragmentação do poder, especialmente após a queda do Império Romano do Ocidente. Nesse contexto, três grandes estruturas políticas coexistiram e influenciaram a formação das identidades políticas: descentralização do poder (em virtude da autoridade exercida pelos senhores feudais sobre seus vassalos e territórios, muitas vezes de forma mais efetiva do que reis ou imperadores); fidelidade e lealdade locais já que predominavam em um sistema de «obrigações recíprocas» (serviço militar e tributo em troca de proteção e, consequentemente, o senso de pertencimento tornou-se local, pois ligado ao feudo e ao senhor feudal, mas não à nação); e a instabilidade das fronteiras já que frequentemente reconfiguradas por casamentos, guerras e tratados, o que dificultava a noção de uma «fronteira nacional» fixa.

Outro aspecto relevante na Idade Média era a força da Igreja Católica exercida pelo poder político e social do Papa e sua autoridade supranacional. Ela determinou uma identidade mais forte e vinculada ao direito divino já que os reis governavam de acordo com a graça de Deus. Além do mais, as cruzadas reforçaram a noção de “nós” contra “eles” (muçulmanos e judeus), o que se tornaria fundamental para a construção da ideia de nação.

O sentido de pertencimento estava mais relacionado à religião e ao sistema feudal do que à ideia de nação e, nesse sentido, o conceito de nacionalidade era ofuscado pela identidade religiosa e lealdade ao cristianismo (ou ao Islã em contextos islâmicos), que transcendia as fronteiras políticas e criava uma identidade comunitária em torno da universalidade da Igreja Católica. As Cruzadas ilustraram como a identidade religiosa podia superar as diferenças políticas, mas também alimentar antagonismos entre cristãos, judeus e muçulmanos.

No âmbito regional da Península Ibérica, no período conhecido pela história como a Reconquista (711-1492), moldou-se uma identidade política e cultural em torno do Cristianismo e estabeleceu-se a ideia de expulsar “o outro” (não cristão). Esse processo influenciou a noção de nacionalidade que se construirá a partir da monarquia espanhola.

Em alguns documentos primários como “as Capitulaciones de Santa Fé”, de 1492, se verifica a definição da reconquista e a expulsão dos “outros” da Espanha, materializando a nacionalidade cristã na prática, além das Crônicas medievais ibéricas, como as Crônicas de Afonso X, em que se retratava os valores cristãos e as narrativas heroicas, construindo um imaginário identitário ibérico. E, ainda, temos as bulas papais sobre

as Cruzadas que reforçaram a ideia de lealdade religiosa em detrimento de lealdades locais, transcendendo as fronteiras territoriais e voltando-se para a ideia de universalismo cristão.

A nação era pensada a partir da comunidade de origem (do latim *natio*, “nascimento” ou “local de origem”), utilizado para designar grupos de pessoas de mesma origem, como estudantes de uma mesma região em universidades medievais (universidades medievais- como Paris e Bolonha- usavam o termo “nação” para agrupar estudantes segundo suas regiões de origem). Essa divisão por “nações” reforçou as identidades locais, que se tornaram parte das futuras “nacionalidades”.

Como trata-se de um período histórico muito amplo, não pode ser restrito exclusivamente à esses elementos e paulatinamente o sistema ia se transferindo para o processo de unidade territorial governada pela soberania monárquica, ou seja, uma centralização de poder pelos reis, onde este passou a governar “um povo” dentro de um território. Na Inglaterra, por exemplo, a Magna Carta (1215) limitou o poder do rei em relação aos nobres, mas fortaleceu o conceito de «direitos de uma comunidade», que mais tarde seria associado à ideia de “nação». Na França, na Guerra dos Cem Anos (1337-1453) entre França e Inglaterra, consolidou-se a identidade nacional francesa ao associar a monarquia francesa à «defesa da pátria”, sendo o símbolo da “nação”. Joana d’Arc é um exemplo claro de como a guerra viria a fortalecer a identidade coletiva.

2.3. O Estado-nação e o Mito da Paz de Westfália

A nacionalidade se tornará base de sustentação do Estado Moderno, que se pautará no modelo de Estado-Nação, aquele constituído a partir do declínio do feudalismo e o surgimento de monarquias absolutas e centralizadas.

No século XVI, os Estados começaram a se consolidar em torno de monarquias nacionais, como na França, Inglaterra e Espanha, onde a identidade começou a ser moldada em termos de lealdade ao soberano e de pertencimento territorial. Além do mais, a reforma protestante marca a fragmentação religiosa que contribui para a formação de identidades nacionais, como a emergência de Estados protestantes em oposição à autoridade papal.

O século subsequente será marcado pela Guerra dos Trinta Anos, fruto das profundas divisões religiosas, políticas e territoriais que vinham ocorrendo desde a Reforma Protestante (1517). Os principais fatores do conflito foram a divisão religiosa entre protestantes (luteranos e calvinistas) e católicos. Esta foi uma guerra por hegemonia de poder político na Europa entre o Sacro Império e a Espanha, países liderados pelos Habs-

burgos contra a França, a Suécia, a Dinamarca e os Países Baixos.

A Guerra dos Trinta Anos teve um impacto profundo e duradouro, tanto no nível político quanto no social e econômico e se encerrou com a Paz de Vestfália (1648)³, marcada por uma série de acordos bilaterais, fortalecendo a França como principal potência europeia e enfraquecendo os Habsburgos. Além disso, o tratado selou o reconhecimento oficial da independência dos Países Baixos em relação à Espanha, além do aumento territorial da Suécia no Báltico e do declínio do Sacro Império Romano-Germânico. Do ponto de vista econômico, a Paz de Westfália promoveu uma destruição generalizada, tendo a Alemanha perdido cerca de 30% de sua população devido à guerra, fome e peste e 8 milhões de pessoas foram mortas direta ou indiretamente, no total. Muitas cidades, vilas e aldeias foram devastadas e a recuperação econômica demorou décadas. Além disso, a guerra deslocou milhares de pessoas que foram forçadas a abandonar suas casas devastadas por mercenários exércitos itinerantes. Por outro lado, a Paz de Westfália garantiu a liberdade de culto para protestantes, calvinistas e católicos nos territórios germânicos e a autoridade papal diminuiu diante do aumento do poder dos reis diante da soberania estatal.

Após Westfália, foram estabelecidos os princípios do direito internacional moderno, que, no contexto do Estado-Nação, coincidiu com a ideia de uma nação como sendo um grupo social unido por cultura, língua, religião e identidade. Essa forma de organização política se distinguiu de outros tipos de poder político anteriores, como os impérios, os feudos e as cidades-Estado, pois teve como principais características o Estado adquirindo autoridade suprema sobre seu território e a população, sem intervenção externa e circunscrito por fronteiras

³ “The two treaties concluded the Thirty Years War. The emperor and Empire settled their own problems and those with Sweden in the Peace of Osnabrück (Instrumentum Pacis Osnabrugense or IPO) that simultaneously served as a new statement of the imperial constitution applying across the Empire. The parallel Peace of Münster (Instrumentum Pacis Monasteriense or IPM) with France was less complete, because it excluded the Burgundian Kreis, as well as the duchy of Lorraine that remained occupied by French troops. It covered Austria’s territorial concessions to France, as well as articles confirming the constitutional arrangements agreed with Sweden and the imperial Estates in the IPO. Both treaties were formally sworn on 24 October accompanied by a seventy-gun salute. Two copies of each were prepared for the ceremonies, followed by further copies over the subsequent days that were witnessed by the envoys to ensure no changes were slipped in. These were despatched to the relevant courts, while at least another 42,000 copies were printed for an eager public over the coming year” (WILSON, 2009. pp.1404/1405)

fixas, separando o “dentro” (o âmbito de sua jurisdição) do “fora” (o mundo exterior e outros Estados). A identidade nacional correspondeu à ideia de “povo” (nação) e “território”, sendo que a cultura, a língua e a religião elementos fundamentais para coesão interna. Além do mais, o poder político passou a ser exercido pela soberania estatal. Cada Estado tinha o direito de controlar seu próprio território e assuntos internos sem interferência de outros Estados.

É importante notar que o conceito de Estado-Nação se desenvolveu de forma gradual e não imediatamente após 1648⁴. Com a afirmação do princípio da soberania, o Estado ganhou autonomia para definir as regras de aquisição e perda da nacionalidade. Isso se manifesta na distinção das duas doutrinas jurídicas fundamentais: *jus soli* (direito do solo), a nacionalidade atribuída pelo local de nascimento, ou seja, o indivíduo se torna nacional do Estado onde nasceu e o *jus sanguinis* (direito de sangue), a nacionalidade atribuída pela filiação, ou seja, a nacionalidade dos pais é transferida para os filhos. Então, pode-se dizer que, após Westfália, os Estados começaram a adotar diferentes combinações dessas duas doutrinas para definir quem é seu nacional, conforme seus interesses políticos e sociais. Essa distinção permanece até hoje, sendo o *jus soli* predominante nas Américas e o *jus sanguinis* mais comum na Europa.

Portanto, a Paz de Westfália foi um marco fundamental para a formação do conceito moderno de nacionalidade. Antes dela, o pertencimento jurídico das pessoas era difuso e fragmentado, enquanto após os tratados, o indivíduo passou a ser identificado como nacional de um Estado soberano, vinculado por meio de um laço jurídico permanente. Não sem razão, é atribuído a esses tratados o nascimento do Estado-nação e, conseqüentemente, a ideia de pertencimento aflora e se torna necessário, para controles internos e externos, definir aqueles com os quais o Estado possui vínculos definitivos.

2.4. Séculos XVIII e XIX: Nacionalidade como conceito político

A noção de “nação” (vínculo cultural e identitário) só se consolidou plenamente após as Revoluções Liberais dos séculos XVIII e XIX, especialmente com as Revoluções Americana de 1776 e a Francesa 1789. Nesses dois contextos, a nacionalidade ficou atrelada ao conceito de cidadania,

⁴ One recent study of the European Union presents it not as a single, centralized Westphalian super-state, but as a ‘neo-medieval empire’, with the process of integration remodelling the continent along lines not dissimilar to the Holy Roman Empire (WILSON, 2009, p. 1412)

pois conferido também o direito de participação política ativa (como o direito ao voto), ou seja, a nacionalidade passa para uma relação jurídica mais ampla, envolvendo, inclusive, direito à proteção diplomática (dimensão internacional de proteção). Além disso, determinou-se também a obrigação de obedecer às leis do Estado de origem, mesmo quando o nacional estivesse fora de seu território (princípio da personalidade das leis) e reconhecimento de direitos civis, como o direito ao nome e ao registro civil.

A nacionalidade moderna surgiu com os ideais do Iluminismo, da Revolução Francesa (1789) e filósofos como Rousseau e Locke defendiam a ideia de soberania popular, reforçando a noção de um povo unido por cultura, língua e território, merecendo dar ênfase no direito dos povos à autodeterminação.

Estamos assim, identificando a consolidação do Estado Nacional que surge vinculado à noção de soberania absoluta, amparada na visão de Bodin e marca o estabelecimento do Estado insular, senhor de seus domínios, com moeda e exército únicos, portanto, precisaria do seu elemento ‘povo’ bem delimitado, o levaria a consagração do direito de nacionalidade.

Ao movimento revolucionário francês se seguiram outros movimentos nacionalistas que, ao longo de todo o século XIX buscaram a consolidação da Itália (1863) e da Alemanha (em 1876), bem como em toda a América Latina, sempre baseado no princípio da identidade. Nesse período, a nacionalidade esteve intimamente relacionada à formação dos Estados modernos e ao fortalecimento dos sentimentos de pertencimento nacional.

Especificamente no caso alemão, a unificação foi liderada pelo Reino da Prússia, sob a influência de Otto von Bismarck. Antes da unificação, o território alemão era formado por uma confederação de Estados independentes e fragmentados. Como observa Hobsbawm (1990), a união de 1871 foi uma tentativa bem-sucedida de criar um Estado alemão centralizado sob a hegemonia prussiana. Com a Guerra Austro-Prussiana (1866) e a Guerra Franco-Prussiana (1870-1871), Bismarck conseguiu consolidar a supremacia prussiana e, em 1871, foi proclamado o Império Alemão (“Segundo Reich”) sob a liderança do Kaiser Guilherme I. A nacionalidade alemã passou a ser definida com base no conceito de *jus sanguinis*, ou seja, o direito de sangue, o que garantiu a transmissão da nacionalidade por descendência. Segundo Spindler (2001), *“a nacionalidade alemã foi concebida de modo a preservar a homogeneidade étnica e fortalecer o vínculo de sangue como elemento central”*.

A unificação italiana seguiu uma lógica semelhante, mas com particularidades. O processo foi liderado pelo Reino de Piemonte-Sardenha, sob o comando do rei Vítor Emanuel II e do primeiro-ministro Cavour, contando também com a participação de Giuseppe Garibaldi e seus “Camisas Vermelhas”. O movimento resultou na unificação de diversos Estados italianos sob uma única entidade política em 1861. Como salienta Anderson (1983), o nacionalismo italiano foi um exemplo de comunidade imaginada que encontrou em Garibaldi um símbolo de unidade e resistência. A nacionalidade italiana foi organizada também pelo critério de *jus sanguinis*, assegurando que os descendentes de italianos pudessem herdar a nacionalidade, uma prática que perdura até os dias atuais.

A nacionalidade no século XIX foi fortemente influenciada pelo imperialismo europeu, especialmente na África e na Ásia. O processo de expansão colonial levou à subordinação política e econômica de diversas populações africanas e asiáticas. Países europeus, como Reino Unido, França, Bélgica e Países Baixos, impuseram suas próprias normas de nacionalidade nas colônias. Em muitos casos, as populações locais não eram consideradas cidadãs plenas do império, mas sim “súbditos” ou “protegidos”, o que implicava em uma situação de desigualdade jurídica. De acordo com Said (1993), o imperialismo europeu se baseou na construção de uma hierarquia racial, na qual os povos colonizados eram tratados como inferiores, como se percebe na seguinte passagem: *“Nacionalidade, nacionalismo, nativismo: a progressão, a meu ver, opera por um grau crescente de coerção. Em países como a Argélia e o Quênia, podemos ver a resistência heroica de uma comunidade parcialmente surgida da inferiorização colonial, levando a um prolongado conflito cultural e armado com as potências imperiais, e depois cedendo lugar a um Estado de partido único com regime ditatorial e, no caso argelino, uma oposição islâmica fundamentalista dogmática. Dificilmente se pode dizer que o despotismo debilitante do regime moi no Quênia vem completar as correntes liberacionistas da revolta dos mau mau. Aqui não há nenhuma transformação da consciência social, mas apenas uma medonha patologia do poder reproduzida em outros lugares – nas Filipinas, Indonésia, Paquistão, Zaire, Marrocos, Irã.”* (SAID, 1993, pp. 256, 257)

Esse imperialismo na África foi configurado na Conferência de Berlim (1884-1885), que definiu as regras para a partilha do continente entre as potências europeias. Como consequência, grandes territórios africanos foram divididos sem levar em conta as fronteiras étnicas e culturais locais, gerando um sistema de hierarquia social e exclusão da população local dos benefícios da cidadania plena. Na Ásia, o imperialismo se manifestou de forma marcante na Índia, que foi transformada em colônia britânica. A nacionalidade dos indianos foi redefinida sob o controle do Império Bri-

tânico, com limitações de acesso a direitos civis e políticos. Como aponta Fanon (1961), *“o colonialismo desumaniza o colonizado, relegando-o à condição de súbdito desprovido de autonomia jurídica”*.

Portanto, no século XIX, a nacionalidade foi marcada por uma dualidade. Nos territórios europeus, as unificações nacionais da Alemanha e da Itália fortaleceram a ideia de uma nacionalidade ligada à identidade étnica e cultural. No entanto, nas colônias africanas e asiáticas, as populações locais tiveram sua cidadania e nacionalidade negadas ou condicionadas, o que resultou em uma prática de dominação imperialista e exclusão. Esse legado de desigualdade perdurou e influenciou os movimentos de descolonização que viriam a ocorrer no século XX.

2.5. Século XX e XXI: Nacionalidade no direito internacional

A construção histórica da nacionalidade ao longo do século XX foi marcada por transformações significativas decorrentes de mudanças políticas, econômicas e sociais globais. O conceito de nacionalidade, que já havia se consolidado no século XIX, sofreu adaptações para lidar com o surgimento de novos Estados oriundos dos processos de descolonização, do impacto das duas Guerras Mundiais e da globalização.

Interessante observar que o fator que fez nascer o conceito de nacionalidade está, no seu marco inicial, agregado ao nascimento dos Estados-nação e, neste momento, que colhe reeleições, volta-se para a crise que esse próprio Estado Nacional passa a sofrer. Isso decorre, especialmente, no caso da nacionalidade, da maior e expressiva mobilidade populacional e dos grandes deslocamentos não só de pessoas, mas de bens e serviços. Vale também pontuar que nos processos de descolonização instados no século XX, o mote para sua edificação difere profundamente dos pressupostos havidos nos séculos XVIII e XX. A persistência da desigualdade perpetuada por Estados Nacionais já consolidados gerou um movimento que irá produzir efeitos diretos na concepção da nacionalidade.

No contexto jurídico e político, o século XX testemunhou a transformação da nacionalidade em um instrumento crucial de controle social e político. Três grandes fenômenos moldaram esse processo. Primeiramente, as duas Guerras Mundiais (1914-1918 e 1939-1945) alteraram profundamente as fronteiras dos Estados e forçaram o deslocamento de milhões de pessoas, gerando uma crise de apatridia sem precedentes. Os tratados de paz, como o Tratado de Versalhes (1919), obrigaram alguns Estados a modificar suas leis de nacionalidade para reintegrar populações deslocadas. Em segundo lugar, o processo de descolonização, especialmente após 1945, resultou na criação de novos Estados-Nações na África e Ásia, o que impôs desafios sobre a definição de critérios de nacionalidade

para as populações locais. Por fim, a globalização e o aumento dos fluxos migratórios internacionais demandam respostas normativas adequadas para a apatridia e para a proteção de refugiados, levando à adoção de convenções internacionais, como a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e a Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas.

O processo da internacionalização dos direitos humanos influenciou fortemente o tema da nacionalidade. Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a nacionalidade passou a ser reconhecida como um direito humano fundamental. O seu Artigo 15 afirma que “*toda pessoa tem direito a uma nacionalidade*” e que “*ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade*”. Complementarmente, as Convenções de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas e de 1961 para a Redução dos Casos de Apatridia visaram garantir a proteção dos indivíduos que, por diversas razões, não possuíam a nacionalidade de nenhum Estado.

No âmbito interno dos Estados, os critérios para a aquisição de nacionalidade variaram significativamente ao longo do século XX. As legislações nacionais, em geral, adotaram o *jus soli* (direito de solo) e o *jus sanguinis* (direito de sangue) como principais critérios de atribuição de nacionalidade. O *jus soli* foi predominante em países de imigração, como Brasil, Argentina e Estados Unidos, enquanto o *jus sanguinis* permaneceu forte em países europeus, como Alemanha e Itália, e em países asiáticos, como o Japão. Em muitos casos, os Estados combinaram esses dois critérios, permitindo a transmissão da nacionalidade por filiação em situações especiais ou em caso de nascimento no território nacional.

A apatridia, porém, foi uma das questões mais críticas do século XX, especialmente após as duas Guerras Mundiais e o colapso de grandes Estados, como a União Soviética e a Iugoslávia. Milhões de indivíduos se viram sem uma nacionalidade definida. Para lidar com essa situação, a sociedade internacional, por meio do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), passou a atuar de forma mais incisiva na prevenção e redução da apatridia, especialmente após a adoção das Convenções de 1954 e 1961.

Os tribunais internacionais desempenharam um papel relevante na evolução do conceito de nacionalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) contribuíram com jurisprudência relevante, como se verá a seguir.

O final do século XX é marcado pela globalização que impulsionou, paradoxalmente, o fenômeno da dupla ou múltipla nacionalidade, que passou a ser aceito por vários Estados, especialmente na Europa e na América Latina. Paralelamente, surgiram os programas de nacionalidade por investimento, onde países como Malta e Chipre, apenas para citar

alguns, passaram a oferecer cidadania em troca de investimentos financeiros significativos. Isso gerou debates sobre o caráter mercantilizado da nacionalidade e as implicações éticas e jurídicas dessa prática.

Por fim, a crise humanitária, fruto das guerras, exclusões e disparidades sociais e econômicas, levou os tribunais de direitos humanos a assegurar o cumprimento das normas internacionais em matéria de nacionalidade, reforçando a proteção de grupos vulneráveis, como apátridas e filhos de imigrantes. Assim, a construção da nacionalidade no século XX revelou-se como um movimento de adaptação às realidades globais, com uma crescente influência dos direitos humanos e dos tribunais internacionais. Ou seja, podemos afirmar que a concepção de nacionalidade adotada e praticada a partir do século XVIII, precisará no século XX, sob o influxo de um processo, revigorado, de internacionalização dos direitos humanos e do impacto do fenômeno oposto à atribuição de nacionalidade, a apatridia, de revisitar o seu conceito.

3. A jurisprudência de tribunais internacionais: a nacionalidade como vínculo efetivo e a nacionalidade voltada para a proteção dos indivíduos

A jurisprudência internacional desempenha um papel fundamental na interpretação e delimitação do conceito de nacionalidade. Por meio de casos paradigmáticos, tribunais e organismos internacionais consolidaram princípios como o vínculo efetivo e como um direito humano do indivíduo à nacionalidade. Essas decisões influenciam diretamente a legislação e as práticas estatais, contribuindo para a prevenção de situações de apatridia e a promoção dos direitos humanos. A seguir, são apresentados alguns casos internacionais relevantes que evidenciam as diversas abordagens jurídicas sobre o direito à nacionalidade.

3.1. Opinião Consultiva da Corte Permanente Internacional de Justiça envolvendo Tunísia e Marrocos vs. França e Inglaterra

Foi o primeiro caso relativo a reconhecimento de nacionalidade enfrentado por uma corte internacional, no caso a Corte Permanente Internacional de Justiça da Liga das Nações. Não se tratou de matéria contenciosa, mas de consultas feitas ao referido órgão por parte da França, da Inglaterra, da Itália e da Espanha que divergiram acerca do tema em território africano. Esse caso debateu o problema derivado dos decretos franceses, um para a Tunísia e outro para o Marrocos, em que se reconhecia automaticamente a nacionalidade francesa para pessoas residentes nesses países que, à época, eram protetorados da França. Isso acabou afetando a Inglaterra, principalmente que, como mantinha amplas relações

comerciais com ambos os países, possuía inúmeros nacionais ali residentes e que, conseqüentemente, tornaram-se automaticamente franceses. A França alegou que, como potência protetora, tinha a responsabilidade de garantir a segurança e a ordem pública no território, o que justificava a adoção de decretos que lhe permitisse determinar a nacionalidade de certas pessoas e que os tratados de protetorado não limitavam seu poder para legislar em matéria de nacionalidade.

O Reino Unido, por sua vez, alegou que a França não poderia unilateralmente modificar o *status* jurídico dos habitantes dos protetorados, especialmente em questões de nacionalidade, pois isso implicaria em interferência na soberania formal de Marrocos e Tunísia e que o direito de nacionalidade estaria vinculado à soberania do Estado, e, portanto, qualquer modificação dessa natureza deveria ser acordada com os governos de Marrocos e Tunísia.

Na Opinião Consultiva a CPIJ disse, baseada em outro caso (aquisição da nacionalidade polonesa), de início, que tratava-se de uma questão doméstica e não matéria de Direito Internacional, não podendo a França impor sua nacionalidade em território sob o protetorado porque esses não haviam plenamente perdido suas condições de países soberanos.

3.2. A nacionalidade como vínculo efetivo

3.2.1. O Caso Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala, 1955) - Análise e Comentários

Este caso julgado pela Corte Internacional de Justiça é amplamente reconhecido como um marco na definição do conceito de nacionalidade e do critério de vínculo genuíno no direito internacional. O caso envolveu uma disputa entre o Principado de Liechtenstein e a Guatemala sobre o direito de Liechtenstein de exercer proteção diplomática em favor de Friedrich Nottebohm, um cidadão alemão naturalizado em Liechtenstein.

Nottebohm nasceu na Alemanha, mas residiu por mais de 30 anos na Guatemala, onde mantinha negócios substanciais. Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, ele buscou naturalizar-se como cidadão de Liechtenstein, um Estado neutro, obtendo a cidadania de forma expedita em 1939 e retornando à Guatemala pouco depois. Durante a guerra, a Guatemala confiscou os bens de Nottebohm, alegando que ele era alemão e, portanto, inimigo estrangeiro. Após o fim do conflito, Liechtenstein iniciou um processo contra a Guatemala na CIJ, alegando que o país havia violado o direito internacional ao confiscar os bens de um cidadão de Liechtenstein.

A questão jurídica fundamental era se Liechtenstein tinha o direito de exercer proteção diplomática em favor de Nottebohm, com base na alegação de que ele era seu cidadão. Para a Corte Internacional de Justiça,

o aspecto crucial a ser decidido era a validade da nacionalidade concedida por Liechtenstein a Nottebohm e se essa nacionalidade era suficiente para justificar a proteção diplomática. Nesse sentido, a Corte foi chamada a definir o que seria a nacionalidade para o direito internacional, especialmente em situações de naturalização de estrangeiros.

Liechtenstein argumentou que Nottebohm possuía uma nacionalidade válida, concedida de forma legítima e regular, de acordo com suas leis e, assim, reivindicou o direito de exercer a proteção diplomática em seu favor com base no direito internacional.

A Guatemala, por sua vez, sustentou que a naturalização de Nottebohm foi meramente formal e não estabeleceu um vínculo genuíno entre ele e Liechtenstein. Argumentou que Nottebohm mantinha laços de residência, negócios e atividades familiares com a Guatemala, e não com Liechtenstein.

A decisão da CIJ foi de rejeitar a alegação de Liechtenstein, sustentando que a naturalização de Nottebohm não foi acompanhada por um vínculo genuíno e efetivo com Liechtenstein. O Tribunal afirmou que no direito internacional a concessão de nacionalidade por um Estado não é suficiente para gerar efeitos automáticos perante outros Estados. Para a CIJ, a nacionalidade deve refletir uma relação autêntica de pertencimento real e efetivo entre a pessoa e o Estado.

A Corte considerou que Nottebohm não tinha laços sociais, econômicos ou culturais significativos com Liechtenstein. Ele passou apenas um curto período no país para realizar o processo de naturalização e, logo após obter a cidadania, retornou à Guatemala para continuar suas atividades econômicas. O Tribunal destacou que a residência prolongada de Nottebohm na Guatemala e seus interesses comerciais no país demonstravam que ele mantinha laços mais fortes com a Guatemala do que com Liechtenstein.

A Corte destacou que a nacionalidade válida no plano internacional exige a existência de uma ligação efetiva baseada em elementos objetivos, como: residência habitual no território do Estado, laços culturais e sociais (participação na comunidade local, interesses econômicos e comerciais (negócios e propriedade de bens e laços familiares (existência de familiares no país).

A grande contribuição do Caso Nottebohm foi a introdução do conceito de vínculo genuíno na definição da nacionalidade efetiva no direito internacional. Segundo a CIJ, a nacionalidade, para ser reconhecida internacionalmente, deve ser mais do que uma formalidade legal ou administrativa. Ela deve refletir uma conexão autêntica e efetiva entre o indivíduo e o Estado.

3.2.2. O caso Soufraki vs. Emirados Árabes Unidos (ICSID⁵ Case No. ARB/02/7)

Esse caso representa também uma decisão paradigmática sobre a relação entre nacionalidade e jurisdição no direito internacional dos investimentos e na questão relativa a múltiplas nacionalidades. Em 21 de outubro de 2000, Hussein Nuaman Soufraki, cidadão com dupla nacionalidade (Itália e Canadá), firmou um Acordo de Concessão com o Departamento de Portos e Alfândegas de Dubai, que lhe concedeu o direito de desenvolver, gerenciar e operar um porto em Dubai por 30 anos. Este acordo foi posteriormente ratificado por meio de uma carta de Sheikh Mohammed bin Rashid Al Maktoum, Príncipe Herdeiro dos Emirados Árabes Unidos, que reconheceu plenamente os direitos de concessão. No entanto, o acordo foi posteriormente revogado pelos Emirados Árabes Unidos, levando Soufraki a iniciar um processo de arbitragem, alegando que a medida violava o Tratado Bilateral de Investimento (TBI) entre a Itália e os Emirados Árabes Unidos. A principal controvérsia girou em torno da capacidade de Soufraki cumprir os requisitos de nacionalidade necessários para invocar a jurisdição do ICSID com base no TBI Itália-EAU. O ICSID é competente para resolver disputas entre um Estado Contratante e o nacional de outro Estado Contratante, desde que as partes tenham consentido com a arbitragem. Soufraki argumentou que sua nacionalidade italiana o qualificava como investidor estrangeiro no âmbito do TBI, apesar de também possuir a nacionalidade canadense, sendo o Canadá um Estado não Contratante. Essa dualidade de nacionalidades levantou uma questão fundamental sobre os critérios de definição de nacionalidade em arbitragem internacional e sobre os requisitos para que uma pessoa seja reconhecida como nacional de um Estado específico. A fundamentação jurídica do caso Soufraki foi baseada na Convenção do ICSID e no Tratado Bilateral de Investimento (TBI) entre a Itália e os Emirados Árabes Unidos. O artigo 25 da Convenção do ICSID estabelece os requisitos de jurisdição, especificando que o Centro tem competência para resolver disputas jurídicas decorrentes de investimentos entre um Estado Contratante e o nacional de outro Estado Contratante, desde que as partes tenham consentido com a arbitragem. No entanto, o artigo 25(2)(a) impõe uma restrição adicional: pessoas com a nacionalidade do Estado parte da disputa estão excluídas da jurisdição do ICSID, independentemente de qualquer outra nacionalidade que possuam. Para Soufraki, isso significava que ele deveria ser reconhecido exclusivamente como cidadão italiano

⁵ Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI) - ICSID, sigla em inglês.

para atender aos critérios de jurisdição, uma vez que o Canadá não era Estado Contratante. No entanto, os Emirados Árabes Unidos contestaram a validade dos documentos e questionaram o vínculo efetivo de Soufraki com a Itália, argumentando que sua residência prolongada fora do país e seus significativos interesses comerciais no Canadá enfraqueceram seu vínculo genuíno com o Estado italiano.

Em casos de dupla nacionalidade, a jurisprudência do ICSID frequentemente aplica a doutrina do “vínculo genuíno», que determina que a nacionalidade de um indivíduo deve ser avaliada com base em seus laços mais substanciais e efetivos com um Estado específico. Esta abordagem está ancorada na decisão da Corte Internacional de Justiça no Caso *Nottebohm* (*Liechtenstein v. Guatemala*, 1955), onde o tribunal considerou que a nacionalidade deve refletir uma conexão significativa e efetiva entre o indivíduo e o Estado. No caso Soufraki, a doutrina do vínculo genuíno foi central para a determinação da elegibilidade de Soufraki para ser considerado cidadão italiano para fins de arbitragem no ICSID, apesar de possuir dupla nacionalidade.

O caso Soufraki revela as complexidades envolvidas na determinação de nacionalidade em disputas de arbitragem internacional, especialmente em situações de dupla nacionalidade. Embora a doutrina da nacionalidade efetiva seja útil para resolver disputas de nacionalidade, ela nem sempre oferece respostas definitivas, especialmente quando o indivíduo possui laços substanciais com mais de um país. O caso também destaca a necessidade de critérios mais claros para avaliar a nacionalidade sob os TBI e a Convenção do ICSID, considerando o crescente número de cidadãos com dupla ou múltipla nacionalidade que participam de investimentos internacionais.

3.2.3. Caso Mergé (Estados Unidos v. Itália), 1955 – Comissão de Conciliação Ítalo-Americana

O caso Mergé também envolveu uma situação de dupla nacionalidade - ítalo-americana, cuja reivindicação de nacionalidade italiana foi contestada com base em uma conexão genuína insuficiente. A Comissão de Conciliação negou-lhe a nacionalidade italiana devido à falta de laços efetivos com a Itália. Esse é mais um exemplo da aplicação da doutrina da conexão genuína. A Comissão analisou a profundidade dos laços da requerente com a Itália e concluiu que eram inadequados para sustentar uma reivindicação efetiva de nacionalidade. Este caso destaca a importância de demonstrar vínculos substanciais com um país, evidenciando que a nacionalidade não pode ser reivindicada unicamente com base em critérios formais na ausência de uma conexão genuína.

3.2.4. Caso Flegenheimer (Estados Unidos v. Itália), 1958 – Comissão de Conciliação Ítalo-Americana

A reivindicação de nacionalidade italiana de Charles Flegenheimer foi negada porque seus laços com a Itália foram considerados fracos e insuficientes para estabelecer uma conexão genuína. A Comissão de Conciliação observou que, embora Flegenheimer possuísse formalmente a nacionalidade italiana, sua residência e interesses pessoais estavam amplamente fora da Itália. A falta de uma conexão significativa com a Itália levou a Comissão a negar sua reivindicação de nacionalidade italiana, especialmente no contexto de proteção diplomática.

O caso aplica a doutrina da conexão genuína em um contexto em que, apesar de um vínculo formal, a falta de laços substanciais com o país de origem resulta na negação de direitos associados à nacionalidade, como a proteção diplomática. A Comissão de Conciliação, ao analisar o caso, considerou que a nacionalidade italiana de Flegenheimer não era mais efetiva, pois ele não mantinha uma conexão real com a Itália, seja em termos de residência, interesses pessoais ou vínculos familiares. A decisão da Comissão se baseou no entendimento de que a nacionalidade deve refletir uma conexão genuína e contínua com o Estado, e não meramente um direito formal ou administrativo.

No cenário mais amplo dos direitos internacionais, a doutrina da conexão genuína busca evitar abusos, como o uso de nacionalidades por pessoas que não têm uma verdadeira conexão com o país de origem, o que poderia minar a eficácia das políticas de nacionalidade e proteção. A decisão neste caso reflete, assim, uma tentativa de proteger a integridade da nacionalidade como um direito essencial vinculado a uma ligação real e significativa com o país que a concede.

3.2.5. Caso Fabiani (França v. Venezuela), 1896 – Comissão Mista de Reivindicações Franco-Venezuelana

A Comissão Mista de Reivindicações considerou que a reivindicação de nacionalidade francesa de Charles Fabiani não era sustentada por laços suficientes com a França. Sua residência principal, interesses comerciais e sua vida estavam na Venezuela e não na França. A Comissão concluiu que a reivindicação de nacionalidade francesa carecia de um vínculo genuíno, pois as conexões de Fabiani com a França eram muito tênues para justificar a proteção diplomática. Sua afiliação predominante com a Venezuela levou à negação de sua reivindicação. Aplicou, portanto, o princípio da “conexão genuína”, onde a nacionalidade não é concedida com base em formalidades ou laços superficiais, mas sim em uma conexão real e substancial com o Estado que se alega como nacional. Apesar

de Fabiani ser formalmente francês, sua vida e atividades estavam claramente centradas na Venezuela. Nesse sentido, para que a nacionalidade tenha efeito em termos de proteção diplomática, deve haver um vínculo concreto e contínuo com o país de origem, como residência, atividades econômicas e vínculos familiares. A decisão reflete a tentativa de evitar que indivíduos usem a nacionalidade de forma oportunista, sem um vínculo genuíno com o país, o que poderia diluir a efetividade da proteção consular e diplomática.

3.3. Nacionalidade como um Direito Humano

O direito à nacionalidade é um pilar da identidade individual e da proteção legal. Ao longo dos anos, diversos casos históricos destacaram a importância da nacionalidade como um direito humano, especialmente dentro dos quadros dos direitos humanos internacionais. Esses casos, decididos por tribunais regionais de grande relevância, demonstram como a nacionalidade é essencial não apenas para o reconhecimento legal, mas também para a proteção de uma série de outros direitos humanos.

A nacionalidade, como direito humano, é amplamente reconhecida e protegida nos tratados internacionais, sobretudo no contexto de garantir que todos os indivíduos tenham uma nacionalidade e, assim, não sejam apátridas. Esse direito é essencial porque a nacionalidade funciona como uma “porta de entrada” para o acesso a outros direitos humanos - é o que permite que uma pessoa seja reconhecida e protegida sob a jurisdição de um Estado.

Alguns dos principais instrumentos internacionais que tratam da nacionalidade incluem:

Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) - Artigo 15

A DUDH afirma que *“todo ser humano tem direito a uma nacionalidade”* e que *“ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade”*. Este artigo reflete a importância de proteger a nacionalidade como um direito inalienável e o problema da apatridia.

Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954) Convenção para Redução dos Casos de Apatridia (1961)

Essa convenção busca proteger os apátridas, ou seja, indivíduos que não são considerados como nacionais por nenhum Estado. Ela garante direitos básicos aos apátridas, como educação, emprego e assistência pública, além de buscar soluções para que eventualmente eles possam adquirir uma nacionalidade. Essa Convenção é complementada pela convenção de 1961 que visa evitar que mais pessoas se tornem apátridas. Ela deter-

mina que os Estados devem adotar medidas para garantir que crianças nascidas em seus territórios (ou de seus cidadãos no exterior) possam adquirir uma nacionalidade.

Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) - Artigo 7

Esse tratado assegura que a criança tenha direito a um nome e a uma nacionalidade desde o nascimento e que os Estados partes devem tomar medidas para garantir esse direito, com o objetivo de evitar casos de apatridia infantil.

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965)

Este tratado proíbe a discriminação com base em critérios de nacionalidade e etnia e assegura o direito de cada pessoa à nacionalidade sem discriminação, o que se conecta ao direito fundamental à identidade e à proteção da dignidade humana.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU (PID-CP) - Artigo 24

Esse pacto reitera o direito de toda criança a adquirir uma nacionalidade, promovendo a proteção da identidade da pessoa desde o nascimento.

Agora, analisemos a jurisprudência acerca do reconhecimento da nacionalidade como um direito humano e redundantemente fundamental.

3.3.1. O Caso dos Rohingya em Mianmar

Os Rohingya, uma minoria muçulmana em Mianmar, enfrentam apatridia sistemática. A Lei de Nacionalidade de 1982 do país negou-lhes a nacionalidade, considerando-os imigrantes ilegais, apesar de muitas famílias viverem lá há gerações. Essa situação foi denunciada pela comunidade internacional, pois impedia o acesso a direitos básicos, como educação, saúde e liberdade de movimento.

A falta de nacionalidade para os Rohingya foi discutida em fóruns da ONU e é vista como um fator que agrava a perseguição e violência contra esse grupo, configurando uma violação de direitos humanos. A ONU recomendou que Mianmar reformasse suas leis para garantir a atribuição da nacionalidade à essa minoria e prevenir a apatridia.

Conexo a este, está o caso de Salimullah que evidencia como, em algumas circunstâncias, a negação da nacionalidade pode ser motivada mais por práticas discriminatórias e políticas, em vez de uma verdadeira falta de laços genuínos com o país. A comunidade Rohingya sempre teve

uma presença histórica significativa em Myanmar, o que cria uma conexão genuína com o país, embora a negação oficial de sua nacionalidade os tenha colocado em uma situação de apatridia. Este caso demonstra como a aplicação da doutrina da «conexão genuína» pode ser manipulada ou distorcida para excluir grupos que, embora tenham vínculos substanciais com um país, são sistematicamente privados de sua nacionalidade por razões políticas ou étnicas.

3.3.2. Caso Yean e Bosico vs. República Dominicana (2005) - Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)

O caso *Yean e Bosico vs. República Dominicana* envolveu duas crianças de ascendência haitiana, nascidas na República Dominicana, que foram privadas da nacionalidade dominicana devido à condição de imigrantes indocumentados dos pais. A CIDH decidiu que a negativa da nacionalidade violava o direito dessas crianças à nacionalidade.

O caso destacou a nacionalidade como um direito humano essencial para a identidade e proteção legal. A Corte concluiu que a negação da nacionalidade com base em critérios discriminatórios, como raça ou etnia, violava tanto o direito à nacionalidade quanto o direito à igualdade. Essa decisão reforçou a ideia de que a nacionalidade não pode ser negada com base em discriminação, especialmente quando leva à apatridia. A Corte também enfatizou a obrigação dos Estados em garantir políticas de nacionalidade inclusivas e em conformidade com os padrões internacionais de direitos humanos.

3.3.3. Makhoul v. França (2013) - Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)

No caso *Makhoul vs. França*, a Corte Europeia de Direitos Humanos analisou o caso de um nacional franco-argelino que enfrentava a deportação da França. A Corte considerou o direito à vida familiar e à nacionalidade como direitos interligados na sua análise.

Embora o caso tenha se centrado no direito à vida familiar, a CEDH reconheceu implicitamente a nacionalidade como um aspecto fundamental da identidade e do pertencimento. A Corte enfatizou que a privação ou negação da nacionalidade teria sérias consequências na vida de um indivíduo. A decisão destacou a necessidade de os Estados equilibrarem sua soberania com as obrigações de direitos humanos. Embora a CEDH não tenha explicitamente classificado a nacionalidade como um direito humano, o caso sugeriu fortemente que a nacionalidade está intrinsecamente ligada a outros direitos humanos, como a vida familiar e a segurança pessoal.

3.3.4. Genovese vs. Malta (2011) – Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)

No caso *Genovese vs. Malta*, a CEDH analisou a recusa do governo maltês em conceder a nacionalidade a uma criança nascida fora do casamento, de pai maltês e mãe britânica. A Corte decidiu que a negação violava o direito à não discriminação, conforme o Artigo 14 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Esse caso reforçou a ideia de que a nacionalidade é um direito humano essencial, protegido da discriminação. A Corte concluiu que as leis de nacionalidade devem ser aplicadas de forma não discriminatória, reconhecendo o papel fundamental da nacionalidade na formação da identidade e no acesso a outros direitos. Ao julgar contra leis de nacionalidade discriminatórias, a CEDH enfatizou a necessidade de proteger a nacionalidade como um direito fundamental para garantir a igualdade entre os indivíduos.

3.3.5. Caso dos Dominicanos e Haitianos Expulsos vs. República Dominicana (2014) – Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)

Este caso tratou da deportação em massa de indivíduos de ascendência haitiana na República Dominicana, muitos dos quais nasceram no país e foram privados de sua nacionalidade, o que os tornou apátridas. A CIDH concluiu que a negação de nacionalidade e as expulsões subsequentes violaram os direitos humanos, incluindo o direito à nacionalidade.

A decisão reafirmou a nacionalidade como um direito humano e determinou que privar indivíduos da nacionalidade com base em critérios étnicos constitui discriminação racial, o que leva à apatridia e viola vários outros direitos fundamentais. A decisão reafirmou a obrigação dos Estados em prevenir a apatridia e garantir que todos os indivíduos, independentemente de sua origem étnica, tenham acesso à nacionalidade e à proteção legal.

3.3.6. Kuric e Outros vs. Eslovênia (2012) – Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)

No caso *Kuric e Outros v. Eslovênia*, a CEDH analisou a situação de indivíduos oriundos de antigos Estados iugoslavos que perderam seus direitos de residência na Eslovênia após a independência do país, tornando-se efetivamente apátridas.

A Corte concluiu que os indivíduos conhecidos como “apagados” foram injustamente privados de sua nacionalidade e dos direitos correspondentes. Este caso destacou a nacionalidade como essencial para o acesso a outros direitos fundamentais, como os direitos sociais e econômicos.

A CEDH estabeleceu que os Estados têm a obrigação de proteger os indivíduos da apatridia, especialmente em situações envolvendo sucessão estatal. O caso ressaltou o papel crucial da nacionalidade para garantir os direitos dos indivíduos e seu *status* legal dentro de um Estado.

3.3.7. Ivcher Bronstein vs. Peru (2001) – Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)

No caso *Ivcher Bronstein v. Peru*, um nacional peruano, com dupla nacionalidade, peruano-israelense, teve sua nacionalidade peruana retirada devido à sua postura crítica em relação ao governo. A CIDH decidiu que a remoção arbitrária da nacionalidade violava seus direitos, incluindo o direito à nacionalidade.

Esse caso foi um marco no reconhecimento da nacionalidade como um direito humano fundamental sob a CIDH que determinou que a nacionalidade não pode ser usada como ferramenta política para silenciar a dissidência ou punir indivíduos. A decisão reforçou que a nacionalidade é um direito humano básico que deve ser protegido contra a privação arbitrária. Também destacou a conexão entre a nacionalidade, a liberdade de expressão e a participação política, reforçando sua posição como um elemento central da identidade pessoal e do engajamento democrático.

3.4. Critério Misto (vínculo genuíno e Direito Fundamental)

3.4.1. Caso dos Refugiados e Pessoas Apátridas, Opinião Consultiva, 1951 – Corte Internacional de Justiça (CIJ)

Nesta opinião consultiva, a CIJ esclareceu que a nacionalidade não deve ser concedida com base em reivindicações oportunistas que careçam de laços substanciais. A Corte sugeriu que as reivindicações de nacionalidade feitas por refugiados ou apátridas, sem conexões genuínas com o Estado, poderiam não ser reconhecidas. A opinião enfatizou que a nacionalidade deve refletir uma conexão legítima e genuína com o Estado, em vez de ser concedida unicamente com base em critérios formais ou alegações sem evidência substancial de vínculos e não ser concedida apenas para fins estratégicos ou de conveniência. Essa perspectiva reflete um princípio fundamental no direito internacional: a nacionalidade deve ser ligada a uma relação real e contínua entre o indivíduo e o Estado, em vez de ser uma ferramenta política para pessoas que buscam explorar a nacionalidade sem qualquer vínculo substancial com o país.

Essa opinião também ressoa com a ideia de que a nacionalidade não pode ser reduzida a um *status* legal abstrato ou a um simples meio para obter benefícios internacionais, como proteção diplomática ou acesso a direitos. Ao mesmo tempo, ela também alerta para a necessidade de os

Estados manterem um equilíbrio entre proteger os indivíduos de situações de apatridia e garantir que a concessão de nacionalidade seja baseada em uma afiliação genuína, evitando abusos do sistema. A decisão da CIJ tem implicações importantes para os casos de apátridas e refugiados, pois reafirma que, mesmo em contextos de deslocamento forçado, os direitos de nacionalidade devem ser baseados em laços efetivos com um Estado, não apenas em alegações formais ou técnicas.

Esses casos, portanto, nos mostram o crescente reconhecimento da nacionalidade como um direito humano fundamental sob o direito internacional. Seja no contexto de discriminação racial, sucessão de Estados ou repressão política, o Poder Judiciário tem reforçado cada vez mais no reconhecimento da nacionalidade como essencial para a identidade legal, o acesso aos direitos e a proteção contra tratamentos arbitrários. Os Estados são agora mais do que nunca compelidos a garantir que suas leis e políticas de nacionalidade estejam em conformidade com os padrões internacionais de direitos humanos, prevenindo a apatridia e salvaguardando os direitos dos indivíduos. A jurisprudência evolutiva demonstra a importância de reconhecer a nacionalidade não como um *status* discricionário, mas como um direito fundamental que garante a proteção legal e um senso de pertencimento na comunidade internacional.

4. Conclusão

A evolução histórica da nacionalidade, desde as sociedades antigas até o sistema de Estados soberanos, permitiu a construção do conceito moderno de nacionalidade que conhecemos atualmente. A partir das primeiras noções de pertencimento baseadas em laços culturais, territoriais e familiares, chegou-se a um modelo de vínculo jurídico formal entre o indivíduo e o Estado, conforme as regras e princípios estabelecidos no direito internacional.

A jurisprudência internacional desempenhou um papel crucial na formação do conceito de nacionalidade efetiva. O critério de “vínculo genuíno» trouxe uma visão mais substancial sobre o tema, exigindo que o vínculo de nacionalidade entre o indivíduo e o Estado não seja meramente formal, mas efetivo e autêntico. Isso ressignificou o conceito de nacionalidade, destacando que o simples registro formal não basta para a proteção diplomática no plano internacional.

Por outro lado, a evolução da nacionalidade também se reflete na proteção dos direitos humanos, necessidade premente em um mundo em que os deslocamentos forçados demonstram que vivemos em uma gigantesca crise humanitária provocada por questões ambientais inevitáveis ou conflitos internos de separação e insurgência. Nesse sentido, mostra-se

toda a evolução do Direito Internacional para sua humanização depois que as duas grandes guerras totais do século XX provocaram situações de milhões de pessoas deslocadas e apátridas. Para tanto, trouxemos a lista de tratados internacionais relativos aos temas em questão que demonstram essa necessidade de proteção ao indivíduo. A proteção contra a apatridia é um reflexo dessa evolução histórica e foi reforçada por instrumentos internacionais como a Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas e a Convenção de 1961 para a Redução dos Casos de Apatridia.

No que tange à jurisprudência internacional no sentido de reconhecimento da nacionalidade como um direito inerente à própria condição humana, o impacto é significativo no reconhecimento do direito à nacionalidade como elemento essencial para o acesso a outros direitos fundamentais, destacando o caráter instrumental da nacionalidade para a efetiva proteção dos direitos humanos.

Esse o paradoxo inicialmente posto: a definição do conceito de nacionalidade se atrelada estritamente à tese do vínculo efetivo ou da conexão genuína, aponta uma restrição na sua concepção como um direito humano, especialmente acentuada em populações vulneráveis. Lado outro, com a possibilidade, potencializada, de trânsito maior de indivíduos, bens e serviços, a adoção da doutrina do vínculo efetivo seria a saída para resolver conflitos de nacionalidade, mas sem dúvida restringia o viver transnacional.

Com a globalização e o aumento da migração internacional, o conceito de nacionalidade passou a enfrentar novos desafios. Hoje, muitos indivíduos possuem múltiplas nacionalidades, e o fenômeno da apatridia continua a ser um problema grave em várias partes do mundo, especialmente para refugiados e migrantes. A nacionalidade, que antes era vista como um vínculo fixo e permanente entre o indivíduo e um Estado, tornou-se mais flexível e complexa. Muitos países revisaram suas leis para permitir a dupla ou múltipla nacionalidade, e organizações internacionais como o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) trabalham para assegurar que todos tenham o direito a uma nacionalidade. A limitação da doutrina da conexão genuína se torna ainda mais evidente quando analisada à luz dos instrumentos internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica) e a Convenção sobre a Redução da Apatridia. Esses tratados destacam a nacionalidade como um direito fundamental, essencial para a identidade individual e a proteção jurídica. O artigo 24 do PIDCP e o artigo 20 da Convenção Americana afirmam que toda pessoa tem direito à nacionalidade, reconhecendo-a como essencial para o exercício dos direitos civis e políticos. Além disso, a Convenção sobre a Redução da

Apatridia enfatiza a importância de prevenir situações em que indivíduos fiquem sem nacionalidade, devido às graves vulnerabilidades jurídicas e sociais que isso gera.

Ao depender de critérios subjetivos para avaliar a nacionalidade, a doutrina da conexão genuína corre o risco de enfraquecer essas proteções. Por exemplo, em casos nos quais a conexão de um indivíduo com um Estado é questionada com base em critérios vagos de “laços genuínos”, há um risco elevado de apatridia caso nenhuma outra nacionalidade seja reconhecida. Isso pode levar a situações em que indivíduos sejam privados de direitos fundamentais devido a interpretações técnicas que não consideram o amplo arcabouço de direitos humanos. O direito humano à nacionalidade envolve mais do que o cumprimento de critérios restritos; ele representa uma garantia de pertencimento e proteção dentro do sistema jurídico internacional. Restringir o acesso à nacionalidade com base em testes rigorosos de conexão pode, assim, contrariar os direitos fundamentais consagrados nesses acordos internacionais.

Além disso, o requisito de uma conexão genuína pode impactar de maneira desproporcional aqueles que vivem de maneira transnacional, como trabalhadores migrantes, investidores ou indivíduos com famílias em múltiplos países. Os tratados de direitos humanos veem a nacionalidade como uma ponte para garantir que indivíduos não sejam discriminados, nem privados arbitrariamente de seus direitos, independentemente de sua mobilidade.

Quando tribunais e Estados aplicam padrões rígidos de conexão genuína, correm o risco de excluir indivíduos transnacionais dessas proteções, deixando-os potencialmente apátridas ou limitando seu acesso a recursos legais em fóruns internacionais. Essa abordagem enfraquece os compromissos dos Estados em relação aos direitos humanos, no sentido de manter a nacionalidade como um *status* legal estável, que possibilita aos indivíduos participar plenamente da sociedade e acessar as proteções internacionais.

Portanto, a crítica à doutrina da conexão genuína revela uma tensão fundamental entre avaliações subjetivas de nacionalidade e o direito universal à nacionalidade, conforme articulado no direito internacional dos direitos humanos. Para estar em conformidade com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e todo o seu arcabouço pactual, o conceito de nacionalidade deve ser tratado como um direito fundamental, em vez de um *status* flexível e subjetivo. Reconhecer a nacionalidade como um direito humano essencial exige afastar interpretações restritivas que possam, inadvertidamente, infringir os direitos dos indivíduos, garantindo assim que a nacionalidade cumpra seu papel como um mecanismo universal de

proteção em um mundo cada vez mais interconectado.

Não deixamos de anotar que em períodos em que se fortalece a noção absoluta de soberania e se erguem muros para proteção insular dos Estados, voltamos a referendar o direito potestativo desses de atribuir e retirar, negar ou restringir o direito à nacionalidade aos indivíduos e se enfraquece o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Bibliografia

ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a expansão do nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1983.

_____. *Comunità Immaginate: Origini e fortuna dei nazionalismi*. Prefazione di Marco d'Eramo Tit. orig.: *Imagined Communities* © Verso, London-New York © 1996 manifestolibri srl via Tomacelli 146 - Roma Nuova edizione 2009. (Edição do Kindle)

ARISTÓTELES. *A política*/introdução de Ivan Lins; tradução de Nestor Silveira Chaves. - Ed. especial. - Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2011. Kindle.

ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. 1951.

BALIBAR, Étienne. *We, the People of Europe? Reflections on Transnational Citizenship*. 2004.

BERNARDES, Wilba. *Da Nacionalidade: brasileiros natos e naturalizados*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BLOCH, March. *FEUDAL SOCIETY VOL I The growth of ties of dependence*. Translated from the French by L. A. Manyon. ChristieBooks. This eBook published February 2016. Kindle.

_____. *FEUDAL SOCIETY VOL II: Social Classes and Political Organisation*. Translated from the French by L. A. Manyon. ChristieBooks. This eBook published February 2016. Kindle.

BRUBAKER, Rogers. *Citizenship and Nationhood in France and Germany*. 1992.

CÍCERO. *Da República*. Montecristo. Editora. 2020. Kindle.

CROOK, J. A. *Law and Life of Rome*. Ithaca: Cornell University Press. 1967.

FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1961.

GARNSEY, Peter. *Ideas of Slavery from Aristotle to Augustine*.

HERÓDOTO. *História, volume 1*; tradução J. Brito Broca ; estudo crítico vol. 1 Vítor de Azevedo. - 3. ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2019. 392 p. Edição Kindle.

HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções: 1789-1848*. São Paulo: Paz e Terra, 1990.

_____. *Nações e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade* (M. C. Paoli & A. M. Quirino, Trans.). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

LIVIO. Tito. *Histórias de Roma: as origens de Roma e a realeza*. Edição em português. Kindle.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 2003. (Colocar edição e editora local)

MILLER, David. *On Nationality*. 1995. (Colocar a edição e editora)

MOMMSEN, Theodor. *Römisches Staatsrecht*. (Colocar a edição e editora)

OSIANDER, Andreas. *Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth*. Cambridge University Press, 2001. Edição Kindle

SAID, Edward W. *Cultura e imperialismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SOYSAL, Yasemin. *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*. 1994.

SPINDLER, Hans. *A formação dos Estados Nacionais na Europa Moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TILLY, Charles. *Coercion, Capital, and European States, AD 990–1992*. Blackwell, 1992.

TUCÍDIDES, Filho de Oloro. *História da Guerra do Peloponeso* (Portuguese Edition) p.232 Convivim Editorial, Brasil – 2024. 1ª edição eletrônica formato Kindle

WEDGWOOD, C. V. *The Thirty Years' War*. New York Review Books. 2005.

WILSON, Peter. *Europe's Tragedy: A History of the Thirty Years War*. London: Penguin Books. 2009.

Lista da Jurisprudência e opiniões consultivas citadas

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). Caso Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), 1955. Relatório da Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/case/18>. Acesso em: 13 de dezembro de 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Caso Yean e Bosico v. República Dominicana, 2005. Sentença de 8 de setembro de 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_por.pdf (Acesso em 13 de dezembro de 2024).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Ivcher Bronstein vs. Peru*. 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_74_por.pdf (Acesso em 16 de dezembro de 2024).

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). Caso Genovese v. Malta, 2011. Sentença de 2011. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-355> (Acesso em 13 de dezembro de 2024).

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS (SCOTUS). Caso Wong Kim Ark v. United States, 1898. Decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/169/649/> (Acesso em 13 de dezembro de 2024).

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO ITALO-AMERICANA. Caso Mergé (Estados Unidos v. Itália), 1955. REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS. Disponível em https://legal.un.org/riaa/cases/vol_xiv/236-248.pdf (Acesso em 13 de dezembro de 2024).

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO ITALO-AMERICANA. Caso Flegenheimer (Estados Unidos v. Itália), 1958. Relatório da Comissão de Conciliação Italo-Americana. Disponível em https://legal.un.org/riaa/cases/vol_xiv/327-390.pdf (Acesso em 13 de dezembro de 2024).

CENTRO INTERNACIONAL PARA SOLUÇÃO DE DIFERENDOS RELATIVOS A INVESTIMENTOS (ICSID). Caso Soufraki v. Emirados Árabes Unidos (ARB/02/7), 2007. Sentença do ICSID. Disponível em: https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/c213/dc1553_en.pdf (Acesso em 19 de outubro de 2008 e 13 de dezembro de 2024).

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). Opinião Consultiva sobre Refugiados e Pessoas Apátridas, 1951. Relatório da Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2023/08/20/future-bleak-rohingya-bangladesh-myanmar> (Acesso em 13 de dezembro 2024).

INTERNATIONALCRIMINALCOURT.Bangladesh/Myanmar.<https://www.icc-cpi.int/victims/bangladesh-myanmar> (Acesso em 13 de dezembro de 2024).

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Gambia vs Myanmar. Rohingya Genocide. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/case/178> (Acesso em 13 de dezembro de 2024).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DOMINICANA. Decisão sobre a nacionalidade de descendentes de haitianos, 2013. Decisão do Tribunal Constitucional da República Dominicana. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_por.pdf (Acesso em 14 de dezembro de 2024).

CORTE PERMANENTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Opinião Consultiva sobre os Decretos de nacionalidade da França para as populações da Tunísia e do Marrocos. Disponível em https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_04/Decrets_de_nationalite_promulgues_en_Tunisie_et_au_Maroc_Avis_consultatif_1.pdf (Acesso em 13 de dezembro de 2024).

DIGITAL DEMOCRACY AND DEEPPAKE NEWS

DEMOCRACIA DIGITAL E NOTÍCIAS FALSAS

Marisa Almeida Araujo¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/5997-D883>

Abstract: It is undeniable that in every aspect of our lives, individually and as members of the society, Artificial Intelligence (AI) plays, nowadays, a critical role. Either positively or negatively, AI is redesigning the world as we know it but, also, our own place in it, and our sense of selves. From our virtual personal assistants and self-driving vehicles to robots (and robotic industry), to health care, economy, health, privacy, military, and many other sectors including information, AI is here to stay and there is no turning back. In the information domain, in particular the phenomenon of disinformation from the fake news arena, powered by social media, a new level of potential threats to Human Rights arose. The so-called deepfakes rely on an AI represented/ manipulated virtual reality. Deepfakes are a type of synthetic media based in AI technology that produces content that does not exist. It is a product of deep learning, and the process employs Generative Adversarial Networks (GANs) that produces original (and realistic) content that can easily deploy our perception of what is real, or it is not, what is truth or what is not. National and International Institutions are addressing and trying to deal with this next level of disinformation, within a Human Rights' legal framework, although the route is treacherous, and it calls for innovative approaches. In this chapter we have analysed the potential negative impact of deepfakes within the context of social media networks. In particular, it is aimed to discuss the risks of deepfakes to Human Rights, in particular the right to know and free speech, considering the hard and soft law approach of the European Union.

Keywords: Digital Democracy; Artificial Intelligence; Deepfakes; [Dis]information; Right to Know; Freedom of Expression.

¹ Professor at the Faculty of Law of Lusíada University, in Porto, Portugal; Deputy-director and Integrated Researcher at CEJEIA (Centre for Legal, Economic, International and Environmental Studies) Orcid: 0000-0002-9226-4753. almeidaaraujo@por.ulusiada.pt

Resumo: *É inegável que a Inteligência Artificial (IA) e os sistemas de IA assumem uma efetiva influência em todos os aspetos das nossas vidas, quer individualmente, quer como membros da sociedade. Seja de forma positiva ou negativa, a verdade é que a IA está a redesenhar o mundo e a nossa compreensão sobre o mesmo, em todas as suas dimensões, bem como ao nosso lugar e à nossa própria compreensão sobre nós e os outros. Desde os assistentes virtuais a veículos autónomos, aos robots (e indústria robótica), aos sistemas e cuidados de saúde, economia, saúde, privacidade, meios militares e muitos outros afloramentos, como seja a informação, a verdade é que a IA nos conduz para um novo (e irreversível) caminho. No domínio da informação, e em particular, na questão da desinformação na arena do denominado fenómeno das notícias falsas, musculado nas redes sociais, parece desencadear-se um novo nível de ameaça aos direitos humanos. Concretamente, as denominadas deepfakes news que constituem uma realidade virtual representada/ manipulada através de sistemas de IA. As deepfakes correspondem a um tipo de notícias sintéticas baseadas em tecnologia de IA que produzem conteúdos que não existem. É um produto de deep learning, e o processo recorre a Generative Adversarial Networks (GANs), que produz conteúdos originais (altamente realistas), mas falsos, que facilmente podem gerar engano, passando como sendo verdadeiros. Fica em causa a nossa capacidade crítica se perceber se o conteúdo é, ou não, verdadeiro. Instituições nacionais e internacionais encaram a questão, também, ao nível da desinformação e partilha de conteúdos falsos, e a mesma pode ser analisada no âmbito do quadro de direitos humanos que impõe a necessidade de abordar a questão e de a analisar dentro de uma abordagem também ela inovadora, no sentido de lidar com as particulares vicissitudes das deepfakes. Neste artigo, e respondendo à questão das deepfakes, no concreto contexto das redes sociais, como eventual ameaça ao direito à informação, mas também, a ponderação com a liberdade de expressão e eventuais riscos censórios, analisamos os riscos e potenciais soluções face aos quadros de hard e soft law existentes, mormente ao nível da União Europeia.*

Palavras-chave: Democracia digital; Inteligência Artificial; Deepfakes; [Des]informação; Direito à informação; Liberdade de expressão.

Summary: Introduction. Deepfakes. An overview. Deepfakes and Human Rights. Regulatory responses to deepfakes. Digital literacy. Conclusions. Funding. References.

Sumário: Introdução. Notícias falsas. Uma visão geral. Notícias falsas e direitos humanos. Respostas regulamentares às notícias falsas. Literacia digital. Conclusões. Financiamento. Referências.

Introduction

Artificial Intelligence (AI) ^{2, 3, 4} is challenging our place in the world

² The European Commission's Communication on AI defines AI as "[...] *systems that display intelligent behavior by analyzing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals.*" (European Commission, 2018)

Although the question does not have a simple answer. For instance, after a few months of the former definition the European Commission's High-Level Expert Group on Artificial Intelligence defined AI and ended up proposing a new updated definition, that "[...] *refers to systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital world by perceiving their environment, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge derived from this data and deciding the best action(s) to take (according to pre-defined parameters) to achieve the given goal. AI systems can also be designed to learn to adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions. As a scientific discipline, AI includes several approaches and techniques, such as machine learning (of which deep learning and reinforcement learning are specific examples), machine reasoning (which includes planning, scheduling, knowledge representation and reasoning, search, and optimization), and robotics (which includes control, perception, sensors and actuators, as well as the integration of all other techniques into cyber-physical systems).*" (European Comission's High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, 2018, p. 1)

On 2021, the EU Draft Act on AI, in its article 3, point 1, defines AI system as a "[...] *software that is developed with one or more of the techniques and approaches listed in Annex I and can, for a given set of human-defined objectives, generate outputs such as content, predictions, recommendations, or decisions influencing the environments they interact with.*" Although, already on 2022, the European Committee of the Regions published amendments to the AI draft, including the definition itself.

³ For the USA's National Artificial Intelligence Initiative Act of 2020 defines AI as "[...] *a machine-based system that can, for a given set of human-defined objectives, make predictions, recommendations or decisions influencing real or virtual environments. Artificial intelligence systems use machine and human-based inputs to –*

(A) *perceive real and virtual environments;*

(B) *abstract such perceptions into models through analysis in an automated manner;*

(C) *use model inference to formulate options for information or action.*"

(National Artificial Intelligence Initiative Act of 2020 , 2020, pp. Division E, Section 5002, (3))

⁴ AI include automated machine learning (AutoML) and machine learning (ML).

Auto ML "[...] *refers to the tools and processes which make it easy to build, train, deploy and serve custom machine learning models.*" (Qlik)

Machine Learning is the "[...] *use of algorithms that find a pattern in data without explicit instructions*" is machine-learning and "[a] *system might learn how to associate features of inputs such as images with outputs such as labels.*" (Hutson, 2017, p. 19)

ML can be sub-categorized into three types of learning: supervised learning, unsupervised learning, and reinforced learning. (Bartneck, Lütge, Wagner, & Welsh, 2021, p. 25)

as well as our self-sense, and how we deal with others and other *beings*.

At the top of the food chain, there are now other forms of intelligence. Many are already questioning, for instance, if we should/ could seek to develop a moral and legal standing for rights for robots (Gellers, 2021).

Truth is that our lives are different, and, in general for the better, as we deepen our bond with AI and AI based systems, and the promises for an enhanced and improved life are enormous. There is no turning back.

The growth of *techne* assumes a primordial significance in the human purpose (Hans, 1984, p. 9). The new *homo faber*, can be (is) exceeded by AI super-intelligence (Barrat, 2013, p. 13), vastly greater than organic intelligence (Bostrom N. , 2017 (first published 2014), p. 53), and there is a considerable risk that the human species – or some of its specimens ⁵ – become the new *homo sacer* ⁶.

In fact, for instance, cognitive computing is *potentially* able to imitate or overcome human cognitive capacities, “[...] on the basis of algorithms ⁷ that embody ‘machine learning’ or even ‘deep learning’ ⁸, using ‘neural networks’ ⁹ that mimic the functioning of the human brain” (World Commission in the Ethics of Scientific Knowledge and Technology, 2019, p. 3).

A transformation program that can include a (not so utopic) cyborg scenario (Figueiredo, 2021, p. 29).

In a transhumanist perspective, the “*Homo Sapiens Sapiens accède au gouvernement de sa propre constitution*” (Sève, 2006, p. 81) to the new stage of human evolution, the *Homo Artificialis* and the liberation of human be-

⁵ Reminding a new risk of (technological) eugenics.

⁶ Making a comparison to the book of Giorgio Agamben (Agamben, 1998 (originally published in 1995)).

⁷ The algorithms are a “*finite sequence of formal rules (logical operations and instructions) making it possible to obtain a result from the initial input of information. This sequence may be part of an automated execution process and draw on models designed through machine learning.*” (European Commission for the Efficiency of justice, 2018)

⁸ Deep learning is based on ANNs of several layers. The layers “[...] enables the machine to recognize complex concepts such as human faces, human bodies, speech understanding and all types of images classification.” (World Commission in the Ethics of Scientific Knowledge and Technology, 2019, p. 7)

⁹ Artificial neural networks (ANNs) “[...] are computing systems vaguely inspired by the biological neural networks that constitute animal brains.” (European Commission for the Efficiency of Justice, 2018, p. 73)

ings (Bostrom N., 2003) ^{10, 11}. Within this vision of the evolution of the (human) species, each individual is free ¹² to explore his maximum potential ¹³ and “[...] *l’usage des sciences et des techniques pour “améliorer” nos performances physiques et mentales*” (Terence, 2016, p. 16). There in an “[...] *d’appel est l’immortalité*” (Terence, 2016, p. 16).

A scenario of transcendence of human nature to the H+ and the post-human era (Fukuyama, 2002) (Buchanan, 2011).

To the followers of Singularity ¹⁴ AI will eventually “[...] *merge with human brains and become an all-seeing, all-powerful, super-intelligence. For true believers, computers will augment and extend our thoughts into a kind of “amortality.”*” (Ito, 2018, p. 4).

Within this *race* between AI and human beings, AI-guided genetic-engineered nanotechnology, and robotics (AI-GNR) presents itself as a technological transformative-revolution (Monlezun, 2020) including the transformation or, for some, an improvement, of the human body and the human self. Of ours and the selves of the future generations to whom we have the responsibility to guarantee, in our decisions today, *their* dignity and an *open future*. As Habermas says, an imperative due to *anticipatory socializations* (Habermas J. , 2008, p. 37).

The potential risks, especially within the AI *black box* ¹⁵, are also palpable. Following Powers and Ganascia, we can categorize AI challenges into five

¹⁰ According to the Transhumanist Declaration, personal choices and the use of technology are not to be limited. The text of the Declaration is available at <https://humanityplus.org/transhumanism/transhumanist-declaration/> (last accessed on March 21, 2020).

¹¹ The first transhumanist declaration from Fereidoun Esfandiary is from 1978: «*Nous voulons accélérer l’avancée de l’humanité jusqu’à la prochaine étape de son évolution*» (Terence, 2016, p. 28).

¹² The absolute freedom is to recognize «[...] *la dignité humaine consiste d’abord à éviter la souffrance, l’humiliation, la vieillesse et la mort*» (Terence, 2016, p. 54).

¹³ «*Les prothèses perceptives, la biologie de synthèse, les exosquelettes contrôlables par implants cérébraux, la numérisation de la mémoire, l’intelligence artificielle, les cellules-souches, les compléments chimiques visant à mieux «maîtriser» son vieillissement, ses humeurs, sa concentration, les nanorobots cérébraux, la bionique, autant de secteurs de recherche en plein essor qui vont dans le sens de la «civilisation» que le transhumanisme appelle de ses vœux et s’emploie à favoriser*» (Terence, 2016, p. 19).

¹⁴ Singularity “[...] *is a religion created by people who have the experience of using computation to solve problems heretofore considered impossibly complex for machines.*” (Ito, 2018, p. 4)

¹⁵ “*A computational tool in which you understand the input and output but not the underlying procedure*” (Barrat, 2013, p. 75)

categories “conceptual ambiguities, the estimation risks, implementing machine ethics, epistemic issues of scientific explanation and prediction, and oppositional versus systemic ethics approaches” (Powers & Ganascia, 2020, p. 29). Dealing with all of them is not only a challenge, but it also requires coordinated efforts, at an international level, and innovative solutions and commitments.

These are some of the examples how AI, in general, can influence our lives and, mostly, our sense of selves. As Habermas puts it, the intervention in human creation and the control over human nature that can lead to “changes [in] the overall structure of our moral experience” and the understanding of the individual’s self (Habermas J. , 2008, p. 28).

Harari talks about authority and the technological revolution, and how algorithms authority can undermine individual freedom (Harari, 2017). In the 2019 report, Thorbjørn Jagland called for the benefits of AI and AI based systems but also claimed that “[t]he risks that accompany these innovations should not be ignored. People are right to ask whether a society driven by statistical models and machine learning might remain human but stop being humane” (Jagland, 2019, p. 31).

Considering the tangible impacts of AI, both positive and negative, a regulatory framework is imperative¹⁶. Besides the soft law approaches that we have witnessed until now, hard law regulatory efforts have been delivered. The European Union for instance, already recognized the need to build a strategy for AI in a human-centric approach and trustworthy AI¹⁷, and the approach to AI has been consistent and coordinated.

Within the context of AI and the impact on Human Rights, one of the issues is related to deepfakes. In fact, AI systems are much more capable to subvert information, enhanced by digital tools.

Our right to know can be at risk since deepfakes jeopardises freedom of choice and our right to receive truthful information without interference.

Technology used to blur the lines of truth and reality.

Deepfakes. An overview.

The month of October 2022 ended with the news that Elon Musk had bought Twitter. A \$44 billion deal that hit the news headlines all over the world, and “the bird is free”, Musk tweeted, since he claims he is a “free speech absolutist”.

Reactions were immediate. One loud voice was from Thierry Breton, the European Commissioner for the internal market. The Commissioner

¹⁶ In the European Union a major milestone was achieved with the draft of the AI Act.

¹⁷ It was one of the political guidelines for the next European Commission 2019-2024 of Ursula von der Leyen, a “Europe fit for the digital age” (Leyen, 2019).

advised Musk to be aware of the European Union digital regulations, in particular the Digital Services Act that comes into force in 2024.

This headline is just an example to set the tone about the dubious line that we deal with when talking about *fake news*, which we discuss here in a new perspective and *coloration* of deepfakes, and free speech.

Although the first question to answer is: What are deepfakes?

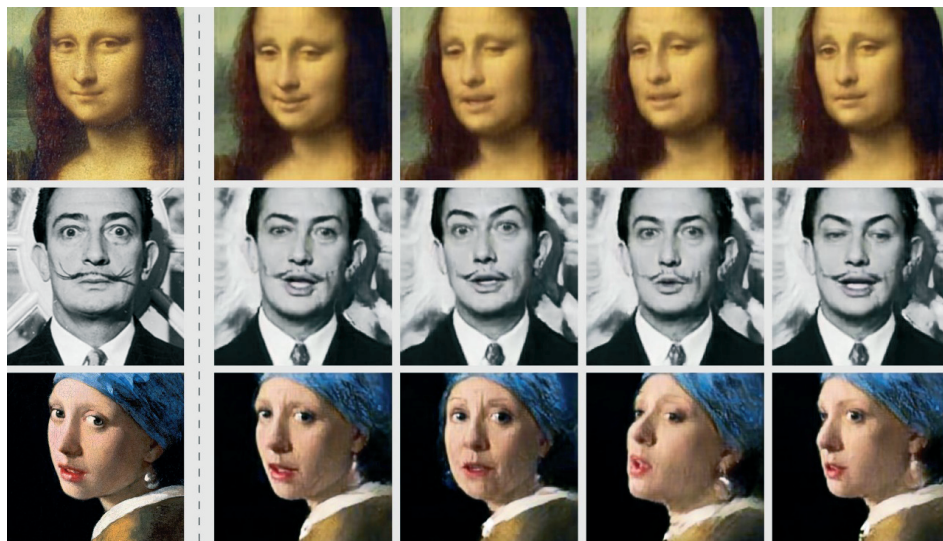
Deepfakes are a combination of deep learning and fake. It can be defined “[...] *within the intersection of technology and communication and/or visual representation as ‘a technology that uses Artificial Intelligence to produce or edit contents of a video or an image’ [...]*” (Kalpokas & Kalpokiene, 2022, p. 55).

Technically, an image is morphed into another image or video to produce content that does not exist. It is a product of deep learning, and the process employs Generative Adversarial Networks (GANs) that can produce novel content. GANs was invented by Ian Goodfellow, a Google researcher, and are “[...] *essentially pit two neural networks against each other: one as a “generator” and the other as a “discriminator.”*” (O’Halloran, 2021, p. 14)

Deepfakes are understood as a type of synthetic media. It means media that is manipulated or generated by AI and AI based technology. Specifically, machine learning and “[...] *algorithms work on massive data sets – fairly convincing deepfake can be done with few as 300 images [...]*” (Çolak, 2021).

Although, high-quality deepfakes can be generated by few images or, potentially by a single image. Egor Zakharoc, Aliaksandra Shysheya, Egor Burkov and Victor Lempitsky presented a system with few-shot or one-shot capability.

The system “[...] *performs lengthy meta-learning on a large dataset of videos, and after that is able to frame few- and one-shot learning of neural talking head models of previously unseen people as adversarial training problems with high capacity generators and discriminators. Crucially, the system is able to initialize the parameters of both the generator and the discriminator in a person-specific way, so that training can be based on just a few images and done quickly, despite the need to tune tens of millions of parameters. We show that such an approach is able to learn highly realistic and personalized talking head models of new people and even portrait paintings.*” (Zakharoc, Shysheya, Burkov, & Lempitsky, 2019)



Source: (Barder, 2019)

Egor Zakharov, Aliaksandra Shysheya, Egor Burkov and Victor Lempitsky

This content can be released, and, especially on social media, it spreads immediately and rapidly, worldwide.

To maximize the potential the “*Digital Influence Machine*” has the aim to make the message reach the *right* people (Nadler, Crain, & Donovan, 2018, p. 3).

In fact, deepfakes are a relatively recent phenomenon but are becoming increasingly popular. The technology is becoming better and cheaper (Ajder, Patrini, Cavalli, & Cullen, 2019, p. 3) and new trends, including business trends, are emerging. In addition, the range of *consumers* is becoming wider and avid for new contents.

The term was first presented by the a Reddit user u/ deepfakes¹⁸ (Ajder, Patrini, Cavalli, & Cullen, 2019, p. 3), although they were presented to the academic community by Thies, Zollhofer, Stamminger, Theobalt, and Nießner with the paper “*Face2Face: Real-time Face Capture and Reenactment of RGB Videos*” (Thies, Zollhofer, Stamminger, Theobalt, & Nießner, 2016).

The authors presented, for the first time, a real-time facial re-enactment system, and the technology developed “[...] allows for person A (called the “source”) to control facial expressions of person B (called the “target”) in a recording in the sense that realistic looking video images are produced of person B “mimicking” the expressions actually made by person A.” (Ruiter, 2021, p. 1314)

¹⁸ Posting online content about celebrities.

Research shows that the majority of deepfakes online have a pornographic content. In fact, the percentage of deepfake videos online with pornographic content reached a shocking percentage of 96% (Ajder, Patrini, Cavalli, & Cullen, 2019, p. 1). In the appalling conclusion of Ajder, Patrini, Cavalli, and Cullen deepfake technology is being weaponized against women, and is becoming increasingly commodified.

A new (technological) form of increasing gender discrimination that arises from an intersectional ¹⁹ analysis between sex and gender within the phenomenon of deepfakes. Arising, within this context, a new formula to women's exploitation that undermines women's rights and empowerment.

We can understand immediately the implications of deepfake news around consent for instance, although truth is that repercussions can be even wider. An issue commonly referred to is cybersecurity. Cyberattacks are being enhanced by deepfakes, including in espionage.

In addition, in the political arena deepfakes are becoming a worrying trend.

Probably two of the most well-known examples of deepfakes is the video of a drunk Nancy Pelosi ²⁰ and, recently, also a deepfake video of the Ukrainian President, Volodymyr Zelensky, telling his country people to surrender ²¹.

Let us consider political deepfakes. If fake news, in general, have the ability to threat democracy itself, deepfakes not only can be used to the same goal but also enhance the potential alarmingly.

In democratic processes, the misuse of AI is not new. Just consider electoral manipulation narratives. Sam Gregory from WITNESS ²² also refers to "Shallowfakes" manipulation.

The Cambridge Analytica scandal is one of the most palpable examples. It exposed unlawful "[...] harvest Facebook data from millions of voters in the United Kingdom, the United States, and elsewhere enable malign actors to engage in political micro-targeting through the use of AI-driven social media content distribution systems [...]" (Yeung, Howes, & Pogrebna, 2020, p. 78)

¹⁹ The concept was introduced by Kimberlé Crenshaw in "Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color".

²⁰ See <https://www.reuters.com/article/uk-factcheck-nancypelosi-manipulated-idUSKCN24Z2BI> [last accessed May 2, 2022]

²¹ See <https://nypost.com/2022/03/17/deepfake-video-shows-volodymyr-zelensky-telling-ukrainians-to-surrender/> [last accessed May 6, 2022]

²² Human rights organization. Work and projects available at <https://lab.witness.org/> [last accessed September 18, 2022].

The scandal had worldwide proportions and it showed how is easily possible to interfere with democratic election processes and influence political decisions. One of the clearest examples of the last years were the 2016 and 2020 US presidential elections.

A study of Hunt Allcott and Matthew Gentzkow about the 2016 American elections reveals that fake news “[...] *was both widely shared and heavily tilted in favour of Donald Trump.*” (Allcott & Gentzkow, 2017, p. 212)²³.

The authors do not claim or conclude that fake news have been pivotal in the 2016 US presidential election but it was estimated that the average of US adult read, at least, one “fake news article during election period with higher exposure to pro-Trump articles” Article 19 – to the International Covenant on Civil (Allcott & Gentzkow, 2017, p. 232) .

One thing is for sure, within the deepfakes arena, the hyperrealism poses a different (in the sense of riskier) level of menace.

What to do if we cannot trust what we see or hear anymore?

Deepfakes and Human Rights

AI and AI systems, fuelled by big data ²⁴, are much more capable to subvert information and condition our choices, jeopardise freedom of choice and our right to receive truthful information without interference.

It is undeniable that, in every aspect of our lives, individually and as members of society, algorithms play, nowadays, a critical role including the information *selected* to us, but also to the way we analyze and interpret data and, subsequently, the decisions we make ²⁵.

²³ The authors data base “[...] *contains 115 pro-Trump fake stories that were shared on Facebook a total of 30 million times, and 41 pro-Clinton fake stories shared a total of 7.6 million times.*” (Allcott & Gentzkow, 2017, p. 212)

²⁴ “[R]efers to large amount of data produced very quickly by a number of diverse sources. Data can either be created by people or generated by machines, such as sensors gathering climate information, satellite imagery, digital pictures and videos, purchase transaction records, GPS signals, and more.” (European Commission. (2021, December 13). Big Data. Retrieved February 15, 2022, from <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/big-data>).

In the paper published by Sabyasachi Dash, Sushil Kumar Shakyawar, Mohit Sharma e Sandeep Kaushi, «*International Data Corporation (IDC) estimated the approximate size of the digital universe in 2005 to be 130 exabytes (EB). The digital universe in 2017 expanded to about 16,000 EB or 16 zettabytes (ZB). IDC predicted that the digital universe would expand to 40,000 EB by the year 2020*» (Dash, Shakyawar, Sharma, & Kaushik, 2019)

²⁵ AI has already a profound influence in many aspects of our lives and concerns related to the lack of transparency and/ or information, discrimination, or bias, affect people’s trust on AI systems.

In times where information is easily disseminated, and, also in times in which individuals depend increasingly on digital information, deepfakes represent deep ethical and legal queries.

Bobby Chesney and Danielle Citron categorize the harmful uses of deepfake technology into two categories. Harm to individuals and organizations and harm to society. (Chesney & Citron, 2019)

In the harm to individuals and organizations chapter, the authors include exploitation and sabotage. In the chapter of harm to society the list is long. The authors address to potential risks the distortion of the democratic process, manipulation of elections, eroding trust in institutions, exacerbating social divisions, undermining public safety and diplomacy, jeopardizing national security and undermining journalism.

The authors conclude that a great deal of creativity is needed to address the issues and, even if deepfakes are a technological twist to a social ill, quoting the authors, the phenomenon is more profound. Since “[c]redible yet fraudulent audio and video will have a much-magnified impact, and today’s social media-oriented information environment interacts with our cognitive biases in ways that exacerbate the effect still further.” (Chesney & Citron, 2019, p. 1819)

We can understand and relate to Adrienne de Ruiter to the conclusion that “[...] *deepfake technology and deepfakes are morally suspect, but not inherently morally wrong.*” (Ruiter, 2021, p. 1328) Although the problematic of deepfakes – especially in the Human Rights context – jeopardizes cherished values of a democratic society.

Deepfakes, even consensual ones, do not have a neutral nature and address them is imperative. May Anne Franks and Ari Ezra Waldman conclude that deepfake manipulation is a deliberate form of deceptive speech that jeopardizes a society that values the pursuit of truth (Franks & Waldman, 2019, p. 894).

Nadine Ajaka, Glenn Kessler, and Elyse Samuels from the Washington Post presented the fact checker’s guide to manipulated video to set “[...] *a universal language to label manipulated video and hold creators and sharers of this misinformation accountable*” (Ajaka, Kessler, & Samuels, 2019). The authors present three categories: missing context (misrepresentation and isolation), deceptive editing (omission and splicing), and malicious transformation (doctoring and fabrication).

In fact, right to information is widely recognized and a central pillar of healthy democracies.

From the Universal Declaration of Human Rights – Article 19 – to the International Covenant on Civil and Political Rights. It states that “*everyone shall have the right to hold opinions without interference*”, and “*everyone*

shall have the right to freedom of expression". This right "[...] shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice" (Article 19) and endorsed by other international human rights instruments. E.g. by the Resolution 59 of the UN General Assembly adopted in 1946.

Article 19 of the International Covenant includes freedom of expression as the right to speak, and free speech is dominated – in the deepfakes – by fraudulent information. The said Article also includes freedom of expression as the freedom of the press, and as the right to know.

Within this last dimension – right to know – it can be included the:

"[R]ight to access all media, internet, art, academic writings, and information held by government;

[R]ight to use when demanding rights to health, to a clean environment, to truth and to justice" (Article 19, 2016, p. 14)

The 2016 principles on Right to Information Legislation provide a set of nine principles: maximum disclosure, obligation to publish, promotion and open government, limited scope of exceptions, processes to facilitate access, costs, open meetings, disclosure takes precedent and protection of whistle-blowers. (Article 19, 2016).

Jeopardizing the right to information, the democratic process is also under attack, deceiving people to take informed decisions, eroding trust in institutions and organizations, and misleading people in becoming active citizens, participating in the public debates, and taking a stand on responsible decision-making processes.

In addition, the European Convention on Human Rights addresses freedom of expression (article 10) stating that *"[e]veryone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers."* In addition, article 11 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, shares the same commitment to freedom of expression.

The European Court on Human Rights has been (also) dealing with digital transformation.

Although, the Strasbourg Court has been struggling with article 10 within the digital disinformation. As pointed out by Ethan Shattock, in the case *Times Newspapers Ltd v. The United Kingdom*, *"[...] the ECtHR pointed out that a restrictive "Internet publication rule" could amount to an interference, both with the right to express opinions and to receive and impart information and ideas"*. (Shattock, p. 9)

Besides the information ground, consent and privacy are also associated to deepfakes, truth is that the manipulation of reality and the production of fake information has also a severe impact within individuals or groups of individuals.

Marginalized groups, women, children, LGBTI community and the most vulnerable of the society are particularly exposed to the downsides of deepfakes. These individuals and groups are particularly unprotected to deepfakes and easily targeted in biased deepfake contents.

Framing deepfakes in the Human Rights arena and considering the particular impact it has on (Digital) Democracy and the Rule of Law, we can understand how profound the issues are.

As Habermas points out, the process of translation between science – in this case we use it in the sense of technological advances – and politics is, at the end, a matter of public opinion (2015 (First Published 1968), p. 121). What to do when we can deceive public opinion and create a parallel (false) reality to merge in the real world? How can we take decisions, be part of the democratic process and, at the end, be responsible, if reality is stolen?

Our own sense of auto-comprehension is undermined and our place in the world is not as rational as we might think. This is the commodification of the human being. The control of the human being, the human nature, and an overall change in our moral experience.

Regulatory responses to deepfakes

In 2021, the European Commission run a public consultation (from October 2021 to January 2022) on the inception impact assessment about the Commission's plans to the initiative of adapting liability rules to the digital age and circular economy ²⁶. The report emphasizes the challenges created in terms of liability of the new digital technologies.

The 2021 Communication from the European Commission addressed the necessary deployment of trustworthy AI as a pre-condition for Europe's future competitiveness and prosperity ²⁷.

²⁶ European Commission. (2021, June 30). *Adapting liability rules to the digital age and circular economy*. Retrieved March 25, 2022, from file:///C:/Users/almeidaaraujo/Downloads/090166e5df292bd3.pdf.

²⁷ European Commission. (2021, April 21). *Communication from the Commission to the European Parliament, the council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions: Fostering a European approach to Artificial Intelligence (COM(2021) 205 final)*. Retrieved April 2, 2022, from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM%3A2021%3A205%3AFIN>.

The European Parliament adopted several resolutions on AI, e.g., on the matters of ethics²⁸, civil liability²⁹, intellectual property³⁰, criminal law and AI use by the police and judicial authorities in criminal matters³¹, and education, culture, and audio-visual sector³².

In 2019, the Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence set up by the European Commission released their Ethics Guidelines for a Trustworthy AI³³. In the report, the group establishes three main components for a trustworthy AI.

It should be lawful, ethical, and robust.

The European Commission has driven a regulatory effort to deal with AI in general, but also disinformation. The Code of Practice on Disinformation³⁴ signed by Facebook or Twitter, among others, is a clear commitment to address disinformation within their platforms.

The Code was created in 2018 and was the first self-regulatory aimed to address the spread of online disinformation. Already in 2022, the signatories brought a Strengthened Code of Practice³⁵. The goal is to set

²⁸ European Parliament. (2020, October 20). *Resolution on a framework of ethical aspects of artificial intelligence, robotics and related technologies (2020/2012(INL))*. Retrieved January 5, 2022, from https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_EN.html.

²⁹ European Parliament. (2020, October 20). *Resolution on a civil liability regime for artificial intelligence, (2020/2014(INL))*. Retrieved January 5, 2022, from https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.html.

³⁰ European Parliament. (2020, October 20). *Resolution on intellectual property rights for the development of artificial intelligence technologies (2020/2015(INI))*. Retrieved January 5, 2022, from https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277_EN.html.

³¹ European Parliament. (2021, October 6). *Artificial intelligence in criminal law and its use by the police and judicial (2020/2016(INI))*. Retrieved January 5, 2022, from https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405_EN.pdf.

³² European Parliament. (2021, May 19). *Resolution on artificial intelligence in education, culture and the audiovisual sector (2020/2017(INI))*. Retrieved January 7, 2022, from https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0238_EN.html.

³³ Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence to the European Commission. (2019, April 8). *Ethics Guidelines for a Trustworthy AI*. Brussels. Retrieved February 15, 2022, from <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/ai-ethics-guidelines.pdf>.

³⁴ Available at <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2018-code-practice-disinformation>

³⁵ Available at <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2022-strengthened->

more ambitious commitments and measures to online disinformation.

The new Code is broader and aims a combination with legislation on Transparency and Targeting of Political Advertisings ³⁶ and the Digital Services Act. The 2022 Code contains 44 commitments and 128 specific measures, including demonetising of disinformation, transparency, and empowerment of users, researchers, and fact-checking community.

Although, besides the soft law instruments there are also some hard law responses – not related specifically to deepfakes.

The AI Act ³⁷ clearly sets the goal to establish a legal and harmonized framework on the digital governance, set up in a risk-based approach ³⁸, considering the fundamental rights of the EU ³⁹, and the values of the Un-

code-practice-disinformation

³⁶ Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the transparency and targeting of political advertising (COM/2021/731 final) available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0731>

³⁷ Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS (COM/2021/206 final) available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>.

³⁸ Three levels of risk: unacceptable risk; high risk; and low/minimal risk. Under Title II of the AI Act, article 5 lists prohibited AI systems considering the unacceptable risk to society, including systems that distort a person's behavior, exploits any vulnerabilities of a specific group, social scoring.

High-Risk AI Systems are classified in article 6 and are considered as such when fulfilling two conditions:

“(a) the AI system is intended to be used as a safety component of a product, or is itself a product, covered by the Union harmonization legislation listed in Annex II;

(b) the product whose safety component is the AI system, or the AI system itself as a product, is required to undergo a third-party conformity assessment with a view to the placing on the market or putting into service of that product pursuant to the Union harmonization legislation listed in Annex II.”

These AI systems are not prohibited although a strict regulation is proposed.

The low/minimal risk AI systems are the ones that are not prohibited nor the ones that are considered high-risk. Although the Act encourages, in its article 69, the

“[...] drawing up of codes of conduct intended to foster the voluntary application to AI systems other than high-risk AI systems of the requirements set out in Title III, Chapter 2 on the basis of technical specifications and solutions that are appropriate means of ensuring compliance with such requirements in light of the intended purpose of the systems”

³⁹ Included at the Charter of Fundamental Rights of the European Union that brings together personal, civic, political, and also social and economic rights.

ion⁴⁰, to foster investment and innovation in AI, enhance governance and enforcement, and encourage the single European AI market.

A coordinated European approach to dealing with AI is on its way and reveals a commitment to a key dossier, putting EU as a world-leader in AI matters and setting a tone to Member-States in their national AI strategies.

The principle set by the Commission is that “*AI should work for people and be the force for good in society*”⁴¹, including the core values of the Union, summarized in the Pittsburgh Statement. Those core values include respect for human rights, environmental protection, the rule of law, non-discrimination, regulatory transparency, market-based commerce, and the freedom to innovate and to have innovations protected⁴².

The E-Commerce Directive⁴³ can also be applicable. For instance, it states, in its Article 13 that the service provider is not liable for the automatic, intermediate and temporary storage of that information, performed for the sole purpose of making more efficient the information’s onward transmission to other recipients of the service upon their request, on condition that he “[...] *acts expeditiously to remove or to disable access to the information it has stored upon obtaining actual knowledge of the fact that the information at the initial source of the transmission has been removed from the network, or access to it has been disabled, or that a court or an administrative authority has ordered such removal or disablement.*” [1 (e)]

The EU General Data Protection Regulation, in its article 5, states that personal data shall be accurate, and it “[...] *will apply to deepfakes, even if these are only generated using photographs made available by the victim (e.g. through sharing selfies on social media). This is despite the fact that, although they may be realistic, deepfakes may depict a hypothetical fantasy scenario which some people may not consider impacts their privacy. Where deepfakes go beyond images and contain confidential details (for example, if a deepfaked person ‘speaks’ to reveal private information belonging to the genuine individual) then those creating the deepfake may also amount to a breach of confidence and the tort of the misuse of private information.*” (Farish, 2020)

⁴⁰ Set out in Article 2 of the Treaty on European Union.

⁴¹ European Commission, White Paper on Artificial Intelligence, p. 25.

⁴² Shared by the US and included in the joint statement EU-US TTC that covered, among others, the issue of Trade Policy Cooperation towards Non-Market Economies (NMEs). EU-US Trade and Technology Council Inaugural Joint Statement, 2021.

⁴³ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘Directive on electronic commerce’) available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32000L0031>

Also, article 17 and the right to erasure is applicable.

In addition, the most recent European Commission Digital Services package addresses many of the issues of online environment. It will require, for instance, that tech companies to ensure to take down material related, for example, to hate speech, terrorism, children pornography and requires a vigorous content moderation system.

The Digital Services Act ⁴⁴ and Digital Markets Act ⁴⁵ aims to provide a safer digital space, in which the fundamental rights of users are protected, and guarantee innovation, growth, and competitiveness, not only in an European level, but also globally.

The regulatory efforts are dedicated to ensure a more transparent, trustworthy and safe online environment.

Digital literacy

In another work ⁴⁶ related broadly to AI, we have concluded that, besides legal regulatory solutions, one of the most effective answers is to promote public awareness and empowerment through education (Teixeira & Almeida Araújo), in particular to ensure Digital Democracy.

UNESCO aims to make AI part of everyone's lives and compel a democratic debate. In order to comply with Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights ⁴⁷ it is critical to ensure and include everyone's participation.

A democratic deliberation reflects an approach to not only collaborative decision-making but also a co-responsibility. A public debate depends on the information that the participants have to engage the debate and promote perceived legitimacy of the outcomes.

Science and technology are centerpieces in the modern political arena and to them, and to address ethical and legal queries, social participation is

⁴⁴ Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32019L0770>

⁴⁵ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC available at <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>

⁴⁶ To be published.

⁴⁷ 1. *Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits.*

2. *Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.*

imperative. They represent new routes that require technological democratization and, at the end, new layers of the citizenship role.

Public opinion and participation stamp democratic legitimacy. As UNESCO concludes, “[l]earning about the impact of AI systems should include learning about, through and for human rights and fundamental freedoms, meaning that the approach and understanding of AI systems should be grounded by their impact on human rights and access to rights, as well as on the environment and ecosystems.” (UNESCO, 2021, p. 23).

Also, the European Commission adopted a plan to enhance education related to labor market. The “New skills Agenda for Europe” (European Commission, 2016) and the “Digital Education action Plan” (European Commission, 2021). Enhance digital skills and competences for the digital transformation requires “[...] basic digital skills and competences from an early age digital literacy, including tackling disinformation computing education good knowledge and understanding of data-intensive technologies, such as artificial intelligence (AI) advanced digital skills, which produce more digital specialists ensuring that girls and young women are equally represented in digital studies and careers.” (European Commission, 2021).

A model of “Explainable Artificial Intelligence (XAI)” is relevant to all (Ebers, 2021) and the AI index Report from 2019 showed the trends in AI education (Stanford University, 2019).

Truth is that a democratic debate demands educated people, not only capable of understanding the information, but also make critical assessments about it.

The “digital divide” can exacerbate inequalities, bias, and exclusion.

The Committee of Ministers encouraged Member States to promote digital literacy and enhance public awareness, “[s]pecifically, public awareness should be enhanced of the fact that algorithmic tools are widely used for commercial purposes and, increasingly, for political reasons, as well as for ambitions of anti- or undemocratic power gain, warfare, or to inflict direct harm;”⁴⁸

In addition, Von der Leyen is committed to, in her statement, make the European Education Area a reality by 2025, bringing down barriers to definition the European Commission’s High-Level Expert Group on Artificial Intelligence earning and improve access to quality education, aligning the efforts to the Sustainable Development Goals of the UN also in AI area (Leyen, 2019, p. 14).

⁴⁸ Committee of Ministers, 2019, Declaration by the Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes.

Conclusions

Deepfakes can present themselves as a serious risk to Human Rights, Democracy and the Rule of Law.

Cyberspace security is under attack with the malicious and growing misuse of deepfakes.

According to WITNESS, we do need to prepare for deepfakes. The Human Rights Organization presents twelve recommendations⁴⁹ to address the phenomenon, including human rights centric vision, global threat models, promote research, and ethical standards.

We have discussed some of the most concerning impacts of deepfakes and some of the regulatory instruments that can address them.

Although, alongside with soft and hard law approaches, we understand that a long-term solution is to develop and implement educational projects, around ethical requisites – homogenously common to all – to promote digital literacy, information and (empowered) public participation.

Funding

This work is financed by national funds by FCT - Foundation for Science and Technology, under the Project UIDB/04053/2020.

References

- Agamben, G. (1998 (originally published in 1995)). *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life* (2.^a Reimpressão ed.). (D. Heller-Roazen, Trans.) USA: Stanford University Press.
- Ajaka, N., Kessler, G., & Samuels, E. (2019, June 25). *Seeing ins't Believing. The Fact Checker's guide to manipulated video*. Retrieved September 26, 2022, from The Washington Post: <https://www.washingtonpost.com/graphics/2019/politics/fact-checker/manipulated-video-guide/>
- Ajder, H., Patrini, G., Cavalli, F., & Cullen, L. (2019, September). *Deeptrace. The State of Deepfakes. Landscape, threats, and Impact*. Retrieved September 7, 2022, from https://reg-media.co.uk/2019/10/08/deepfake_report.pdf
- Allcott, H., & Gentzkow, M. (2017). Social Media and Fake News in the 2016 Election. *Journal of Economic Perspectives*, 31 (2), pp. 211-236. doi:doi=10.1257/jep.31.2.211
- Article 19. (2016). *The Public's Right to Know. Principles on Right to Information Legislation*. Retrieved October 15, 2022, from https://www.article19.org/data/files/RTI_Principles_Updated_EN.pdf
- Barder, G. (2019, May 26). *Deepfakes Are Getting Better, But They're Still Easy to Spot*. Retrieved October 5, 2022, from Wired: <https://www.wired.com/story/deepfakes-getting-better-theyre-easy-spot/>
- Barrat, J. (2013). *Our Final Invention: Artificial Intelligence and the End of the Human Era*.

⁴⁹ All the recommendations are available at <https://lab.witness.org/projects/synthetic-media-and-deep-fakes/> [last accessed September 22, 2022]

New York: St. Martin's Press.

Bartneck, C., Lütge, C., Wagner, A., & Welsh, S. (2021). *An Introduction to Ethics in Robotics and AI*. Springer.

Bostrom, N. (2003). *The Transhumanist FAQ - A General Introduction - Version 2.1*. Retrieved September 9, 2020, from World Transhumanist Association: <https://www.nick-bostrom.com/views/transhumanist.pdf>

Bostrom, N. (2017 (first published 2014)). *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*. Oxford: Oxford University Press.

Buchanan, A. (2011). *Beyond humanity?* Oxford: Oxford University Press.

Chesney, B., & Citron, D. (2019). *Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security*. In "California Law Review", 107, pp. 1753-1820. doi:DOI: <https://doi.org/10.15779/Z38RV0D15J>

Çolak, B. (2021, January 19). *Desinfirmation. Legal Issues of Deepfakes*. Retrieved October 5, 2022, from Institute for Internet and Just Society: <https://www.internetjustsociety.org/legal-issues-of-deepfakes>

Dash, S., Shakyawar, S. K., Sharma, M., & Kaushik, S. (2019). *Big data in healthcare: management, analysis and future prospects*. In *Journal of Big Data*, 6:54, 1-25. doi:10.1186/s40537-019-0217-0

Ebers, M. (2021, July 15). *Regulating Explainable AI in the European Union. An Overview of the Current Legal Framework(s)*. In L. Colonna, & S. Greenstein, *Nordic Yearbook of Law and Informatics 2020: Law in the Era of Artificial Intelligence*. Retrieved May 1, 2022, from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3901732

European Commission's High-Level Expert Group on Artificial Intelligence. (2018, December 18). Retrieved February 14, 2022, from https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf

European Commission. (2021). *Digital Education Action Plan (2021-2027)*.

European Commission. (2016, 2016). *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions a New Skills Agenda for Europe (COM(2016) 381 final)*.

European Commission. (2018). *Communication from the Commission on Artificial Intelligence for Europe COM(2018) 237 final*.

European Commission. (2021). *Digital Education Action Plan (2021-2027)*. Retrieved April 7, 2022, from <https://education.ec.europa.eu/focus-topics/digital-education/about/digital-education-action-plan>

European Commission for the Efficiency of justice. (2018, December 3-4). *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*. Retrieved April 3, 2022, from <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>

European Commission for the Efficiency of Justice. (2018). *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*.

Farish, K. (2020, September 4). *The legal implications and challenges of deepfakes*. Retrieved from DAC BEACHCROFT: <https://www.dacbeachcroft.com/en/gb/articles/2020/september/the-legal-implications-and-challenges-of-deepfakes/>

Figueiredo, E. A. (2021). *Direito e Nanobiotecnociência. Reflexões na encruzilhada da inovação, do risco e da crise do(s) direito(s)*. Coimbra: Almedina.

Franks, M. A., & Waldman, A. E. (2019). Sex, Lies, and Videotape: Deep Fakes and Free Speech Delusions. *Maryland Law Review*, 78 (4), pp. 892-898. Retrieved October 2, 2022, from <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3835&context=mlr>

Fukuyama, F. (2002). *Our Posthuman Future. Consequences of the biotechnology revolution*. New York: Picador.

Gellers, J. C. (2021). *Rights for Robots: Artificial Intelligence, Animal and Environmental Law*. New York: Routledge.

Habermas, J. (2008). *The Future of Human Nature*. Cambridge: Polity Press.

Habermas, J. (2008). *The Future of Human Nature*. Cambridge: Polity Press (First Published 2003).

Habermas, J. (2015 (First Published 1968)). *Técnica e Ciência como «Ideologia»*. Lisboa: Edições 70.

Hans, J. (1984). *The Imperative of Responsibility: In Search of an Ethics for the Technological Age*. Chicago: The University of Chicago Press.

Harari, Y. (2017). *Homo Deus: A Brief History of Tomorrow*. HarperCollins Publishers.

Hutson, M. (2017, July 7). AI Glossary: Artificial intelligence, in so many words. 6346. Retrieved April 3, 2022, from <https://www.science.org/doi/10.1126/science.357.6346.19>

Ito, J. (2018, December 2). *Resisting Reduction: A Manifesto*. doi:doi:10.21428/8f7503e4

Kalpokas, I., & Kalpokiene, J. (2022). *Deepfake. A Realistic Assessment of Potentials, Risks, and Policy Regulation*. Switzerland: Springer.

Leyen, U. v. (2019). *Political Guidelines for the next European Commission 2019-2024*. Retrieved March 9, 2022, from https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/political-guidelines-next-commission_en_0.pdf

Monlezun, D. J. (2020). *The Global Bioethics of Artificial Intelligence and Human Rights*. Cambridge: Cambridge Scholar Publishing.

Nadler, A., Crain, M., & Donavan, J. (2018). *Weaponizing the digital influence machine: The Political Perils of Online Ad Tech*. Retrieved from Data & Society Research Institute: <https://datasociety.net/library/weaponizing-the-digital-influence-machine/>

National Artificial Intelligence Initiative Act of 2020 . (2020). Retrieved March 3, 2022, from <https://www.congress.gov/116/crpt/hrpt617/CRPT-116hrpt617.pdf#page=1210>

O'Halloran, A. (2021, April). The Technical, Legal, and Ethical Landscape of Deepfake Pornography. *Brown Computer Science*. Retrieved October 6, 2022, from <https://cs.brown.edu/research/pubs/theses/ugrad/2021/ohalloran.amelia.pdf>

Powers, T. M., & Ganascia, J.-G. (2020). The Ethics of the Ethics AI. In M. D. Dubber, F. Pasquale, & S. Das, *The Oxford Handbook of Ethics of AI* (pp. 26-51). Oxford: Oxford University Press.

Qlik. (n.d.). *AutoML. What it is, why you need it, and best practices*. Retrieved February 20, 2022, from <https://www.qlik.com/us/augmented-analytics/automl>

Ruiter, A. d. (2021). The Distinct Wrong of Deepfakes. *Philosophy & Technology*, 34, pp. 1311-1332. doi:<https://doi.org/10.1007/s13347-021-00459-2>

Sève, L. (2006). *Qu'est-ce que la personne humaine?* Paris: La Dispute.

Shattock, E. (n.d.). *Fake News ins Strasbourg: Digital Disinformation, Freedom of Expression, and the European Court of Human Rights*. Retrieved September 5, 2022, from <https://www.bileta.org.uk/wp-content/uploads/Fake-News-in-Strasbourg.pdf>

Stanford University. (2019). *Artificial Intelligence Index Report 2019*. Retrieved May 1, 2022, from https://hai.stanford.edu/sites/default/files/ai_index_2019_report.pdf

Teixeira, M., & Almeida Araújo, M. (n.d.). *Vis-à-vis Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy, and the Rule of Law*.

Terence, M. (2016). *Le Transhumanisme est un Intégrisme*. Paris: Les Éditions du Cerf.

Thies, J., Zollhofer, M., Stamminger, M., Theobalt, C., & Nießner, M. (2016). Face-2Face: Real-time Face Capture and Reenactment of RGB Videos. *Proceeding of 2016 IEEE conference on computer vision*. Retrieved September 2, 2022, from <http://www.graphics.stanford.edu/~niessner/papers/2016/1facetoface/thies2016face.pdf>

UNESCO. (2021, November 23). *Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*. Retrieved April 1, 2022, from https://unesdoc.unesco.org/in/documentViewer.xhtml?v=2.1.196&id=p::usmarcdef_0000381137&file=/in/rest/annotationSVC/DownloadWatermarkedAttachment/attach_import_e86c4b5d-5af9-4e15-be60-82f1a09956fd%3F_%3D381137eng.pdf&locale=en&multi=true&ark=/ark:/48223/p

World Commission in the Ethics of Scientific Knowledge and Technology. (2019, February 26). *Preliminary Study on the Ethics of Artificial Intelligence*. Retrieved April 2, 2022, from <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367823>

Yeung, K., Howes, A., & Pogrebna, G. (2020). AI Governance by human Rights-Centered Design, Deliberation and Oversight: An End to Ethics Washing. In M. d. Dubber, F. Pasquale, & S. Das, *The Oxford Handbook of Ethics of AI* (pp. 76-106). Oxford: Oxford University Press.

Zakharov, E., Shysheya, A., Burkov, E., & Lempitsky, V. (2019, September 25). Few-Shot Adversarial Learning of Realistic Neural Talking Head Models. doi:<https://doi.org/10.48550/arXiv.1905.08233>

O FUTURO DA DEMOCRACIA AMERICANA: “A REPUBLIC IF YOU CAN KEEP IT!”

THE FUTURE OF AMERICAN DEMOCRACY: “A REPUBLIC IF YOU CAN KEEP IT!”

Ricardo Leite Pinto¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/H4M1-1M17>

Resumo: As últimas eleições presidenciais norte-americanas, que possibilitaram a reeleição de Donald Trump, foram realizadas em contexto de crise constitucional e os primeiros meses do seu mandato acentuaram tal ambiente, a ponto de se falar em “fim da democracia” nos EUA. O último bastião da salvaguarda da Constituição e da prevalência da Democracia americana são os tribunais e entre eles o Supremo Tribunal. Contudo duas recentes decisões do Supremo divulgadas na véspera no acto eleitoral não só viabilizaram a candidatura de Trump como abriram caminho à possibilidade de uma prática autoritária por parte do Presidente (deste e dos que se seguirem) a pretexto de uma alegada imunidade presidencial em relação a todos os actos oficiais, como o terão sido, na aplicação da interpretação do Supremo, os que prepararam e executaram a tentativa de insurreição que culminou na invasão do Capitólio no dia 6 de Janeiro de 2021. A natureza conspiratória e insurreccional desses actos mostra-se, aliás, inequivocamente comprovada no Relatório da Comissão Especial da Câmara dos Representantes (Select Committee to Investigate the January 6th Attack on the United States Capitol) que serviu de base factual para o libelo acusatório do Conselheiro especial Jack Smith. De onde se conclui que só um povo civicamente activo, mais do que qualquer estrutura constitucional de poder ou a proclamação de Direitos e Liberdades, poderá defender a forma republicana de governo e garantir a democracia norte-americana.

Palavras-chave: Democracia nos EUA; Supremo Tribunal dos EUA; Invasão do Capitólio; Trump.

¹ Investigador Integrado do Centro de Estudos Jurídicos, Económicos, Internacionais e Ambientais da Universidade Lusíada. (CEJEIA-UL)

Abstract: *The last US presidential elections, which enabled the re-election of Donald Trump, were held in a context of constitutional crisis and the first months of his term accentuated this environment, to the point of talking about the “end of democracy” in the USA. The last bastion of the safeguard of the Constitution and the prevalence of American Democracy are the courts and among them the Supreme Court. However, two recent Supreme Court decisions released on the eve of the election not only made Trump’s candidacy viable but also paved the way for the possibility of authoritarian practices by the President (this one and those who follow) under the pretext of alleged presidential immunity in relation to all official acts, as was the case, in the application of the Supreme Court’s interpretation, with those who prepared and executed the attempted insurrection that culminated in the invasion of the Capitol on January 6, 2021. The conspiratorial and insurrectionary nature of these acts is, in fact, unequivocally proven in the Report of the Select Committee to Investigate the January 6th Attack on the United States Capitol, which served as the factual basis for the indictment of Special Counsel Jack Smith. From which it is concluded that only a civically active people, more than any constitutional structure of power or the proclamation of Rights and Freedoms, will be able to defend the republican form of government and guarantee North American democracy.*

Keywords: *Democracy in the US; US Supreme Court; Capitol Invasion; Trump.*

Sumário: 1. Introdução. 2. O legado indefensável do Artigo II da Constituição. 3. O mandato vitalício dos Juizes do Supremo Tribunal e a sua progressiva politização. 3.1. O Supremo em auxílio de Trump. 3.2. O Presidente-Rei na versão do Supremo. 4. Conclusão: “A republic if you can keep it”.

Summary: 1. Introduction. 2. The indefensible legacy of Article II of the Constitution. 3. The lifelong mandate of Supreme Court judges and their progressive partisanship. 3.1. The Supreme Court to Trump’s rescue. 3.2. The President-King in the Supreme Court’s version. 4. Conclusion: ‘A republic if you can keep it’.

1. Introdução

Os primeiros meses do mandato de Donald Trump como 47º Presidente dos Estados Unidos, traduziram-se numa avalanche de avisos, intenções e decisões, a maioria delas de natureza executiva², tendentes a dar cumprimento ao programa eleitoral com que aquele se apresentou aos norte-americanos. Contudo, algumas dessas decisões não haviam sido nunca discutidas publicamente e muitas surgiram inopinadamente como facto consumado sem o necessário respeito pelos princípios e normas constitucionais. Comum a todas, a ênfase na sua aparente justificação economicista que procura dar cobertura a uma sociedade plutocrática, ideologicamente

² Seth Lipsky, *The citizen’s Constitution, An Annotated Guide*. Basic Books, New York, 2009, pp. 118-119.

ultra liberal e pragmaticamente “anti-burocrática” e “anti-estatista” em luta contra o chamado “*big government*”. Em centenas de medidas há também lugar para o ridículo, (por exemplo, a substituição das palhinhas de cartão pelas de plástico, sob a advertência de que as primeiras “explodem”) e para o absurdo (por exemplo, entregar as chefias de certas estruturas federais a personalidades com opiniões radicalmente contrárias às políticas seguidas por tais estruturas em décadas, como é o caso do *Department of Health and Human Services* que ficou sob as orientações de um notório conspiracionista anti-vacinas). Estas medidas foram apresentadas em conferências de imprensa diárias no salão oval da Casa Branca e em comentários na rede social propriedade do novo Secretário de Estado, Elon Musk, tudo em estilo “*hate speech*” (“*we’re led by stupid people*”)³.

Ao escutarmos a retórica de Trump, de Musk, de Kennedy, de Rubio e de outros membros da nova governação americana parece que saltamos abruptamente para uma das ficções de Philip K. Dick em que o universo visível não é a realidade⁴. A “realidade” é, no fundo, um mundo paralelo alternativo aquele em que vivemos. Naquele em que querem que acreditemos, cabem os terraplanistas, os conspiracionistas anti-vacinas ou os devotos das cripto-moedas. Por isso há que garantir um passado alternativo sobre a forma de relato historiográfico que caucione o mundo “real”. Não admira que para impor e fazer acreditar em um modo de vida falso, mas que se vende como verdadeiro, haja necessidade de criar novos departamentos na Administração Pública, uns apelidados de Eficiência Governamental (*Department of Government Efficiency*, DOGE) outros, lá chegaremos, de Ministério da Verdade⁵.

Há quem fale a propósito destas encenações mediáticas, de simples populismo (“*MAGA style populism*”) mas há quem, certamente mais preocupado com o conteúdo do que com a forma, alerte para a consolidação de um “*techno-fascism*” que deixou de ser uma simples abstracção filosófica para diletantes que assessoram os patrões de *Silicon Valley*, e que

³ Cf. Jace Valcore, Nicole L Asquith, Jess Rodgers, “We’re led by stupid people”: Exploring Trump’s use of denigrating and deprecating speech to promote hatred and violence. *Crime Law and Social Change*. 2023 Feb 9:1–20. Online ahead of print. doi: 10.1007/s10611-023-10085-y. <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC9908499/> (Consultado a 13/2/2025)

⁴ O motivo pode ver-se em quase todas as ficções de Philip K. Dick, designadamente na sua obra mais conhecida *Homem do Castelo Alto* (tradução portuguesa), Lisboa, Saída de Emergência, 2010 (com um ensaio de Nuno Rogeiro sobre o Autor e a Obra).

⁵ Como no romance de George Orwell, *1984* (tradução portuguesa), Lisboa, Antígona, 2007.

aponta para um concreto programa de governo cujos limites constitucionais começam agora a ser testados⁶.

Pese embora o notório adormecimento da opinião pública anti-Trump nos EUA e da manifesta desistência do Partido Democrata em assumir uma posição de contestação a tudo o que está a ocorrer, a verdade é que a sociedade civil americana parece ter tomado consciência, finalmente, de que os EUA são uma Democracia que se rege pelo princípio da legalidade (Estado de Direito/ “*rule law*”⁷) e que nem tudo é possível de concretizar, sobretudo quando estão em causa manifestas e ostensivas violações da legalidade e desde logo da Constituição Federal. Assistimos, pois a um despertar da função judicial através dos seus órgãos (Tribunais, Procuradores, Juízes) que oficiosamente ou a solicitação de cidadãos ou grupos de cidadãos organizados começaram a questionar e certamente a concluir pela inconstitucionalidade de certas “*executive orders*” trumpianas.

A questão é saber se esse último baluarte da preservação da liberdade e da democracia nos EUA, que são os tribunais e entre eles, pelo seu estatuto, o Supremo Tribunal, estão em condições e pretendem efectivamente exercer esse papel. E, de forma mais ampla, se a Constituição norte americana está preparada e tem mecanismos para garantir a democracia nos EUA e resistir a ostensivas medidas autocráticas e autoritárias tomadas por alguém que não é um democrata e, pelo contrário, deveria ter cedido o passo a outro na recente campanha presidencial, considerando a sua actuação na tentativa insurreccional e golpista de 6 de Janeiro de 2020.

Supomos que os dois aspectos mais relevantes desta demonstração são os seguintes:

- a) O legado indefensável do Artigo II⁸;
- b) O mandato vitalício dos Juízes do Supremo Tribunal (“*good beha-*

⁶ Cf. Kyle Chayka, *Techno-fascism comes to America*, *New Yorker*, 26/2/2025. <https://www.newyorker.com/culture/infinite-scroll/techno-fascism-comes-to-america-elon-musk> (consultado a 28/2/2025)

⁷ O conceito de “estado de direito” (“estado de direito democrático” como proclama o art. 2º da Constituição da República Portuguesa), é sobretudo utilizado no constitucionalismo europeu prevalecendo nos EUA o princípio da legalidade. Para o propósito deste texto entendemos que existem aspectos comuns nos dois conceitos: governo da lei e não governo dos homens, garantia do respeito e aplicação dos direitos fundamentais proclamados nos principais documentos internacionais, sobretudo os aprovados sobre a égide da ONU (Declaração Universal dos Direitos do Homem e Pacto Internacional sobre Direitos civis e políticos).

⁸ Cf. Sanford Levinson, *Our Undemocratic Constitution, Where de Constitution goes wrong (and how we the people can correct it)*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 79 e ss.

viour clause”, Artigo III, secção 1⁹) e a sua progressiva politização.

2. O legado indefensável do Artigo II da Constituição

O título deste capítulo alude ao ensaio de Sanford Levinson, um dos mais reputados constitucionalistas norte-americanos, quando este, sem a reverência que habitualmente acompanha as discussões sobre a Constituição norte-americana, mas com a consciência de que a mesma sendo um produto da natureza humana não é um objecto intocável, identifica os aspectos antidemocráticos da Lei Fundamental e abre caminho à sua revisão. Não se tratam, pois, de questões novas que tenham surgido agora ou sequer nos últimos dois mandatos presidenciais. Muitas das críticas contra a Constituição norte-americana têm acompanhado a História dos E.U.A. e se algumas já eram más quando foram aprovadas em 1787, acabaram, ao longo dos anos, por se transformar em verdadeiras aberrações jurídico-políticas. Algumas, aliás, pelo recurso a Aditamentos, que são a forma de exercício do poder de revisão constitucional, foram suprimidas ou alteradas, outras para lá ficaram continuando a ser aplicadas mais por atavismo do que por respeito aos “pais fundadores”¹⁰. De todos os pontos que Sanford Levinson analisa, há um que para o propósito das presentes considerações sobreleva sobre os outros: o estatuto do Presidente, começando pela sua eleição, poderes e prática ao longo dos anos. E conclui o constitucionalista da Universidade do Texas: um presidente super-poderoso, escolhido por um processo indefensável que não pode ser afastado mesmo quando se comprova que é manifestamente incompetente. Ou seja, de como o Presidente norte-americano, de discreto titu-

⁹ Cf. Ricardo Leite Pinto, *A democracia constitucional nos EUA*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2013, pp. 80 e ss.

¹⁰ Cf para uma visão global e surpreendente das disposições mais “estúpidas” da Constituição e das tragédias que a mesma provocou ou não impediu que se produzissem, William N. Eskridge JR e Sanford Levison. Eds. *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, New York University Press, New York, 2008. Algumas nomeações para as soluções ou normas mais estúpidas: a) a constituição do Senado por igual número de senadores independente da população ou da dimensão geográfica dos Estados; b) o Colégio Eleitoral presidencial e particularmente a forma como as situações de impasse transitam para a Câmara dos Representantes para serem resolvidas; c) a possibilidade do candidato vencedor das eleições presidenciais ter (muito) menos votos que o perdedor; d) os lentos e bisonhos procedimentos para alterar a Constituição; e) o requisito para que o Presidente tenha que ser um “natural born citizen” e ter pelo menos 35 anos de idade; f) a aparente contradição que resulta da obrigatoriedade do Vice-Presidente presidir aos seu próprio julgamento por “impeachment”; g) o mandato vitalício dos juizes do Supremo e outros juizes federais.

lar do poder executivo com poderes escassos e esparsos, se transformou no mais importante e poderoso homem no Mundo. E de como, mesmo comprovando-se ser o mais incompetente dos políticos, dificilmente pode ser afastado.

Na verdade, os constituintes de 1787 conceberam um chefe do poder executivo praticamente irremovível excepto se o próprio irremediavelmente se afastar. Não podendo o Congresso votar moções de censura e votos de confiança, sequer aprovar ou rejeitar o programa do Governo, em vista da separação rígida de poderes que preside ao sistema de governo presidencial, a única forma de afastar um Presidente é através do procedimento de “*impeachment*”. Mas o processo é muito complexo: a Câmara dos Representantes deverá tomar a iniciativa da acusação (Artigo II secção 4) com base na condenação e declaração de culpabilidade pelos crimes de traição, suborno, pequenos delitos ou faltas graves. O Senado julga, sendo presidido pelo Juiz Presidente do Supremo. Mas a condenação só se obtém pelo voto de 2/3 dos membros do Senado presentes.

Para além da dificuldade em consensualizar a que correspondem em concreto os delitos susceptíveis de dar procedência ao julgamento, ainda que não falte literatura sobre o tema, produzida sobretudo durante o “*impeachment*” do Presidente Clinton, a verdade é que a decisão depende de fidelidades ou infidelidades partidárias considerando que os senadores e o Senado estão hoje manietados pelos partidos políticos e não representam já os Estados Federados de onde historicamente emergiram.

Temos aliás como exemplos claros e esclarecedores, justamente os dois processos de “*impeachment*” contra o Presidente Trump, o primeiro em torno de uma alegada interferência nas eleições presidenciais de 2016, promovida por Trump junto do governo ucraniano e que terá prejudicado a campanha de Biden. O segundo, já em torno do assalto ao Capitólio de 6/1/2020 e justamente com esse explícito fundamento. Ambos falharam as maiorias necessárias para serem aprovados pelo que ficaram pelo caminho. Em qualquer caso também aqui as filiações e as orientações partidárias foram decisivas para chumbar ambos os pedidos. Razão pela qual o procedimento de impugnação falha em toda a linha no esforço de tentar afastar um presidente que comete crimes. Mas também falha e de forma mais ostensiva quando se trata de afastar um presidente simplesmente incompetente. O mesmo se diga de um Presidente que desrespeita e pretende continuar a desrespeitar a Constituição. Aí, com excepção do próprio prevaricador, todos rejeitarão o legado do Artigo II.

3. O mandato vitalício dos juízes do Supremo Tribunal e a sua progressiva politização

Ainda que alguns dos casos agora objecto de impugnação judicial por partes de juízes e tribunais federais um pouco por todo o país, tenham tido ganho de causa, à data em que escrevemos este texto, é quase certo que, dada a natureza do regime de fiscalização da constitucionalidade existente nos EUA, as principais questões subirão ao Supremo Tribunal e dele se esperará a resposta definitiva. Ora, muitos dos pontos que agora estão em discussão relevam da separação de poderes, do estatuto dos órgãos de soberania, designadamente dos poderes do Presidente e decorrem da aplicação e interpretação dos princípios e normas sobre direitos, liberdades e garantias, razões para crer que a intervenção do Supremo deverá multiplicar-se.

Ora, já de há alguns anos a esta parte que se vem discutindo do excessivo relevo da actividade do Supremo nos EUA e sobretudo o envolvimento político (e mesmo partidário, por referência aos dois principais partidos americanos, republicanos e democratas) das suas orientações. Tudo aspectos anteriores ao actual mandato de Trump, mas iniciadas no seu primeiro mandato (2017-2021) que para isso preparou o caminho. Isto porque, sendo o mandato dos juízes vitalício¹¹ e sendo eles escolhidos pelo Presidente com a caução do Senado, todo o sistema está longe de permitir verdadeira independência judicial e suscita relevantes e consequentes preocupações quanto à natureza das decisões preferidas. Aliás, o caso vigente é também elucidativo do que se escreve. Trump pôde designar 3 juízes (Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh e Amy Coney Barrett) de modo que tem hoje, no início do seu segundo mandato, uma maioria de 6 juízes conservadores que nos momentos decisivos o têm salvo, como veremos. É hoje absolutamente pacífico que as escolhas dos juízes pelo Presidente, com o visto favorável do Senado são realizadas tendo em consideração o perfil político e ideológico dos candidatos¹² sendo hoje cada vez mais

¹¹ A expressão constitucional é “hold their offices during good behavior” traduzido literalmente por “manterão as suas funções desde que mantenham boa conduta”. Contudo, explica Jack N. Rakove que os pais fundadores tendo adoptado o princípio britânico previsto no Act of Settlement de 1701 de que os juízes se mantinham em funções dependendo da boa conduta cedo tal expressão se tornou sinónima de “life tenure”, ou seja mandato vitalício, como garantia da independência dos mesmos, Cf. Jack N. Rakove, *The Annotated U.S. Constitution and Declaration of Independence*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London England, 2009, p. 194.

¹² Cf. Akhil Reed Amar, *America's Constitution, A biography*, New York, Random House, 2005, p. 219. Ver sobre o tema Ricardo Leite Pinto, “O Supremo Tribunal no sistema jurídico político norte americano e a politicidade da justiça constitucional: a decisão sobre

evidentes os alinhamentos partidários.

É verdade que ao longo dos anos e desde que se instalou o Supremo Tribunal americano em 1790 tem sido conturbada a vida do órgão supremo do poder judicial. Épocas históricas houve que ficaram conhecidas como o “governo dos juízes” tal a capacidade do tribunal bloquear as leis aprovadas pelo Congresso, como ocorreu, por exemplo, com a legislação “progressista” durante a presidência Roosevelt nos anos 30. De tal forma que não fosse a oportunidade, ao longo dos seus mandatos, de Roosevelt reconfigurar a favor das suas ideias a composição do Tribunal e certamente não teria existido “*new deal*” nos EUA¹³. Contudo, nunca como hoje o Supremo assumiu uma posição tão ostensivamente comprometida com um titular do poder político, no caso o Presidente Trump, de forma a podermos dizer que a sua recente eleição só foi possível porque o Supremo assim o possibilitou.

Nem mesmo, recorde-se, quando o Supremo Tribunal em 2000, por ocasião da contagem de votos, no duelo entre George W. Bush e Al Gore, ordenou o fim da recontagem num condado do Estado da Florida, o que permitiu a Bush somar os votos do Colégio Eleitoral desse Estado e assim ganhar as eleições¹⁴. Neste caso o que estava em causa era a certificação do resultado eleitoral e o rigor e transparência dos vários sistemas de votação popular em vigor nos Estados federados. Mas agora o que ficou em discussão não foram aspectos relacionados com a lisura e a independência do acto eleitoral ou sobre a validade de certas modalidades de voto, aspectos aliás, como foi o caso do “*postal voting*”, que haviam sido abundantemente debatidos há quatro anos, quando Trump tentou reverter para si a eleição de 2020, como tivemos já oportunidade de analisar¹⁵. Foram aspectos relacionados com a elegibilidade de Trump enquanto candidato que tentou ilegalmente subverter o resultado eleitoral de 2000, proclamando falsas acusações de fraude eleitoral, a que se somou a discussão sobre o sentido e extensão material e temporal das imunidades presidenciais. Sobre esses temas produziram-se duas relevantes decisões,

a Lei da Reforma dos Cuidados de Saúde” in AAAV, Estudos em Homenagem ao Dr. Miguel Galvão Teles, vol I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

¹³ Cf. António-Carlos Pereira Menaut, *El constitucionalismo de los Estados Unidos. La magna carta norteamericana vista desde la española*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2012, pp. 107 e ss.

¹⁴ Cf. Bush v. Gore 531 US 98(2000) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/98/case.pdf> (consultado a 21/2/25)

¹⁵ Ricardo Leite Pinto, As eleições presidenciais nos Estados Unidos da América (3 de Novembro de 2020). *POLIS* (II série), n.º 2, Julho-Dezembro, 2020. pp. 239-249.

que espelham, quanto a nós, a progressiva politização das decisões do Supremo e, nessa medida, o declínio do poder judicial para poder constituir a última das barreiras contra o autoritarismo presidencial que poderá pôr em sério risco a histórica democracia constitucional norte-americana. Mas essas decisões devem ser contextualizadas tendo como referência a recusa de Trump em aceitar o resultado eleitoral de 2020, o posterior assalto ao Capitólio e os procedimentos judiciais tendentes a identificar e punir tais comportamentos.

3.1. O Supremo em auxílio de Trump

A decisão tomada no caso Trump vs. Anderson¹⁶ tem que ver com a inelegibilidade do candidato republicano para as eleições de 2024. Uma decisão do Supremo Tribunal do Colorado, num processo a que aderiram outros Estados, veio a confirmar uma sentença de primeira instância que considerou Trump inelegível com base do Aditamento 14º secção 3 da Constituição Federal, que prevê a inelegibilidade de todos os responsáveis públicos que tenham participado em insurreições ou rebeliões em contravenção com o sermão e o juramento que fizeram de defender a Constituição. O Supremo aceitou o caso e, com rapidez, produziu uma sentença divulgada a 4 de março de 2024 na qual sustenta, por unanimidade, que os Estados não poderiam estabelecer unilateralmente regras de uma eleição federal como a do Presidente, sob pena de caos normativo e de uma pluralidade de soluções incompatíveis com a clareza a que deve obedecer uma eleição federal. É um facto que este argumento chegaria para matar as pretensões do Estado do Colorado veiculadas pelo seu tribunal supremo. Contudo, ignorando a modéstia judicial, fazendo valer o activismo judicial e rejeitando a doutrina originalista¹⁷ que muitos juizes que participaram na votação se gabam de adoptar nas suas decisões, 5 dos magistrados e, entre eles, o Presidente J.Roberts, acrescentaram na fundamentação da sentença que a secção 3 do Aditamento 14º só poderia aplicar-se se o Congresso aprovasse uma lei que lhe desse execução. Nada, contudo, no texto constitucional postula tal diligência e é ela mesmo contrária à orientação fixada para todos os Aditamentos aprovados no período da “Reconstrução” (época posterior à Guerra Civil) que são

¹⁶ Cf. Trump v. Anderson 601 US 100 (2024) https://www.supremecourt.gov/opinions/23pdf/23-719_19m2.pdf (Consultado a 21/2/25)

¹⁷ Cf. para uma visão global do debate histórico sobre as “intenções originais” e em geral sobre o originalismo, como teoria de interpretação e adjudicação constitucional, considerando defensores e opositores, Jack N. Rakove (ed.) *Interpreting the Constitution. The Debate over Original Intent*, Northeastern University Press, Boston, 1990.

de aplicação imediata sem necessidade de qualquer legislação que lhes confira exequibilidade. Nesse sentido, a própria Constituição na secção 3 assinala que só não serão punidos com a inelegibilidade os que sejam disso excluídos em votação de 2/3 dos membros das duas casas do Congresso. Ou seja, a interpretação do Supremo foi não só contrária ao texto da Constituição, como à intenção dos pais fundadores da Constituição¹⁸. Quando esta é clara ao punir de forma automática com a sanção de inelegibilidade todos os que após terem jurado respeitar a Constituição participem em insurreição ou prestem ajuda aos inimigos da Constituição, o Supremo inventou uma solução que abriu as portas à candidatura de Trump, tornando desnecessário, além do mais, discutir se aquele tinha ou não participado ou incitado à insurreição de 6 de Janeiro, realidade onde os republicanos tinham notória dificuldade em contestar.

Ainda que a decisão tenha sido tomada por unanimidade quanto à questão concreta da possibilidade do Estado do Colorado, na aceitação das candidaturas às eleições primárias do Partido Republicano no Estado, não poder aplicar a orientação prevista na secção 3 do Aditamento 14, existiram 3 declarações de voto formalmente “convergentes” mas substantivamente “divergentes”, justamente dos 3 juízes “progressistas” (Sotomayor, Kagan e Jackson), onde estes não deixaram de proclamar a relevância e a eventual aplicabilidade ao caso concreto do princípio constitucional, nestes termos: “O povo americano tem o direito de votar e eleger candidatos para cargos públicos nacionais e isso é uma grande e gloriosa realidade. Contudo os homens que conceberam e ratificaram o 14º Aditamento haviam testemunhado a “insurreição e a rebelião “em defesa da escravatura. Pretendiam garantir que aqueles que participaram em insurreição e em possíveis futuras insurreições não poderiam voltar a ter papéis proeminentes. Hoje a maioria (do tribunal) foi além do necessário para limitar a forma como a secção 3 pode impedir que um ajuramentado insurreccionista possa tornar-se Presidente” (tradução nossa).

3.2. O Presidente-Rei na versão do Supremo

Mas a decisão do Supremo que pode ter efeitos mais impressionantes no futuro da prática presidencial (sem esquecer o efeito demolidor que teve já nos processos em que Trump surgiu como arguido) é sem dúvida o acórdão Trump vs. United States¹⁹. Ao postular uma imunidade absoluta do

¹⁸ Cf. Anne Deysine, *Les Juges contre l'Amérique, La capture de la Cour Suprême par la droite radical*, Paris, Presse Universitaires de Paris Nanterre, 2024, pp. 145-146.

¹⁹ Cf. Trump v. United States ((603 U.S. 593 (2024)) https://www.supremecourt.gov/opinions/23pdf/23-939_e2pg.pdf (Consultado a 27/2/25)

Presidente para os seus actos oficiais (resultantes da sua autoridade constitucional) e em qualquer caso uma presunção de imunidade em relação a todos os actos oficiais, o Supremo colocou um ponto final nos processos que corriam contra Trump, acusado de ser responsável por ter instigado o assalto ao Capitólio, naquilo que se traduziu numa verdadeira insurreição concretizada a 6/1/2021 e legitimou a utilização do seu poder de graça, de forma inusitada, para isentar de qualquer sanção penal ou civil²⁰ todos os que participaram nos referidos actos insurreccionais (que causaram 7 mortos e vários feridos) muitos deles já condenados e alguns deles a cumprir pena de prisão.

Estes acontecimentos ilustram bem a deriva anti-democrática de certa direita política adepta do discurso e das práticas de Donald Trump, que responde pela denominação MAGA (*Make America Great Again*) e que está hoje alojada e comanda o Partido Republicano. E revela também a manifesta dificuldade das instituições e da cultura política democrática norte-americana em fazer-lhe frente.

Recapitulemos os aspectos mais relevantes que antecederam esta histórica (pelas piores razões) decisão.

Na sequência das eleições presidenciais norte-americanas realizadas em 3 de Novembro de 2020²¹ que concentraram a atenção do Mundo na competição entre o Presidente cessante Donald Trump, que se candidatou a um segundo mandato, e o candidato do Partido Democrata e ex-vice Presidente de Barack Obama, Joe Biden, o então Presidente dos Estados Unidos tentou impugnar os resultados dessa mesma eleição “por nenhuma outra razão que não a de as ter perdido”²². Poucos políticos republicanos se opuseram às pretensões de Trump e a maioria deles recusaram-se a reconhecer a vitória de Biden. Após vários procedimentos notoriamente ilegais, com vista a impedir a consumação formal da vitória do candidato democrata,

²⁰ No uso do seu poder de indultar ou perdoar “ofensas contra os Estados Unidos excepto em caso de impeachment” (Artigo II secção 2 parágrafo 1). Também aqui o Presidente Trump fez questão de utilizar este poder de “graça”, com óbvia coloração monárquica, de forma absolutamente desproporcionada e arbitrária, sendo aliás de duvidosa constitucionalidade a utilização do indulto nessas condições. Cf. quanto ao sentido histórico do poder de perdão presidencial, Achil Reed Amar, *America’s Constitution [...]* p. 189. Ver também Seth Lipsky, *The citizen Constitution, Na annotated Guide [...]* pp. 136-137.

²¹ Ver sobre as eleições presidenciais dos EUA de 3 de Novembro de 2020, Ricardo Leite Pinto, “As Eleições Presidenciais nos EUA (3 de Novembro de 2020)” in *POLIS* (II série), n.º 2, Julho-Dezembro, 2020. pp. 239-249.

²² Vide Jill Lepore, “What the January 6th Report is missing” in *New Yorker*, January 16, 2023, <https://www.newyorker.com/magazine/2023/01/16/what-the-january-6th-report-is-missing> (consultado a 27/2/2025)

milhares de cidadãos juntaram-se nas imediações do Capitólio, convocados por Trump, invadindo o Capitólio e procurando impedir a realização da sessão conjunta da Câmara dos Representantes e do Senado presidida pelo Vice Presidente Mike Pence, convocada para concluir o último acto do complexo procedimento eleitoral das eleições presidenciais norte americanas, que se traduz na certificação das actas da eleição dos grandes eleitores de cada um dos 50 Estados Federados.

Nesse processo, que se configurou, como a generalidade dos juristas desde cedo sustentaram, numa verdadeira insurreição anti-democrática, Trump falhou. Contudo e ao longo destes últimos 4 anos Trump – para além de ter sido momentaneamente excluído de utilizar o então Twitter – não sofreu absolutamente nada como consequência dos seus actos, tendo inclusive podido candidatar-se às eleições de 2024, respaldado numa decisão tomada pelo Supremo Tribunal, como vimos, a qual não deixou de se confrontar com outros pontos de vista, eventualmente mais bem fundamentados, como seria o caso do artigo dos académicos William Baude e Michael Stokes Paulsen, publicado na *University of Pennsylvania Law Review*, que claramente afastaram tal possibilidade afirmando, com convicção, a inegibilidade de Trump²³.

E, contudo, não faltam factos que sustentam de forma insofismável a gravidade dos procedimentos do agora reeleito Presidente e sobretudo as manifestas debilidades das instituições norte-americanas para em tempo útil os sustar ou condenar. O relatório que investigou os acontecimentos preparatórios do assalto ao Capitólio e os que ocorreram nesse mesmo dia e neles o papel de Trump, oferecem o retrato acabrunhante de uma verdadeira conspiração para impedir a vitória de Biden e em seu lugar coronar um usurpador. As condições da criação da Comissão Especial para a Investigação do Ataque de 6 de Janeiro ao Capitólio dos EUA (*Select Committee to Investigate the January 6th Attack on the United States Capitol*) foram longas e complexas e traduziram a ostensiva oposição da maioria dos representantes e senadores republicanos em exigirem de Trump a responsabilização política e criminal que se impunha²⁴. Muitos aliás colaboraram

²³ Cf. https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9843&context=penn_law_review (Consultado a 27/2/25)

²⁴ Na linha do que ocorreu com o processo de impeachment desencadeado contra Trump algumas semanas depois do assalto, por “incitação à insurreição”. Liderado pela leader da bancada democrata da “House”, Nancy Pelosi, os artigos da acusação foram aprovados na Câmara dos Representantes mas naufragaram na maioria republicana do Senado, ao não alcançarem os votos necessários. Aliás, a defesa dos republicanos alinhados com Trump chegou ao ponto de remeter o assalto ao Capitólio, que para além do mais

na conspiração, razão pela qual não só nada fizeram para o apuramento dos factos, como alimentaram acusações falsas e nunca comprovadas de fraude eleitoral. A Comissão nasceu em 1 de Julho de 2021 e foi extinta a 3 de Janeiro de 2023, deixando um relato factual da conspiração para alterar os resultados eleitorais. Ouviu os depoimentos de cerca de um milhar de pessoas, analisou mais de um milhão de documentos²⁵ e divulgou publicamente a integralidade do seu trabalho a 22 de Dezembro de 2022 tornando públicos múltiplos documentos, designadamente as famosas listas falsas de grandes eleitores utilizados por Trump e os seus apoiantes na tentativa de usurpação.

Na parte conclusiva do Relatório a Comissão elaborou uma lista de 17 factos que considerou comprovados, cuja ilicitude é de natureza jurídico-criminal, dos quais 12 deles têm como sujeito activo e directo o próprio Presidente dos EUA.

Assim:

- a) Trump disseminou deliberadamente falsas alegações de fraude relativamente ao processo eleitoral;
- b) Recusou-se a aceitar o resultado legal das eleições de 2020, ignorando as decisões de 60 tribunais federais e estatais;
- c) Pressionou o Vice-Presidente Mike Pence para ilegalmente recusar certificar a eleição;
- d) Tentou corromper o Ministério da Justiça (*U.S. Department of Justice*);
- e) Pressionou ilegalmente funcionários estatais e representantes eleitos (congressistas e senadores);
- f) Coordenou a tentativa de conceber e fazer circular certificados eleitorais falsos;
- g) Pressionou membros do Congresso a impugnar listas válidas de grandes eleitores;
- h) Tentou validar falsas informações constantes de processos em curso em tribunais federais;
- i) Incentivou dezenas de milhares de cidadãos, por ele convocados, a marcharem para o Capitólio no dia 6 de Janeiro de 2021, sabendo que alguns estavam armados;
- j) Escreveu e divulgou mensagens nas redes sociais, condenando publicamente o Vice-Presidente Mike Pence;

causou a morte a vários cidadãos norte-americanos e ferimentos em muitos outros, para o domínio do “discurso político legítimo”.

²⁵ Ver o Relatório Integral em <http://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-J6-REPORT/pdf/GPO-J6-REPORT.pdf> (Consultadop a 27/2/25)

k) Recusou-se, durante várias horas, a instruir os manifestantes violentos a pararem as suas acções e a abandonar o Capitólio;

l) Todos estes comportamentos faziam parte de uma conspiração para manter Donald Trump no poder e alterar os resultados da eleição presidencial;

Pese embora a notória solidez do Relatório da Comissão e o retrato devastador que da sua leitura resulta para o comportamento do então Presidente Trump e seus aliados, a verdade é que nada de relevante ocorreu após a sua divulgação, como já se salientou.

Em Julho de 2024 o Supremo Tribunal, confrontado com o facto de Trump se encontrar acusado em vários processos de natureza criminal associados à frustrada tentativa insurreccional que vimos referindo, e em concreto aquelas que foram coligidas e sustentadas por Jack Smith, “*Special Counsel*” designado em Novembro de 2022 pelo Atorney General dos EUA (que reúne competências do nosso Procurador Geral da República e do Ministro da Justiça) para assumir uma investigação independente à actuação de Trump enquanto presidente, em vários domínios, não só o assalto ao Capitólio, mas também o acesso indevido a documentos classificados, por exemplo²⁶, veio no fundo alterar um dos princípios fundamentais em que a Nação americana foi fundada: “Não há reis na América”²⁷. No fundo, o que o Supremo veio sustentar, pela maioria de 6-3 composta por todos os juizes conservadores nos quais se integram os 3 que foram nomeados por Trump no seu mandato (2017-2021, foi a teoria da imunidade absoluta do Presidente pelo conteúdo dos seus actos oficiais (*while in office*). Os juizes que votaram contra semelhante interpretação, como Elena Kagan, Sonia Sotomayor e Ketanji Brown apelidaram a decisão de “desastrosa” e que “reconfigura totalmente a instituição presidencial”. Na verdade semelhante decisão criará condições para deitar por terra todas as tentativas de acusar Trump na sequência quer do Relatório da Comissão quer do labor do Procurador Jack Smith. Muitos, senão todos os comportamentos antes citados, e que constituem inegáveis crimes cometidos por Trump à luz do direito penal norte americano, morrerão na praia. Por exemplo, o mais simbólico de todos- a tentativa de Trump para que Pence, o seu Vice-Presidente, desconsiderasse as verdadeiras e lícitas actas eleitorais e as substituisse por outras, falsas, tropeçará na presunção de imunidade que protege, na bisonha concepção do Supremo, todos os actos presidenciais oficiais. E a questão de fundo que se coloca, como bem escreve Amy Davidson

²⁶ As acusações formais sustentadas pelo procurador Jack Smith tiveram em consideração as conclusões do Relatório produzido pela Comissão Especial.

²⁷ Vide Trump vs. United States https://www.supremecourt.gov/opinions/23pdf/23-939_e2pg.pdf

Sorkin, é a seguinte: “O grave não é apenas a protecção que o Supremo concedeu a Trump mas a permissão conferida a ele e aos seus sucessores para o que poderão fazer a seguir”²⁸.

Do ponto de vista substantivo a decisão do Supremo traduz-se no seguinte: o Presidente tem imunidade absoluta relativamente a procedimentos de natureza penal ou criminal contra si dirigidos, no exercício de todos os actos oficiais (“*official acts*”) e em concreto aqueles que recaem na sua “*conclusive e reclusive*” autoridade constitucional. Não tem imunidade relativamente a actos não oficiais. Como decorre do resumo enunciado tudo estará em saber o que são e em que se traduzem actos oficiais e actos não oficiais. A questão é que o acórdão em referência não tem como objecto um “abstrato” Presidente mas sim o Presidente Trump e, em concreto, o conjunto de actos que foi produzindo ao longo do seu mandato (2017-2021). Recorde-se que Trump após a conclusão do seu mandato foi objecto de vários procedimentos criminais uns no plano federal e outros no plano estadual e nem todos relacionados com as suas funções presidenciais²⁹. Contudo, se bem que os vários processos que envolveram directamente a sua reacção aos resultados eleitorais de 2020 e à tentativa de obstruir a certificação dos votos e dos resultados eleitorais tenha avançado muito lentamente, dada a resistência dos Advogados de Trump, que sistematicamente invocaram a imunidade do ex-Presidente o início dos processos ficou finamente marcado para Março de 2024, sendo de registar nesse esforço de organização dos vários processos contra Trump, o papel do procurador especial Jack Smith que coordenou as investigações criminais contra Trump quer sobre a invasão do Capitólio quer sobre a posse na sua residência na Florida de documentos estatais classificados.

Foi na sequência das iniciativas processuais do “*Special Counsel*” que um Tribunal de recurso do Distrito Federal de Columbia considerou que Trump não beneficiava de qualquer imunidade pelos actos cometidos no fim do seu mandato. É neste contexto que o Supremo, podendo esperar pela decisão do recurso do Tribunal de Apelação de Columbia, que os Advogados de Trump interpuserem, decidiu encurtar os passos a dar, analisar

²⁸ <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/the-scotus-immunity-ruling-is-a-victory-for-donald-trump> (consultado a 27/2/25)

²⁹ Designadamente a tentativa de comprar o silêncio de uma actriz de filmes pornográficos e que envolveu a acusação de falsificação de documentos e no qual Trump foi condenado a 30 de Maio de 2024 mas cuja sentença concreta (medida da pena) apenas foi conhecida já depois da eleição de 2/11/2024. Esta condenação confere ao reeleito presidente Trump a pouco recomendável classificação do primeiro presidente condenado pela prática de um crime em toda a História norte americana.

o caso e tornar pública a sua decisão a 2 de Julho de 2024.

Nessa decisão são amplamente valoradas como matéria probatória quer as tentativas de Trump junto do seu Vice Presidente Mike Pence, para no processo de certificação eleitoral dos resultados eleitorais, alterar fraudulentamente os mesmos, as discussões de Trump com o Acting Attorney General no mesmo sentido, as discussões com o Ministério da Justiça para investigar alegadas “fraudes eleitorais” e muitas outras. A todas o Supremo respondeu indirectamente que Trump é absolutamente imune a qualquer procedimento criminal pelas alegadas condutas em relação aos casos antes indicados. Até mesmo os “tweets” no dia 6 de Janeiro e as comunicações públicas explicitamente apoiando e incentivando o assalto ao Capitólio, são arrumadas como o exercício do “extraordinário poder que o Presidente possui para falar aos seus concidadãos”.

4. Conclusão: “*A republic if you can keep it*”

Aqui chegados é fácil concluir que a extraordinária e histórica democracia americana não é inabalável nem indestrutível. Embora a Constituição escrita e a sua aplicação prática ao longo dos anos tenha garantido a liberdade e o pluralismo entre os americanos, não impediu momentos depressivos na história americana, o mais perigoso dos quais a guerra civil no século XIX, a que se seguiram lentos e penosos passos durante todo o sec. XX a caminho da igualdade racial e sexual. A sua proclamada perenidade está, pois, sujeita a contínuas ameaças a maior parte das quais de origem interna.

Contudo, a presidência Trump, neste seu segundo mandato, introduz novas ameaças no seu afã de arrasar os alicerces institucionais e políticos da democracia americana em moldes nunca vistos. No limite o que está em causa é a paralisia do Congresso, a politização da estrutura federal, com Estados de maioria democrata a tentarem opor-se aos de governação republicana e, sobretudo, o sistemático recurso aos tribunais para tentar impugnar decisões do executivo, com resultados que se afiguram de duvidosa eficácia, quando se pedir a acção do Supremo Tribunal. A questão prática que se coloca é a de saber quando deixaremos de ter uma democracia nos EUA e passaremos a colocar o seu regime político no cesto dos autoritarismos ou das ditaduras.

Vem já do século passado a tentativa de teorizar os regimes que mantendo algum aparato democrático meramente formal (eleições livres) não deixam de ignorar os princípios básicos de um regime democrático (alternância no poder, defesa dos direitos fundamentais, em particular a liberdade de imprensa e a independência do poder judicial). À boleia desta discussão nasceram novos conceitos (ou antigos conceitos

com novas roupagens) como “democracia iliberal”³⁰, “Estado iliberal”³¹ ou “constitucionalismo abusivo”³².

Partilhamos o ponto de vista, de que não há democracias iliberais e democracias liberais. Ou há democracias ou não há e os critérios para o distinguir estão há muito consolidados. E um deles é o respeito do poder judicial e a capacidade que este tem para, como última instância, evitar o autoritarismo. Se o mesmo funciona em defesa desse autoritarismo, não há democracia. Quando é que em concreto poderemos dizer que a democracia na América morreu?

Quando a primeira das decisões judiciais impondo a um determinada orientação definitiva e final à administração Trump vier a ser ignorada e desrespeitada acabou a democracia³³.

Dir-se-á que a reacção institucional a este estado de coisas se presumiria imediata o que abonaria as virtudes e a eficácia da democracia americana. Até porque todos viram nas decisões do Supremo que referimos antes o resultado de uma questão tão velha quanto a democracia americana: a politização da justiça e do Supremo Tribunal³⁴. Isso poderia levar a uma reacção que fosse ao âmago do problema (os limites ao mandato dos juizes e o número de magistrados). Mas o resultado parece traduzir uma certa desistência democrática que esperemos seja passageira. O Presidente Joe Biden em Abril de 2021 deliberou criar uma Comissão (*Presidential Commission of the Supreme Court of the United States*) com o mandato expresso de propor soluções que dessem resposta entre outras à questão da politização nas decisões do Supremo, ainda que algumas implicassem a revisão da centenária Constituição norte-americana. O Relatório, entregue em finais de 2021, denso nas suas 300 páginas, faz a história do Tribunal, mas não aponta para uma única reforma de fundo.

Resta-nos, pois, regressar às conhecidas e sábias palavras atribuídas a Benjamim Franklin quando no último dia da Convenção que discutiu e aprovou a Constituição (17/9/1787) e já fora do Independence Hall,

³⁰ Conceito introduzido em 1997 por Fareed Zakarias num artigo intitulado “The Rise of iliberal Democracy” na revista *Foreign Affairs*, Nov. Dez. 1997, vol 76, nº 6, pp. 22-43.

³¹ Como o actual chefe de governo da Hungria Victor Órban classifica o regime político e o Estado do seu próprio País.

³² Cf. David Landau, “Abusive Constitutionalism”, *U.C. Davis Law Review*, vol. 47, 2013, pp. 189-260.

³³ Em parte no mesmo sentido, ver Jean-Fabien Spitz, entrevista ao *Le Nouvel Obs*, n.º 3154 de 6/3/25 pp. 56-59.

³⁴ Ver Anne Deysine, *Les Juges contre l’Amerique. La capture de la Cour suprême par la droite radicale*, [...], p. 70 e ss.

respondeu a uma pergunta de uma representante da intelectualidade de Filadélfia, sobre se o que acabava de ter sido aprovado seria uma república ou uma monarquia, Franklin terá respondido: “*a republic if you can keep it*”³⁵. Com essas palavras enfatizava a fragilidade da forma de governo republicana que assentava, para sobreviver, na responsabilidade dos cidadãos e na sua participação activa e cívica para preservar os princípios republicanos. Ou seja, só um povo informado e civicamente activo mais do que qualquer estrutura constitucional com separação de poderes e garantia do respeito dos Direitos fundamentais do Homem, poderia garantir o futuro da democracia americana, aqui identificada com o ideal republicano. A actualidade de tais palavras não poderia ser mais evidente no contexto da crise constitucional que ameaça atravessar já hoje a sociedade americana e que sobre o tema do “fim da democracia” marcou toda a campanha eleitoral e tem estado presente nos primeiros meses da presidência Trump.

³⁵ Cf. David Brian Robertson, *The original Compromise, What The Constitution's Framers Were Really Thinking*, Oxford University Press, New York, 2013, pp. 229 e ss.

Suplemento à revista "Lusíada. Direito"
Supplement to the journal "Lusíada. Law Review"



Apoio | Support



Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto UID 04053 – Centro de Estudos Jurídicos, Económicos, Internacionais e Ambientais.
This work is funded by national funds through FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I. P., within the scope of the project UID 04053 – Centro de Estudos Jurídicos, Económicos, Internacionais e Ambientais.