



ATAS

**8º CONGRESSO INTERNACIONAL
DE DIREITO DA LUSOFONIA:**

**as liberdades e seus limites
em Estados Democráticos**



Coordenação: Clovis Demarchi



**17 a 21 de outubro de 2022
UNIVALI | ITAJAÍ | SANTA CATARINA | BRASIL**

Atas do 8º Congresso Internacional de Direito da Lusofonia: As liberdades e seu limites em Estados Democráticos

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica- PPCJ – UNIVALI
Grupo de Pesquisa Governança, Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade
Centro de Investigação em Justiça e Governança – JUSGOV -Universidade do Minho - Portugal
Rede de investigação em Direito Lusófono - REDIL
Apoio – PAEP/CAPES

Itajaí | SC | Brasil | outubro | 2022



Atas do 8º Congresso Internacional de Direito da Lusofonia: as liberdades e seus limites em Estados Democráticos.

COMISSÃO ORGANIZADORA

Prof. Dr. Clovis Demarchi (UNIVALI)
Profª. Drª. Flávia Novera Loureiro (UMINHO)
Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR)

COMITÊ CIENTÍFICO

Prof. Dr. Mario João Ferreira Monte (UMINHO)
Profª. Drª. Gina Vidal Marcílio Pompeu (UNIFOR)
Profª. Drª. Luciene Dal Ri (UNIVALI)
Prof. Dr. Levi Hulse (UNIARP)
Prof. Dr. Tarcísio Vilton Meneghetti (UNIVALI)

LAYOUT, REVISÃO E ORGANIZAÇÃO DE TEXTOS

Clovis Demarchi
Elaine Cristina Maieski

AUTORES

Adriana Maria Gomes de Souza Spengler | Aírto Chaves Junior | Alcides Malavone Alberto Nobela | Alex Renan de Sousa Galvão | Almeida Machava | Ana Maria Silva Maneta | Beatriz Chaves Bittencourt de Albuquerque | Betieli da Rosa Sauzem Machado | Camila Lemos de Melo | Cinthia da Silva Barros | Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho | Clovis Demarchi | Cristina Dias | Danielly Novais do Rêgo | Elaine Cristina Maieski | Felipe Schmidt | Gina Vidal Marcílio Pompeu | Hernani Ferreira | Isabel Celeste M. Fonseca | Izadora Barbosa Fernandes Gonçalves | João Diogo Ferreira | Joel A. Alves | José Everton da Silva | Marco Carvalho Gonçalves | Margarida Santos | Nelson Ernesto Cossa | Nestor Eduardo Araruna Santiago | Renê Iarley da Rocha Marques | Ricardo Hermany | Salustino David S. Andrade | Sônia Moreira | Talita de Fátima Pereira Furtado Montezuma | Thiago Aguiar de Pádua.

FICHA CATALOGRÁFICA

C76 Congresso Internacional de Direito da Lusofonia (8 : 2022 : Itajaí, SC).
Atas do Congresso Internacional de Direito da Lusofonia [recurso eletrônico] : as liberdades e seus limites em Estados Democráticos / coordenação Clovis Demarchi – Itajaí, SC: Ed. da Univali, 2022.

Vários autores.
8º Congresso Internacional de Direito da Lusofonia: as liberdades e seus limites em Estados Democráticos, Itajaí, 17 a 21 de outubro de 2022.
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica-PPCJ-
Univali
Modo de acesso : World Wide Web

1. Direito - Eventos. 2. Lusofonia. 3. Dignidade (Direito). 4. Direito civil.
5. Liberdade. 7. Direitos sociais. I. Demarchi, Clovis. II. Universidade do Vale do Itajaí. III. Título.

CDU 34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Comunitária da Univali Campus Itajaí

ISBN: 978-65-00-95383-1

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
TEMPO E PROCESSO: DETERMINAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS DA INDEVIDA DILAÇÃO DO PRAZO RAZOÁVEL NA PERSECUÇÃO PENAL	8
Airto Chaves Junior	8
Thiago Aguiar de Pádua.....	8
A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES ANTE O INSTITUTO DA ADOÇÃO	20
Andréa Carla de Moraes Pereira Lago	20
Ana Maria Silva Maneta	20
PERFIL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PORTUGUÊS	32
Felipe Schmidt	32
O USO DO “PRINCÍPIO” IN DUBIO PRO SOCIETATE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: SUBVERSÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA.....	40
Nestor Eduardo Araruna Santiago.....	40
Alex Renan de Sousa Galvão.....	40
O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO FUNDAMENTAL A BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS A PARTIR DA GOVERNANÇA MULTINÍVEL.....	49
Betieli da Rosa Sauzem Machado	49
Ricardo Hermany	49
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 123/2022, O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TRAGÉDIA DOS COMUNS	57
Hernani Ferreira.....	57
José Everton da Silva	57
A NATUREZA DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE E AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL E A POSSIBILIDADE DE PROMOÇÃO OFICIOSA DO PROCESSO NO CASO DE VIOLAÇÃO/ESTUPRO: UMA ANÁLISE DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DE PORTUGAL E BRASIL	67
Margarida Santos.....	67
Adriana Maria Gomes de Souza Spengler	67
O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL EM PAÍSES EM VIAS DO DESENVOLVIMENTO.....	81

Nelson Ernesto Cossa	81
Alcides Malavone Alberto Nobela	81
AS SOLUÇÕES DA LEI DA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA, EM ESPECIAL O SEU ART. 15.º, E O DIREITO DA CRIANÇA (CONSTITUCIONALMENTE CONSAGRADO) AO CONHECIMENTO DA SUA ORIGEM GENÉTICA.....	94
Cristina Dias.....	94
OS DESAFIOS DO HIDROGÊNIO VERDE DISTRIBUIÇÃO E ARMAZENAMENTO, COMO INSTRUMENTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NOS PAÍSES LUSÓFONOS.....	104
Gina Vidal Marçílio Pompeu	104
Izadora Barbosa Fernandes Gonçalves	104
A TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO EM MOÇAMBIQUE	112
Almeida Machava	112
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO.....	120
Marco Carvalho Gonçalves.....	120
DIREITO À MORADIA DIGNA E A INVISIBILIDADE URBANA DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA.....	131
Cinthia da Silva Barros.....	131
Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho.....	131
Danielly Novais do Rêgo.....	131
DA DIGNIDADE HUMANA EM CONSTITUIÇÕES DE PAÍSES LUSÓFONOS.....	138
Elaine Cristina Maieski	138
Clovis Demarchi	138
SMART CITIES E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: POR UM CÓDIGO DE CONDUTA PARA UMA TRANSIÇÃO DIGITAL LOCAL DATA PROTECTION FRIENDLY	152
Isabel Celeste M. Fonseca	152
Joel A. Alves*	152
A LEGITIMIDADE NO ESTADO CONSTITUCIONAL ATUAL	164
João Diogo Ferreira	164
LIBERDADE E TECNOLOGIA: A PROPOSTA DE REGULAMENTO SOBRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL DA UE.....	172
Sónia Moreira	172
PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA LOCAL: UM ESTUDO SOBRE A APLICABILIDADE DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA LOCAL BRASILEIRA E EUROPEIA A PARTIR DE INSTRUMENTOS DE GOVERNANÇA ADMINISTRATIVA	183
Ricardo Hermany	183
Camila Lemos de Melo.....	183

O EXAME DA ORDEM E A CRISE NA FORMAÇÃO DE JURISTAS NO BRASIL: O SISTEMA DE FORMAÇÃO DE JURISTAS PORTUGUESES COMO FONTE DE INSPIRAÇÃO PARA MELHORIA DO SISTEMA BRASILEIRO	190
Talita de Fátima Pereira Furtado Montezuma.....	190
Beatriz Chaves Bittencourt de Albuquerque	190
A LEI BRASILEIRA ANTITERRORISMO DIANTE DO GARANTISMO PENAL E DO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA	200
Renê Iarley da Rocha Marques	200
Gina Vidal Marcílio Pompeu	200
SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE E O MAR: DESAFIOS E OPORTUNIDADES.....	209
Salustino David S. Andrade.....	209

APRESENTAÇÃO

A Universidade do Vale do Itajaí, por meio do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica- PPCJ, teve a honra de sediar de 17 a 21 de outubro de 2022 o 8º Congresso Internacional de Direito da Lusofonia.

Com o tema “A liberdade e seus limites em Estados Democráticos”, o evento foi organizado pelo Grupo de Pesquisa Governança, Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), pela Rede de Investigação em Direito Lusófono e pelo Centro de Investigação em Justiça e Governança da Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga-Portugal, com apoio do Programa de Apoio a Eventos no País (PAEP/CAPES).

O 8º Congresso Internacional de Direito da Lusofonia promoveu a reflexão sobre a aplicação do direito, nas suas múltiplas dimensões, ressaltando as ligações com projetos de investigação e ensino dos países de língua portuguesa, partilhando o seu património cultural, linguístico e jurídico, além de proporcionar aos professores e pesquisadores relevante troca de experiências jurídicas e o compartilhamento de trabalhos de pesquisa.

Reuniu pesquisadores do Brasil, Angola, Cabo Verde, Macau, Moçambique, Portugal e São Tomé e Príncipe, países amigos e ligados pela língua portuguesa. Esta obra reúne o resultado das comunicações, debates e discussões que aconteceram no 8º Congresso Internacional de Direito da Lusofonia.

Neste sentido, as temáticas abordadas estimulam a pensar os desafios contemporâneos relativos a liberdade e seus limites diante de uma sociedade global, impelindo a refletir sobre estruturas e processos globais de produção legislativa, de resolução de conflitos, de administração dos interesses públicos, de conservação da segurança e ordem no sistema global.

Com a presente publicação, espera-se disseminar ideias e reflexões visando o aprofundamento de estudos e pesquisas sobre o Direito no espaço lusófono.

Desejamos ótima leitura e excelentes reflexões a todos.

Itajaí (SC - Brasil), verão de 2023

Comissão Organizadora

Prof. Dr. Clovis Demarchi (UNIVALI)

Profª. Drª. Flávia Novera Loureiro (UMINHO)

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR).

Comitê Científico

Profª. Drª. Gina Vidal Marcilio Pompeu (UNIFOR)

Prof. Dr. Levi Hulse (UNIARP)

Profª. Drª. Luciene Dal Ri (UNIVALI)

Prof. Dr. Tarcísio Vilton Meneghetti (UNIVALI)

Prof. Dr. Mario Joao Ferreira Monte (UMINHO).

TEMPO E PROCESSO: DETERMINAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS DA INDEVIDA DILAÇÃO DO PRAZO RAZOÁVEL NA PERSECUÇÃO PENAL

Airto Chaves Junior¹
Thiago Aguiar de Pádua²

INTRODUÇÃO

No âmbito da persecução penal, prazo pode ser definido como toda condição de tempo posta em exercício de uma determinada atividade processual. Neste universo, o tempo do processo e a sua respectiva celeridade devem ser interpretados à luz da epistemologia dos Direitos Humanos (ou Direitos Fundamentais, a depender do ângulo de observação) para a proteção daquele que Luigi Ferrajoli nominou de “mais débil”, ou seja, o mais fraco da relação jurídica: o investigado/acusado.

Isso porque, o que faz do processo uma operação distinta da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros de “justiça sumária” é o fato que ele persegue, em coerência com uma dúlice função preventiva do Direito Penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes.

A presente pesquisa tem por objetivo geral analisar a intrincada relação que permeia entre essas duas categorias (tempo e processo) para responder ao seguinte problema: na medida em que o Processo Penal intervém sensivelmente no âmbito dos Direitos Fundamentais do investigado/acusado (que é presumidamente inocente), quais as consequências da indevida dilação do prazo razoável no Processo Penal?

Para responder a esta questão, inicia-se com o estudo do prazo como condição de tempo posta em exercício de uma determinada atividade processual. Na sequência, objetiva-se verificar se há um limite temporal para o exercício do Poder Punitivo expressado na persecução penal. Por fim, a pesquisa procura diagnosticar

possíveis consequências da dilação indevida desse prazo.

Quanto ao método de pesquisa, revela-se o indutivo, sempre subsidiado pela coleta teórica de informações e análise de dados a partir de pesquisa bibliográfica.

1. TEMPO E PROCESSO

Tempo pode ser definido como a sucessão contínua nos quais se desenvolvem eventos e variações das coisas. Para a Teoria dos Sistemas (Niklas Luhmann), trata-se da observação da realidade a partir da diferença entre passado e futuro.¹

O tempo possui sérias implicações no direito, especialmente em razão de sua controversa natureza. Conforme o dicionário Oxford de filosofia, ela (a natureza do tempo) tem sido um dos maiores problemas desde a Antiguidade. Em termos gerais, menciona-se: “concebemos bem o tempo quando o concebemos como um fluxo?” A própria pergunta enuncia um “quando”, relacionada a um determinado localizador do ser histórico, sendo certo que se questiona a direção do fluxo, bem como a duração (o tempo em sua dimensão de rapidez), passível de infundáveis questionamentos jus filosóficos.

O tempo, portanto, invoca a reflexão sobre dualidades e paradoxos tais como rapidez/demora, existência/inexistência, continuidade/fragmentação, tempos passado/presente/futuro. Relaciona-se, ainda, com a temporalidade jurídica: formas singulares adquiridas pelo tempo em relação à diversidade de manifestação, processualização e auto-

¹ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Professor titular de Direito Penal do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da Univali. Advogado.

² Doutor e Mestre em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do UDF – Centro Universitário do Distrito Federal. Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC. Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da ANACRIM – Associação Nacional da Advocacia Criminal. Advogado.

¹ ROCHA, Leonel Severo. Tempo. Em: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Editora Unisinos/Editora Renovar, 2006, p. 800.

observação do Direito.² No Processo Penal, o tempo do processo e a sua respectiva celeridade devem ser interpretados à luz da epistemologia dos Direitos Humanos (ou Direitos Fundamentais, a depender do ângulo de observação) para a proteção daquele que Ferrajoli³ nominou de “mais débil”, ou seja, mais fraco da relação jurídica: o investigado/acusado. Isso porque, o que faz do processo uma operação distinta da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros de “justiça sumária” é o fato que ele persegue, em coerência com uma dúlice função preventiva do Direito Penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes. Conforme o autor⁴, é essa segunda preocupação que está na base de todas as garantias processuais que circundam o processo e que condicionam de vários modos as instâncias repressivas expressas pela primeira. A história do Processo Penal pode ser lida como a história do conflito entre essas duas finalidades, logicamente complementares, mas na prática contrastantes.

2. O PRINCÍPIO DA CELERIDADE (OU DIREITO AO PRAZO RAZOÁVEL) NO PROCESSO PENAL

O Princípio da Celeridade em Matéria Criminal (ou direito a julgado num prazo razoável em Processo Penal) apareceu inicialmente nas Declarações Internacionais que versam sobre Direitos Humanos. A partir delas, nas últimas décadas, ocorreram reformas diversas no âmbito do Processo Penal em vários Estado-Nações com o fim de promover o difícil equilíbrio entre repressão ao delito e o direito à liberdade do investigado/acusado presumidamente inocente

até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que exige um Sistema Constitucional a garantir um processo penal democrático e construído pela afirmação do respeito à dignidade humana, mas sem atrasos injustificados.

E o marco temporal dessa preocupação se dá com o período pós 2ª Guerra Mundial. A partir do seu término, aflora-se em vários países do continente europeu um conjunto de textos constitucionais que trazem em seu bojo características e vetores diferenciados daqueles até então enunciados. Luigi Ferrajoli⁵ explica que isso se dá, especialmente, em razão das consideráveis alterações ocorridas no imaginário coletivo e na cultura jurídica e política. Tanto que se for possível assinalar o momento temporal determinante dessa quebra paradigmática, pode-se fazê-lo no ano de 1945, ou então, o período posterior a derrocada do nazismo e do fascismo na Europa.

Por consequência, a singularidade trazida por este constitucionalismo do período pós-guerra compreende uma nova cultura jurídica⁶ expressada a partir da proclamação de Tratados e Convenções Internacionais que versavam sobre Direitos Humanos,⁷ sempre com a inclusão de garantias que afetam significativamente o Processo Penal e que é, mais tarde, forjado a partir daquilo que se reconhece hoje por *due process of law*.⁸ Por isso, o Princípio da Celeridade ou Direito ao Processo no Prazo Razoável, muito frequentemente, aparece como parte integrante da cláusula do Devido Processo Legal.⁹

E talvez o primeiro significativo exemplo de expressão normativa deste contexto tenha se

² ROCHA, Leonel Severo. Tempo. Em: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Editora Unisinos/Editora Renovar, 2006, p. 800.

³ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Traducción de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008, p. 51-56.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 483.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Traducción de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008, p. 28.

⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid:

Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007. p. 213.

⁷ Pode-se anotar como exemplos a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Constituição Italiana de 1948, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1948. In: FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Traducción de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008, p. 28.

⁸ VILAR, Silvia Barona. La Justicia Penal y la Celeridad: luces y sombras. In: La Reforma del Proceso Penal Peruano. **Anuario de Derecho Penal**, 2004, p. 76.

⁹ Conforme: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 83; ver, ainda: TUCCI, Robério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 67.

dado com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10 de dezembro de 1948.¹⁰

Esse dispositivo serviu de inspiração para que o princípio guardasse previsão em pelo menos dois itens da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) de 04 de novembro de 1950 e que entraria em vigor em 1953.¹¹

Depois disso, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, também fez referência ao Princípio da Celeridade em seu art. 9º, item 3¹².

Aliás, este diploma abriga importantes inovações no que se refere as previsões anteriores relativas ao princípio estudado. A primeira é que prevê que se o investigado/acusado estiver preso, tem direito de ser julgado num prazo razoável, sob pena de ser posto em liberdade.¹³ A segunda é que este julgamento ocorra “sem dilações indevidas”, conforme se verifica da redação da alínea “c” do item 3 do art. 14¹⁴.

Nas Américas, um Tratado Internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) e que foi subscrito

durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, deu origem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, diploma que entraria em vigor em 18 de julho de 1978. O Prazo Razoável do Processo Penal está previsto no dispositivo que trata das garantias judiciais (art. 8º. 1)¹⁵.

Ou seja, na CADH, tem-se, de um lado, o direito ao julgamento em prazo razoável para qualquer processo, penal ou não penal; de outro, é assegurado (na forma de garantia), em caso de acusado preso (agora exclusivamente para o Processo Penal), que seja ele posto em liberdade caso a duração do processo ultrapasse o prazo razoável.¹⁶

No plano interno dos Estados e, portanto, sob a ótica dos Direitos Fundamentais, a Constituição da República Portuguesa prevê, no dispositivo que trata das Garantias de Processo Criminal (art. 32): “2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.¹⁷ Portanto, deve-se evitar a dilação indevida do

¹⁰ Segue teor do dispositivo: “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”.

¹¹ “Art. 5º. Direito à Liberdade e à Segurança. (...) 3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo. (...) Art. 6º. Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (...).

¹² Segue teor: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento

da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.

¹³ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 21-22.

¹⁴ Art. 14. (...) 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) c) de ser julgado sem dilações indevidas; (...).

¹⁵ Conforme o dispositivo, “1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Redação semelhante àquela prevista no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos também foi aqui consagrada (art. 7, item 5): “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 83.

¹⁷ A Constituição da República Portuguesa, aprovada em 2 de abril de 1976, previa, em seu art. 32, que “todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação”. Posteriormente, com a reforma constitucional

prazo, mas sem que se lesem Direitos Fundamentais relacionados à defesa do investigado/acusado.¹⁸

Quanto ao Brasil, a Constituição da República Federativa não previu, originariamente (como, aliás, fizeram as mais modernas Constituições), o Princípio da Celeridade em matéria criminal. Incluiu essa norma de Direito Fundamental relacionada ao direito a um julgamento em prazo razoável apenas no ano de 2004 (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45),

de 1982, acresceu-se ao texto referido: “devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. Há, portanto, no texto atual, uma íntima relação entre o direito à celeridade processual e a presunção de inocência do acusado. Aqui, se o dispositivo em questão restringe o julgamento “no mais curto prazo” àquele que se presume inocente, parece claro que tal direito tem sua aplicação restrita ao âmbito do Processo Penal. Com efeito, a presunção de inocência é garantia que vige somente no Processo Penal, daí decorrendo que o direito ao julgamento no mais curto prazo não se aplica aos processos não penais (Conf.: LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 36).

¹⁸ Outros exemplos: a Constituição da República de Angola consagra o Princípio da Celeridade no artigo que trata do “Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva” (art. 29, item 5): “5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”; a Constituição da República de Cabo Verde estabelece os princípios aplicáveis ao Processo Penal em seu art. 34. A Celeridade vem enunciada logo no item 1: “Todo o arguido presume-se inocente até ao trânsito em julgado de sentença condenatória, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”; idênticas previsões podem ser extraídas das Constituições da República Democrática de São Tomé e Príncipe e de Guiné-Bissau. A primeira consolida o Princípio da Celeridade do Processo em seu art. 40 (Garantias de Processo Criminal), item 2: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. A segunda prevê a garantia ao Prazo Razoável do Processo Penal em seu art. 42, item 2: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”; há países, por outro lado, que não trazem o Princípio da Celeridade expressamente previsto no texto constitucional, a exemplo da República de Moçambique. A previsão, no entanto, é explícita na legislação ordinária, sobretudo, no Código de Processo Penal (Lei 25/2019). O artigo 2º de referido diploma trata da “Celeridade Processual e Garantias de Defesa” e apresenta, em parte, a seguinte redação: “1. Todo o arguido tem o direito de ser julgado no mais curto prazo, compatível com as garantias de defesa. 2. O andamento de processos em que haja arguidos privados de liberdade, ainda

quando foi introduzido no texto constitucional do art. 5º, o inciso LXXVIII com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.¹⁹

Aqui, fazendo-se um paralelo com a duplicidade do tratamento do Direito ao Processo em Prazo Razoável, é possível verificar que o inciso LXXVIII do art. 5º equivale à garantia genérica do Direito ao Processo, de qualquer natureza (penal,

que por via de recurso, tem precedência sobre todos os outros. (...). Igualmente e, por fim, a República de Timor Leste não traz qualquer dispositivo relacionado à Celeridade do Processo no seu texto constitucional. No item 6º do Preâmbulo do Código de Processo Penal (Aprovado pelo Decreto-lei 13/2005), porém, registra que “consagrou-se um modelo de tramitação processual o mais simplificado possível com o objectivo de privilegiar a celeridade processual enquanto instrumento capaz de garantir maior eficácia na prevenção da criminalidade (...)”. Conforme se observa, o referido princípio (no preâmbulo) não é ali previsto como garantia de um prazo razoável do processo para o acusado, mas como uma espécie de instrumento de “segurança pública”. Apesar disso, parece interessante o texto contido no item 5 do art. 250 do Código de Processo Penal da República de Timor Leste, que trata da “continuidade da audiência”: “A audiência interrompida ou suspensa retoma-se a partir do último acto processual praticado, mas se não for possível retomar a audiência no prazo de trinta dias a prova produzida é ineficaz”. Ou seja, tem-se aí um instrumento legal que obriga que os atos da audiência suspensa sejam retomados num prazo de 30 dias, o que, não se pode negar, comporta relação com o Princípio da Celeridade do Processo.

¹⁹ Na verdade, não houve inovação com a inclusão do inciso LXXVIII no art. 5º. Conforme se verificou, o Direito Fundamental ao Prazo Razoável do Processo no Brasil já estava expressamente assegurado nos artigos 7º, item 5, e 8º, item 1, da CADH (aderida pelo Estado Brasileiro pelo Decreto nº 678, de 06/11/1992), dispositivos recepcionados pelo art. 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Esta recepção é atestada pelo teor do texto do art. 5º, § 2º, da Constituição, que prevê: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ainda, acerca desta matéria, em 2004, incluiu-se o § 3º no art. 5º da Constituição: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Dessa forma, se o decreto legislativo do Congresso Nacional e que referenda o texto do Tratado Internacional que versa sobre Direitos Humanos for aprovado da mesma maneira e por *quorum* idêntico aquele referente a votação das emendas constitucionais (EC), terá este tratado *status* de norma constitucional.

civil, trabalhista, administrativo, etc.) no prazo razoável ou, então, o direito a uma razoável duração do processo (CADH, art. 8º, item 1). De outra parte, esta garantia prevista no mencionado dispositivo constitucional é mais ampla do que a garantia genérica ao Direito ao Processo no Prazo Razoável, vez que nos Tratados Internacionais, tal garantia é exclusiva dos processos judiciais. A garantia prevista na Constituição Brasileira, porém, aplica-se “no âmbito judicial e administrativo”²⁰.

3. FUNDAMENTOS DO CARÁTER RAZOÁVEL DO PRAZO NA PERSECUÇÃO PENAL

De modo geral, prazo é o espaço de tempo dentro do qual se deve realizar um ato processual. Para o Processo Penal, prazo pode ser definido como toda condição de tempo posta em exercício de uma determinada atividade processual.²¹ O Processo Penal é uma série de atividades realizadas pelo juiz independente, nas formas previstas pela lei, e seguida da formulação em contraditório público entre acusação e defesa de um juízo consistente na verificação ou falsificação empírica de uma hipótese acusatória, e na consequente condenação ou absolvição de um acusado.²² Trata-se de um instituto essencialmente dinâmico, no qual o desenvolvimento de suas atividades requer um determinado tempo para que seja transcrito todo o *iter* necessário até o provimento final. Por isso, não se pode imaginar um Processo Penal no qual o provimento seja imediato. Tal como a vida, tem o processo diferentes momentos, os quais podem ser descritos como nascimento, desenvolvimento e extinção (ou morte).²³

Desse modo, quando se trata de prazo razoável, quer-se dizer que todo esse conjunto de atividades processuais devem (e só podem) ser realizadas dentro do tempo fixado como razoável. Dito de outro modo, o prazo razoável é o período

dentro do qual se pode tramitar um Processo Penal adequado num Estado Democrático de Direito. Esse lapso é determinado conforme a normatização da medição de tempo que rege todos os aspectos da vida cotidiana. Por isso, esses prazos são estabelecidos em horas, dias, semanas, meses e anos.²⁴

Historicamente, o Princípio da Celeridade em Processo Penal se funda em problemas bastante antigos. Já no séc. XVIII, no clássico “Dos Delitos e das Penas”, Beccaria afirmava que a pena será tanto mais útil quanto mais perto do delito for ela aplicada, ou seja, “o processo (...) deve ser conduzido sem protelações”²⁵. Em termos gerais, os dois mais imediatos fundamentos para uma célere tramitação do processo são anotados por Roxin²⁶. Conforme o autor, levando-se em consideração que o Processo Penal intervém sensivelmente no âmbito dos Direitos Fundamentais do investigado/acusado (que é presumidamente inocente) e que a qualidade dos meios de prova (a exemplo da capacidade de memória para produção da prova testemunhal) diminuem com o transcurso do tempo, deve existir um interesse por parte da administração da justiça pela celeridade.

O **primeiro** fundamento, (dignidade e respeito aos Direitos e Garantias do investigado/acusado) é o mais importante e dele, todos os demais, eventualmente informados, figuram num plano secundário. E essa conclusão deriva dos próprios fins do Processo Penal: com a implementação de um direito de persecução penal estatal, surge também a necessidade de erigir barreiras contra a possibilidade de abuso desse poder. Assim, os limites à faculdade de intervenção do Estado devem proteger o inocente frente a persecuções injustas e afetações excessivas da liberdade e também devem assegurar ao culpado a salvaguarda de todos os

²⁰ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 37-38.

²¹ PASTOR, Daniel R. Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal. REJ – **Revista de Estudios de la Justicia** – Nº 4 – Año 2004, p. 68.

²² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 483.

²³ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 5.

²⁴ PASTOR, Daniel R. Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal. REJ – **Revista de Estudios de la Justicia** – Nº 4 – Año 2004, p. 68.

²⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 57.

²⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 116.

seus direitos de defesa.²⁷ Ou seja, limitar o poder punitivo é a função do Processo Penal.

Nesta perspectiva, dificilmente se pode negar que no Processo Penal o tempo é o verdadeiro significante da punição, não só na pena privativa de liberdade, mas também na prisão cautelar²⁸ e, especialmente, no simples fato de figurar o sujeito na condição de investigado/imputado²⁹: conforme anotou Francesco Carnelutti há mais de meio século no célebre “As Misérias do Processo Penal”³⁰, pune-se desde logo por meio do processo. Dessa forma, quando a duração do processo supera os limites do prazo razoável, novamente o Estado se apossa ilegalmente do tempo do investigado/acusado, e de forma irreversível. E esse apossamento ilegal ocorre ainda que não exista prisão cautelar, porque o processo, em si mesmo, é uma pena. Além da estigmatização, tanto social, quanto jurídica³¹ suportada enquanto o processo tramita, a submissão do investigado/acusado ao processo autoriza a ingerência estatal sobre toda uma série de Direitos Fundamentais para muito além da liberdade de locomoção atingida pelo cárcere, pois permite restrições sobre a livre disposição de bens, a privacidade de comunicações, a intimidade

e a vida privada, a inviolabilidade de domicílio, enfim, a própria dignidade do acusado.³²

A intervenção sobre os Direitos Fundamentais que o processo invariavelmente acarreta, também impõe semelhança ao reconhecimento do caráter similar aquele da pena do direito material que o processo leva consigo. Na verdade, além dos fins naturalmente formais que a lei atribui ao Processo Penal, na prática, ele fatalmente tende a cumprir com outros fins de conteúdo material. As reflexões abrangentes mais atuais que tratam da operação do Sistema Penal e buscam especificar seus fundamentos axiológicos³³, demonstram com bastante segurança que o Processo Penal já representa, por si só, uma pena estatal, com ou sem prisão cautelar, uma “pena por suspeita”. Na verdade, especialmente nos processos de investigação prolongada, desde o início, há uma submissão do acusado a condições de “semipenalização”, as quais se manifestam em determinadas situações que se enquadram no chamado caráter idêntico à pena já atribuída ao processo: angústia, gastos financeiros dos mais diversos, estigmatização, perda de tempo e trabalho, humilhação, descrédito, etc. Desse modo, a carência de uma

²⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 2.

²⁸ Muito embora sejam escassas pesquisas empíricas a respeito da duração dos Processos Penais, na Itália, Carlo Guarnieri apresenta estudo publicado há cerca de 20 anos relativo aos prazos dos processos em alguns países europeus. Da pesquisa, verificou-se que na Itália, um processo penal durava em média entre 9 e 13 meses; na Alemanha, entre 3,9 e 5,1 meses; na França, entre 7 e 9 meses. Além disso, a pesquisa constatou um dado que fatalmente lesa o princípio da presunção de inocência: 48% dos presos na Itália eram presos preventivos, ou seja, a espera de um julgamento. Conforme: GUARNIERI, Carlo **¿Cómo funciona la máquina judicial? El Modelo Italiano**. Traducción de Alejandro W. Slokar y Norberto F. Frontini. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 163.

²⁹ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. ix.

³⁰ CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 2. Ed. Campinas: Russell Editores, 2009.

³¹ Embora não se conheçam estudos que tenham se debruçado na missão de descrever as precondições estruturais do estigma (BACILLA, Carolos Roberto. **Criminologia e estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 14), pode-se intuir que o processo de estigmatização decorre do exercício regular do Poder Punitivo, ou seja, dentro das expectativas sociais e jurídicas

geradas pelo conflito. Em que pese a parte mais importante da deterioração da imagem do indivíduo no contexto social fique por conta daquilo que Foucault tenha denominado “instituições de sequestro”, a condição de acusado em Processo Penal atinge o sujeito das mais diversas maneiras, sobretudo, quando estiver ele sujeito a medidas cautelares reais e/ou pessoais (Ver: CHAVES JUNIOR, Aírto. **Além das Grades**: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018). Além disso, conforme anota Eugênio Raúl Zaffaroni, a carga estigmática produzida por qualquer contato do sujeito com o Sistema Penal, principalmente com pessoas carentes, faz com que alguns círculos alheios a esse ambiente recomendem (ou proibam) a coalizão com estigmatizados, sob pena de considera-los, também, *contaminados*. Diante disso, adverte o autor, que não se trata simplesmente de um acordo externo, mas também de sério “tratamento” integrado em um complexo processo de deterioração (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do Sistema Penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001, p. 134-135).

³² LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal**: fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 98-102.

³³ Ver: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, mais especificamente a Segunda Parte da obra, p. 167 e ss.

determinação aproximadamente precisa da duração do processo coloca o investigado/acusado na chamada “situação de dupla incerteza”: ele não sabe como o processo terminará e, também, não sabe quando ele chegará ao fim. Desde o início, portanto, “vem sendo sentenciado”³⁴.

Acerca disso, Luigi Ferrajoli³⁵ lembra que as várias formas e mecanismos de diferenciação interna da pena e de multiplicação das sanções penais atípicas não retribuidoras se deve ao desenvolvimento do Processo Penal, que na sociedade moderna de comunicação de massa tende a se tornar, por si mesmo, numa sanção talvez mais odiosa que a própria pena tradicional. Basta imaginar, por um lado, o uso da incriminação como um instrumento de culpabilidade preventiva e de estigmatização pública e, por outro lado, a proliferação de milhões de processos a cada ano que não resultam pena alguma (ou seja, terminam com os réus absolvidos) mas que, ainda assim, são instrumentos produtores de certificados penais e de *status* jurídico-sociais (de reincidente, de perigoso, ou no aguardo de sentença ou coisa parecida).

Além disso, toda a perseguição penal, incluindo-se aqui a decisão judicial no âmbito criminal, revela-se como determinada manifestação de poder do Estado. E a regra do Direito, como instrumento de limitação desse poder é, antes de qualquer coisa, um imperativo para alcançar o maior campo de liberdade (e segurança).³⁶ Por isso, o prolongamento do processo para além do prazo razoável se converte na principal violação de todas e de cada uma das diversas garantias que o investigado/acusado possui.

No que se refere ao **segundo** fundamento (interesse probatório), tem-se que quanto maior é o tempo entre a prática do crime e a prova relacionada à materialidade/autoria produzida acerca desse acontecimento histórico, mais ela se

perde. Isso porque os vestígios materiais e a própria memória (prova testemunhal) em torno do crime arruínam a sua eficácia com o passar dos anos. Assim, a atividade probatória como um todo se vê prejudicada pelo tempo,³⁷ pois a medida em que o tempo passa, mais os vestígios do passado se afastam do presente.

Além desses dois primeiros fundamentos, a célere tramitação do processo sem atropelo de garantias fundamentais pode ser complementada por outros dois alicerces lembrados por Aury Lopes Junior³⁸. Um deles é o chamado “interesse coletivo”, pois é desejável que as instituições funcionem corretamente e dentro de uma regularidade, o que é inerente à própria estrutura do Estado Democrático de Direito. O último fundamento trata da “confiança na capacidade da Justiça” em resolver os assuntos colocados sob sua apreciação no prazo legalmente considerado como adequado e razoável. Para além do limite legal, é fundamental que a Administração da Justiça, na medida em que invocou para si o monopólio da jurisdição, atue num prazo razoável também para o jurisdicionado, pois não se pode continuar desprezando o eterno problema entre o tempo objetivo (absoluto), em que se estrutura o Direito, e o tempo subjetivo daquele que sofre a incidência ou que necessita do amparo do sistema jurídico.³⁹

Diante disso tudo, além de buscar garantir legitimidade à Justiça Estatal (com lógica de produtividade e maior eficácia na produção da prova), o respeito ao Princípio da Celeridade reduz significativamente a possibilidade de restrições ilegítimas dos direitos do investigado/acusado que esvaziam o conteúdo útil do princípio da presunção de inocência.

4. INSTRUMENTOS DE VERIFICAÇÃO DO CARÁTER (NÃO) RAZOÁVEL DO PRAZO

No âmbito internacional, conforme se verificou, a ideia de Celeridade é presente em vários diplomas (Tratados e Convenções). No

³⁴ PASTOR, Daniel R. Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal. REJ – **Revista de Estudios de la Justicia** – Nº 4 – Año 2004, p. 66.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 487.

³⁶ PASTOR, Daniel R. Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal. REJ – **Revista de Estudios de la Justicia** – Nº 4 – Año 2004, p. 62.

³⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal**: fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 103.

³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal**: fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 103-104.

³⁹ Vale recordar aqui que, depois de Albert Einstein e da Teoria da Relatividade, desconstituiu-se a noção de tempo linear. O tempo, também, passou a ser considerado relativo.

âmbito do direito interno dos Estados, em regra, aparece na forma de Direito Fundamental no texto das Constituições. Quando isso não acontece, está ele previsto na figura de lei ordinária na legislação criminal. Mas não é tarefa fácil definir o que é prazo razoável pois, definir prazo é empreitada semelhante àquela que procura definir tempo.

De acordo com aquilo que anota Alexandre Morais da Rosa⁴⁰, há duas formas para se garantir o direito ao julgamento no prazo razoável e sem dilações indevidas. Uma delas é a do “prazo fixo”, possível quando o diploma fixa tempo limite para o Processo Penal, com termos inicial e final. A segunda possibilidade, adotada na grande maioria dos países, é a regra do “não prazo”. A partir dessa espécie, deve-se buscar subsídios para a adoção de parâmetros que permitam aferir a razoabilidade do tempo de duração do processo.

E a partir dessa segunda perspectiva (regra do não prazo), há controvérsia para constatação da violação ao Princípio da Celeridade. Os critérios mais utilizados são aqueles fixados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), quais sejam: a) a complexidade do caso; b) o comportamento da parte; c) o comportamento das autoridades judiciárias.⁴¹ Importa anotar que nenhum dos três critérios traz fórmulas matemáticas de aferição. A análise, portanto, é sempre realizada no âmbito concreto e caso-a-caso.

A “complexidade do caso”, em regra, está relacionada a multiplicidade de investigados/acusados, pluralidade de crimes sob investigação e de respectivas imputações, abrangência do espaço territorial onde se desenvolveram as ações (sobretudo, porque isso influencia diretamente na diversidade de locais onde a prova pode/deve ser produzida - delitos transnacionais, por exemplo), processos com número indeterminado de vítimas e/ou, com vítimas difusas, dentre outras questões.

No que se refere ao “comportamento da parte” (ou seja, a influência da conduta do réu em relação à demora do processo), deve-se atentar se o acusado está a colaborar propositalmente e de maneira procrastinatória com a dilatação do prazo. Neste caso, é “perfeitamente admissível o argumento de que se a demora ocorreu por atos de natureza manifestamente procrastinatória por parte do investigado/acusado, não há que se falar em dilatação indevida, senão em atraso gerado e imputável à parte”⁴². Então, o Estado não pode ser responsabilizado por eventuais manobras dilatórias realizadas pelo acusado. Mas aqui, um alerta é importante: não se consideram atos procrastinatórios aqueles relacionados ao regular exercício de defesa, tais como recursos e requerimentos imprescindíveis ao exercício do contraditório.⁴³ A ampla defesa é, inclusive, reconhecida pelo TEDH. Ou seja, não se pode atropelar direitos e garantias fundamentais sob o pretexto da necessidade de acelerar o curso da marcha processual. Necessário, pois, equilíbrio entre esses dois elementos que compõe, cada qual, um lado da balança.

Quanto ao terceiro critério (comportamento das autoridades judiciárias), deve ser analisado a partir da exclusão dos dois critérios anteriores: quando o caso não for complexo e a demora não for provocada pelo investigado/acusado. Em termos gerais, quando ausentes fatores justificantes dos critérios anteriores, o Estado procura justificar a demora da prestação jurisdicional na precariedade das estruturas de trabalho e no acúmulo de serviço dos seus funcionários. É comum, por outro lado, a falta de efetividade do processo ser marcado por omissões e falhas das autoridades encarregadas de investigações. Esses fatores, porém, não compreendem causas justificantes a ponto de se admitir a dilatação do prazo para além do razoável. É bastante óbvio que cabe ao Estado criar

⁴⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 6. Ed. Florianópolis: EMais, 2020, p. 587-588.

⁴¹ Semelhantes critérios são também invocados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para aferição de violação ao Princípio da Celeridade. Ver, a título exemplificativo: COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 38/02**. Admissibilidade petição 12.237, Damião Ximenes Lopes, Brasil. 9 de outubro de 2002.

⁴² LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 42 (nota 6).

⁴³ Se os Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados ao Direito Interno do Estado (a Constituição), bem como o arcabouço legislativo ordinário, colocam à disposição do investigado/acusado diversos instrumentos para o regular exercício da defesa, a exemplo dos recursos, não é coerente que a sua utilização seja argumento legítimo para que o Estado prorrogue indevidamente o prazo do processo. De outra parte, medidas que não tenham relação alguma com a ampla defesa ou mesmo, não tenham apoio legal, tal como a fuga do acusado, podem sim ser levados em conta para justificar a necessária prorrogação.

condições necessárias frente a demanda de tutela para o bom funcionamento dos órgãos públicos e, por consequência, garantir os direitos consagrados nos Tratados e Convenções Internacionais que este mesmo Estado culminou por ratificar. Por isso, o atraso pode resultar não somente de dilações imputáveis aos órgãos do Poder Judiciário, mas também a outras instituições ou autoridades que atuam na persecução penal. Não se pode, portanto, legitimar o “anormal funcionamento” do Estado quando isso decorre de ingerência de quaisquer de seus órgãos.

4.1 Termo Inicial da Contagem do Prazo

Ainda assim, conforme se verifica da análise desses três critérios, não há, propriamente, um limite temporal, o que dificulta em muito a verificação da eventual ofensa ao Princípio da Celeridade. Há discussão, inclusive, acerca do momento em que ocorre o início do cômputo do prazo.

Sabe-se que o Princípio da Celeridade em Matéria Criminal trata do Direito ao Prazo Razoável no Processo Penal. O vocábulo “processo” compreende o momento a partir do oferecimento da Inicial Acusatória. No entanto, é certo que não é este o termo inicial para o cômputo desse do prazo. Conforme se anotou em linhas anteriores, a persecução penal, desde a investigação criminal, acarreta sérias restrições aos Direitos Fundamentais do investigado (medidas cautelares de toda ordem, reais e pessoais).⁴⁴ Por isso, o início do prazo razoável não pode ser outro senão aquele computado do

momento em que o Estado passe a considerar determinada pessoa como investigada. Ou seja, deve-se optar pela concepção material de acusação, e não a compreensão meramente formal.⁴⁵

Para efeitos de termo inicial da contagem do prazo antes de instalado o Processo Penal, então, deve-se levar em conta os atos da Investigação Preliminar, tais como a intimação do investigado para prestar declarações nesta condição, o indiciamento, medidas cautelares reais (apreensão de bens) ou pessoais (prisão cautelar) ou o implemento de quaisquer meios de obtenção de prova que atinja e/ou restrinja Direitos Fundamentais do investigado (interceptação de comunicação telefônica, por exemplo).

4.2 Termo Final da Contagem

Existe também divergência no tocante ao termo final do prazo razoável de duração do Processo Penal. E a solução dessa controvérsia exige que se diferenciem duas situações: a) o direito a um julgamento no prazo razoável para todos os tipos de processos (CADH, art. 8º, item 1; CEDH, art. 6º, item 1); b) o direito ao desencarceramento em caso de preso cautelar não julgado no prazo razoável (CADH, art. 7, item 5; CEDH, art. 5º, item 3).⁴⁶

Com relação à primeira hipótese (a), o termo final a ser considerado é o momento do julgamento definitivo sobre o mérito da acusação. É com o trânsito em julgado da sentença de mérito que a parte terá recebido a tutela jurisdicional.⁴⁷ Dito de outro modo, o período para o julgamento

⁴⁴ Leve-se em conta aqui o exemplo extremo trazido por Denilson Feitoza: imaginemos uma pessoa indiciada numa investigação preliminar pela prática do crime de homicídio doloso, cuja investigação, após o indiciamento, dure os quase vinte anos de prazo prescricional (prazo máximo da prescrição penal prevista no Código Penal Brasileiro). Imaginemos que neste período, o investigado sempre esteve sujeito, em princípio, a medidas com prisão preventiva, busca e apreensão domiciliar, interceptação de comunicação telefônica, etc. Diante do exemplo, fica mais fácil entender-se porque a persecução criminal, incluindo o processo penal propriamente dito, constitui-se numa pena do ponto de vista material (social), ainda que a pena seja, do ponto de vista formal (jurídico), apenas a sanção aplicada como efeito jurídico da condenação criminal (FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 7. Ed. Niterói: RJ: Impetus, 2010, p. 161-162).

⁴⁵ Então, antes de instalado o Processo Penal, deve-se levar em conta os atos da Investigação Preliminar: intimação do

investigado para prestar declarações nesta condição, indiciamento, medida cautelar real (apreensão de bens) ou pessoal (prisão cautelar)

⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 87.

⁴⁷ Importante anotar que por “decisão de mérito”, deve-se dispensar sentido amplo. Dessa forma, no caso de uma decisão processual, em virtude de um obstáculo ao exame do mérito, a razoabilidade da duração do processo deve ser considerada em relação ao momento que esta decisão terminativa transitar formalmente em julgado, ou seja, da decisão que põe fim ao Processo Penal, ainda que se trate de uma decisão que não se pronuncie sobre o fundamento da acusação (Comissão Europeia, Caso Soltikow, parecer de 03.02.1970). Conf.: LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 91-92 (nota 27).

dos recursos interpostos pelas partes deve ser computado para aferição do prazo razoável do processo.

No que se refere a segunda situação (b), duas orientações estão presentes. Uma delas sustenta que o termo final é o dia em que é proferida a sentença de mérito, ainda que recorrível. A outra defende a ideia de que o prazo final da contagem é o dia em que é proferida a sentença de mérito.

Assim, conforme se pode observar, a diferença desta segunda possibilidade transita na inclusão do prazo recursal no cômputo do prazo razoável para fins de desencarceramento. Da análise, considera-se mais adequada a segunda posição no sentido de que, enquanto pende o recurso, é possível considerar que o prazo da prisão se estende além do prazo razoável e, por consequência, o investigado/acusado tem direito a ser posto em liberdade.⁴⁸

5. DETERMINAÇÃO E POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DA DILAÇÃO INDEVIDA DO PRAZO

De acordo com aquilo que se verificou, entende-se que a razoabilidade do prazo deve ser aferida no âmbito concreto, de modo que prevalece a “doutrina do não prazo” no âmbito da jurisprudência internacional de Direitos Humanos. Diante disso, tem-se que o legislador interno de cada país deve cuidar em estabelecer prazos máximos de duração da persecução penal levando-se em conta critérios específicos. Pode-se, por exemplo, fixar legalmente hipóteses excepcionais diante das quais pode haver uma prorrogação máxima (uma espécie de “prazo limite”) além da qual não se justificaria, de maneira alguma, a continuação da persecução penal. Essa hipótese que estabelece um meio termo no qual há prazos máximos em situações normais, mas com possibilidades de prorrogações

diante de casos excepcionais devidamente especificados em lei, talvez permita satisfazer o Princípio da Celeridade e, ainda, garanta ao acusado o direito de ser julgado num prazo razoável.⁴⁹ Mas, até que a lei regule o prazo razoável de duração do processo a partir de balizas específicas, faz-se necessário encontrar soluções que concretizem este Direito Fundamental para além das fórmulas insuficientes da doutrina do “não prazo”, o que se faz a partir de “medidas compensatórias”.⁵⁰ Neste caso, Aury Lopes Junior e Gustavo Badaró⁵¹ apresentam quatro possíveis medidas: a) soluções no âmbito civil; b) soluções no âmbito penal; c) soluções processuais; e, d) soluções sancionatórias.

Com relação a primeira espécie de compensação (**soluções cíveis**), resolve-se com a indenização dos danos morais e/ou materiais (condenação do Estado) suportados pelo investigado/acusado.⁵²

No que se refere às soluções no **campo penal**, conforme os autores, várias são as possibilidades. Inicialmente, poder-se falar em duração não razoável do Processo Penal, o que vulnera a garantia do Devido Processo Legal e, por consequência, dá lugar a possível nulidade do processo.⁵³ Uma segunda ideia é a de que o acusado já sofreu prejuízos de toda ordem num Processo Penal que se estendeu indevidamente para além do prazo razoável, o que configura um castigo antecipado que deve ser compensado ao se impor a sanção definitiva. Ao assumir o caráter punitivo do tempo, compreende-se que a duração irrazoável do processo, que por certo constitui uma espécie de sanção antecipada, deve ser considerada circunstância relevante posterior ao crime, o que pode se materializar na forma de circunstância atenuante inominada por ocasião da aplicação da pena.⁵⁴ Numa terceira dimensão, pensa-se na hipótese da concessão do perdão judicial com a consequência extinção da

⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 88.

⁴⁹ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 7. Ed. Niterói: RJ: Impetus, 2010, p. 163.

⁵⁰ PASTOR, Daniel R. Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal. REJ – **Revista de Estudios de la Justicia** – Nº 4 – Año 2004, p. 72.

⁵¹ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 117-130.

⁵² Muito embora exista uma grande resistência em se reconhecer a existência de dano e, por consequência,

dever de indenizar quando não há encarceramento, vale anotar que a indenização pode ser devida ainda que não tenha o investigado ou acusado sofrido prisão cautelar.

⁵³ Mas, aqui, Lopes Junior e Badaró compreendem que a postura poderia dar ensejo a uma reprodução do processo ou dos atos afetados, o que originaria maiores problemas e demandaria ainda mais tempo. Ou seja, seria uma “não solução”.

⁵⁴ De acordo com os autores, a depender do tempo transcorrido e, por consequência, do grau de violação do Princípio da Celeridade, poder-se-ia, inclusive, reduzir a pena abaixo do mínimo legal.

punibilidade para os casos em que a lei permite. Finalmente, uma quarta possibilidade para compensar a duração não razoável do processo é a absolvição do acusado.

Embora encontre grande resistência, dentre as soluções no **campo processual**, tem-se que a melhor delas é a extinção do processo sem julgamento do mérito. Na medida em que se reconhece a ilegitimidade do poder punitivo pela própria desídia do Estado, o processo deve findar. A sua continuação além do prazo razoável vulnera o Princípio da Legalidade, fundante do Estado de Direito, bem como o Devido Processo Legal. O prazo razoável, neste passo, funciona como verdadeiro limite da legitimação do exercício do poder estatal no âmbito do processo.⁵⁵

Por fim, as **soluções sancionatórias** compreendem a punição do servidor público responsável pela dilação indevida do prazo (responsáveis pela investigação criminal, juízes, promotores de justiça – fiscais -, etc.), o que pode exigir, ainda, uma incursão pelo Direito Administrativo, Civil e Penal, no último caso, se o fato configurar crime (prevaricação, abuso de autoridade, etc.).

Depois de expostas essas quatro medidas possíveis, é de se concordar com Daniel R. Pastor⁵⁶. Para ele, apesar da solução cível (indenização) ser dominante no campo da doutrina, é modalidade compensatória questionável devido à sua latente incompatibilidade com o Estado de Direito. O mesmo ocorre com as possibilidades de compensação penal. É que, após o reconhecimento da violação do Princípio da Celeridade por parte do Estado nessas hipóteses, mantém-se o processo e a respectiva violação

inalterada, o que reduz a reprovação da violação ao Direito Fundamental ao tempo em que se afasta de sua real efetivação. Ou seja, são todas elas incapazes de reagir contra a violação ao direito de ser julgado num prazo razoável pois, uma vez ultrapassado o período razoável de duração do processo, este ainda se manterá - excessivamente e ilegitimamente - o tempo que for necessário para alcançar ao fim a sentença final.

Diante disso, a solução que transita no campo processual parece mais adequada. Dentro dessa perspectiva, uma vez verificado que o prazo razoável do Processo Penal está violado, deve funcionar essa condição como impedimento processual que não mais possibilita a prorrogação do processo⁵⁷, pois, caso continue, tem-se doravante, um Processo Penal ilegítimo, ou seja, um indevido processo (i)legal.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BACILLA, Carlos Roberto. **Criminologia e estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1 ed. Brasileira. 2. Ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008.

⁵⁵ Um bom exemplo de limite normativo interno pode ser encontrado no Código de Processo Penal do Paraguai, na América do Sul. Em sintonia com a Convenção Americana de Direitos Humanos, estabelece importantes instrumentos de controle para evitar dilatações indevidas. Conforme os artigos 136 e seguintes, o prazo máximo de duração do Processo Penal será de 3 (três) anos, após o qual o juiz o declarará extinto. Adota-se, aqui, uma solução processual extintiva, portanto. Em complemento, o Código de Processo Penal do Paraguai também fixa, no art. 139, um limite para a fase de investigação preliminar que, uma vez superado, impede o futuro exercício da ação penal. Trata-se, assim, da perda do poder de proceder contra alguém em virtude do decurso do prazo (razoável) fixado em lei (Conforme: LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 86)

⁵⁶ PASTOR, Daniel R. Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal. REJ – **Revista de Estudios de la Justicia** – Nº 4 – Año 2004, p. 75-76.

⁵⁷ Do ponto de vista jurídico, todos os Direitos Fundamentais de proteção das pessoas perante o poder punitivo do Estado devem abarcar os mesmos efeitos. Portanto, se alguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, é ilícita a informação extraída a partir desse expediente. De igual forma, se o réu tem o direito de ser julgado num período de tempo razoável e esse Direito Fundamental é violado, não pode mais essa pessoa continuar a ser processada. (Conf.: PASTOR, Daniel R. Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal. REJ – **Revista de Estudios de la Justicia** – Nº 4 – Año 2004, p. 72).

- CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 2. Ed. Campinas: Russell Editores, 2009.
- CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das Grades: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 38/02**. Admissibilidade petição 12.237, Damião Ximenes Lopes, Brasil. 9 de outubro de 2002.
- FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 7. Ed. Niterói: RJ: Impetus, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. *In*: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Traducción de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA, Adegmar José. **O Intelectual do Direito Formado no Terceiro Quartel do Século XX: O Significado de sua Atuação Profissional em Goiás**. Tese de Doutorado em de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Educação – Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás). Goiânia. 196f. 2010.
- GUARNIERI, Carlo. **¿Cómo funciona la máquina judicial? El Modelo Italiano**. Traducción de Alejandro W. Slokar y Norberto F. Frontini. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.
- HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. Tradução de Rosaura Eiche. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 6. Ed. Florianópolis: EMais, 2020.
- PASTOR, Daniel R. Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal. REJ – **Revista de Estudios de la Justicia** – Nº 4 – Año 2004, p. 51-76.
- PECES-BARBA, Gregorio. La diacronia Del fundamento y Del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.
- PRIETO SANCHIS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. *In*: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, 2007.
- ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- VILAR, Silvia Barona. La Justicia Penal y la Celeridad: luces y sombras. *In*: **La Reforma del Proceso Penal Peruano**. Anuario de Derecho Penal, 2004.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a parda da legitimidade do Sistema Penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES ANTE O INSTITUTO DA ADOÇÃO

Andréa Carla de Moraes Pereira Lago¹
Ana Maria Silva Maneta²

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa concentra-se na análise do instituto da adoção regular de crianças e adolescentes, de forma a demonstrá-lo como uma das formas de constituição de família, bem como os efeitos gerados na vida dos adotantes e adotandos, sendo que, no caso destes, se trata de um meio para efetivação dos Direitos da Personalidade, tendo em vista que as crianças e os adolescentes são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

Sabe-se que com o advento da Constituição Federal de 1988 no Brasil, e a consequente constitucionalização do Direito das Famílias, com o implemento de princípios constitucionais que visam a proteção dos entes familiares, bem como a determinação de deveres para cada um de seus membros, as formas de se constituir família passaram a ser ampliadas, em respeito aos anseios sociais, afinal, o Direito segue os avanços sociais, reconhecendo a legalidade em relações que no passado eram tidas como ilícitas.

A mencionada perspectiva pode ser observada, também, no instituto da adoção, visto que, apesar de presente na sociedade desde os primórdios, seu reconhecimento na forma observada na atualidade, percorreu um caminho considerável, para ser compreendida como é hodiernamente. No princípio, a adoção era entendida apenas como uma forma de garantir a reis que não tiveram filhos biológicos a sucessão de seu reinado. Posteriormente, em países como a França e Portugal, a adoção consolidou-se como uma forma de constituição de família, com a

garantia de filiação. Contudo, à época, não havia o reconhecimento dos direitos das crianças adotadas como filhos 'legítimos', o que, em razão da influência portuguesa, também ocorreu no Brasil, o que pode ser observado no Código Civil de 1916.

Com o passar dos anos, em território nacional, verificou-se a necessidade de garantia aos direitos das crianças e dos adolescentes, por forte influência de atores internacionais, que em razão de convenções internacionais sobre a matéria, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Declaração Universal dos Direitos da Criança, promovidas pela Organização das Nações Unidas e ratificadas por seus Estados-membros, tal realidade se tornou cada vez mais latente, de maneira tal que em 1990 foi promulgada a Lei nº 8.069/90, denominada o Estatuto da Criança e do Adolescente, que é um instrumento legal que visa a proteção destes vulneráveis, trazendo de forma clara as regras para a concretização de adoções regulares.

O método de abordagem adotado para o desenvolvimento da pesquisa foi o dedutivo, partindo de um contexto geral – uma análise do direito das famílias e sua evolução com o passar dos anos, bem como o método de procedimento foi o histórico pela análise acerca da possibilidade de constituição de família através da adoção e seu procedimento e peculiaridades inerentes. Ainda, a técnica de pesquisa utilizada – metodologia de investigação – pautou-se na documental, bibliográfica e de observação – a partir da revisão de documentos, obras e literatura especializada no tema da pesquisa – tendo, por referencial teórico, as pesquisas envolvendo a área do Direito, além da interpretação normativa relacionada ao tema,

¹ Doutorado em Ciências Jurídicas pela Universidade do Minho/Portugal (2019); Mestrado em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (2011). Docente da UniCesumar. Líder do Grupo de Pesquisa: Mediação nas relações familiares e escolares - CNPq. Coordenadora das Clínicas Jurídicas do Centro Universitário Cesumar - UNICESUMAR. Advogada militante E-mail: andrea.lago@unicesumar.edu.br.

² Mestre em Ciências Jurídicas junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade UniCesumar. Integrante dos Grupos de Pesquisa: Clínica Jurídica UniCesumar e Instrumentos de efetividade dos direitos da personalidade. Servidora do Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: ammaneta1@gmail.com.

realizando uma investigação descritiva e analítica da correlação entre a adoção, como forma de se constituir família e efetivadora de direitos, como os da personalidade.

Realiza-se, no primeiro capítulo, uma abordagem com o intuito de demonstrar a influência da Constituição Federal de 1988 para o Direito das Famílias, por meio da qual se inaugurou o fenômeno da Constitucionalização do Direito. Ainda neste capítulo, expõe-se os princípios jurídicos-universais de proteção da criança e adolescente, bem como verifica a pluralidade das relações familiares, demonstrando os diversos tipos de família reconhecidos no direito brasileiro, enfocando, neste momento, no direito de se constituir família através da adoção de crianças e adolescentes.

Em seguida, no segundo capítulo, versa-se sobre o instituto da adoção, iniciando com uma perspectiva histórica, investigando a evolução deste desde os primórdios, verificando os detalhes principais ao redor do mundo, que culminaram em sua aplicação no direito brasileiro, focando na demonstração da mudança da visão do ordenamento jurídico em relação a esta, até o momento atual, em que se aborda os tipos de adoção reconhecidos pela Lei brasileira. Então, foca-se nos requisitos da adoção e, posteriormente, em seu procedimento, buscando clarificar o entendimento acerca desses requisitos, finalizando com as características e efeitos da adoção.

Por fim, conclui-se, no terceiro capítulo, com a abordagem de que a adoção, considerando seus requisitos próprios, bem como efeitos e características peculiares, atua como forma de garantir diversos direitos constitucionalmente garantidos, como os Direitos da Personalidade, observados do viés da cláusula geral, de crianças e adolescentes que têm acesso à convivência familiar, relação basilar dos seres humanos, através da adoção.

1. DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

As relações familiares estão presentes na sociedade desde o início, sendo entendida como a base dos relacionamentos de cada indivíduo no

decorrer de suas vidas. Tamanha sua importância, que o ordenamento jurídico brasileiro a posiciona em lugar de destaque, concedendo-lhe especial proteção do Estado (artigo 226, da Constituição Federativa do Brasil), razão a qual passamos a análise de sua evolução histórica, bem como sua conceituação.

Considerando a complexidade que envolve a noção de família, principalmente em razão da evolução dos costumes com o passar dos anos, encontramos dificuldades em defini-la. Ao buscarem conceituar “família”, alguns autores afirmam que esse objetivo é inalcançável, como no caso de André-Jean Arnaud¹ que aduziu que “não se consegue dar uma definição de família”. Além disso, William Belime² pontuou que “a família é superior a lei, que deve respeitá-la como um desses fatos que a sociedade encontra estabelecidos independentemente de qualquer convenção humana”.

Na organização greco-romana, desde os primórdios “a união entre o homem e a mulher se fazia pelo casamento, e a família formava-se pelos descendentes de um mesmo ancestral, que praticavam no lar o culto aos antepassados”³. Na Grécia antiga, retratada profundamente por Platão e Aristóteles, assim como a organização greco-romana, era norteada pela “concepção cristã da família, na qual predominam as preocupações de ordem moral”⁴. Ainda, no período do principado romano, o jurisconsulto Ulpiano (de 170 a 228 d.C.) expressava a concepção de família à época:

Em sentido lato, chamamos família a todos os ágnatos (parentes por linha masculina), pois, ainda que falecido o pai de família, cada um possui família própria; sem embargo todos os que estiverem sob a potestade de uma só pessoa serão com razão considerados da mesma família, pois nasceram na mesma casa e linhagem.

Por conseguinte, verifica-se que a família romana, assim como a da Grécia antiga, era patriarcal, com o reconhecimento apenas dos parentes por linha masculina, de forma que esse grupo social se reunia em função do *pater familias*, que era o único indivíduo dotado de personalidade, isto é, que era considerado

¹ ARNAUD, André-Jean. **Le droit trahi par la sociologie**. Une pratique de l'histoire. Paris: LGDJ, 1998, p. 336.

² BELIME, William. **Philosophie du droit, ou Cours d'introduction à la science du droit**. Paris: Gallica, p. 60.

³ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 6.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 12.

pessoa⁵. Diante das injustiças que essa fase do patriarcado explícito causava, e que ainda durou alguns anos, os avanços sociais fizeram com que aos poucos, esse fosse perdendo sua força “até desaparecer a sua superioridade em relação à esposa. Quanto aos filhos, estes deixaram a condição *alieni juris*, adquirindo personalidade jurídica”⁶.

Na Idade Contemporânea (aproximadamente de 1789 em diante), por sua vez, verifica-se que a característica da família, se moldou em função do regime econômico do período histórico⁷. Como era uma sociedade eminentemente agrária, em que o trabalho era desenvolvido pelo núcleo familiar, a autoridade dos pais ainda se mantinha historicamente preservada, assim como a convivência entre pais e filhos e a própria unidade da família. Porém, com a Revolução Industrial e a emigração do campo para a cidade, “quando o fenômeno da urbanização manifestou-se em toda sua amplitude, a família perdeu o seu lugar, a sua unidade e até a sua disciplina”⁸. Além disso, seguindo-se o passar dos anos “a ciência do direito demonstrou nos últimos séculos o caráter temporal do casamento, que passou a ser regulamentado pelo Estado, que o inseriu nas codificações a partir do século XIX como baluarte da família”⁹.

No Brasil, o conceito de família também era centrado exclusivamente no casamento, tanto que o Código Civil de 1916 não considerava as uniões extraconjugais, nem os filhos nascidos fora do matrimônio. Esse entendimento vigorou até à promulgação da Constituição Federal de 1988. No mesmo sentido afirma Gustavo Tepedino¹⁰:

O pano de fundo dos polêmicos dispositivos em matéria de família pode ser identificado na alteração

do papel atribuído às entidades familiares e, sobretudo, na transformação do conceito de unidade familiar que sempre esteve na base do sistema. As sucessivas intervenções legislativas, contudo, que refletiam a mudança no pensamento e na identidade cultural da sociedade brasileira, só em 1988 encontrariam fundamento axiológico para a plena consecução de suas finalidades sociais.

A partir da promulgação da Constituição Federativa do Brasil¹¹, com a mudança de pensamento e na identidade cultural, passou-se a adotar um conceito mais “flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos, e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros”¹².

Na concepção de Paulo Nader a “família é uma instituição social composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum”¹³. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho “é de um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”¹⁴.

Desta forma, com as evoluções e revoluções que ocorreram nas relações familiares com o passar dos anos e, conseqüentemente no Direito das Famílias, a Constituição Federativa do Brasil de 1988 ampliou o reconhecimento das entidades familiares, e passou a reconhecer a pluralidade das relações familiares. Inclusive o rol do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 é apenas exemplificativo¹⁵. Portanto, entende-se que:

⁵ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. p. 8.

⁶ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. p. 10.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2021, p. 25.

⁸ STOLFI, Nicola. **Diritto Civile**. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1921. v.5, §4, p. 6.

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**, p. 27.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 420-421.

¹¹ “a família passou a ter papel funcional de servir de instrumento de promoção da dignidade da pessoa

humana. Não é mais protegida como instituição, titular de interesse transpessoal, superior aos interesses dos seus membros; passou a ser tutelada como instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram” PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. p. 87-88.

¹² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. p. 420.

¹³ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. p. 17.

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 17.

¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 19.

o novo modelo de família funda-se sob os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família [...] A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado”¹⁶.

Logo, as relações familiares são calcadas na dignidade da pessoa humana, tendo em vista que é neste ramo do Direito, “em toda sua abrangência, que esta tutela da dignidade humana haverá de se aplicar, seja na fundação e desenvolvimento das relações familiares, seja na sua dissolução, pois é na família que se centra a pessoa, em relação de pró-existência com as demais”¹⁷. Ainda que seja muito aplicada em âmbito filosófico, “quando transportado para o âmbito jurídico, relaciona-se mais à concepção de vida digna”¹⁸. Diante disso, a dignidade da pessoa deve “ser vista como o mínimo existencial para o ser humano”¹⁹, o que é aplicado às relações familiares.

2. DA CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA ATRAVÉS DA ADOÇÃO

O instituto da adoção está presente na sociedade desde seus primórdios, sendo caracterizado como “um dos mais antigos de que se tem notícia”²⁰. Afinal, desde o início existiam filhos não desejados, cujos pais não podiam ou não queriam exercer a maternidade/paternidade. Bem verdade, que este é tutelado no ordenamento jurídico desde as

primeiras legislações conhecidas, como é o caso do Código de Hamurabi, em 1780 a.C., que trazia regulamentações acerca da adoção entre os artigos 185 a 193²¹, tendo como objetivo organizar seu procedimento, proteger os direitos adotantes e adotandos e estabelecer a indissolubilidade desta.

Com o passar dos anos, verifica-se nas principais cidades do Mundo Antigo, como Atenas e Roma, que a concretização da adoção de crianças e adolescentes

[...] dependia da intervenção do juiz e, efetivada, rompia os vínculos com a família natural, podendo o ato ser revogado por ingratidão; contudo, não se distanciando da fisionomia religiosa em assegurar a continuação do culto doméstico, não se mostrando de certo modo diferente do instituto em Roma, em que a religião tinha forte influência sobre a família, cometendo ao pater prestar as honras e dar continuação às tradições dos antepassados.²²

Na Idade Média, considerando a influência da Igreja nas questões do Estado, o instituto da adoção perdeu a força, sendo vedado, nessa época, que o adotado herdasse o título nobiliárquico e, inclusive, os direitos sucessórios, sendo que ambos eram entendidos como legítimos apenas quando transmitidos pelo vínculo sanguíneo. Comenta-se que tal limitação legislativa/interpretativa, possuía como plano de fundo um aspecto financeiro, tendo em vista que “a constituição de um herdeiro adotivo prejudicava as doações pós-óbito, deixadas pelos ricos senhores feudais que morriam sem deixar descendentes”²³.

Com o advento da Idade Moderna e a promulgação do Código Napoleônico na França, o

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 41.

¹⁷ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. O Casamento. O Direito de Família à Luz da Dignidade Humana. In: FRANCIULLI, Domingos Netto *et al.* **O Novo Código Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003, p. 100.

¹⁸ VIEIRA, Diego Fernandes. **Direito à convivência familiar entre pais e filhos: análise da responsabilização civil com vistas à parentalidade sustentável**. 2020. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade UniCesumar. Maringá, 2020, p. 23.

¹⁹ LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes de; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. A Eficácia do Direito à Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 12, n. 1, p. 313-340, 2012. Disponível em: <https://177.129.73.3/index.php/revjuridica/article/view/2400>. Acesso em: 8 maio 2021, p. 335.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 813.

²¹ MARCH, Paul Halsall. **Code of Hammurabi, c. 1780 b. C.** Internet History Sourcebooks Project. Nova York: Departamento de História da Universidade de Fordham, 1998. Disponível em: <https://sourcebooks.fordham.edu/ancient/hamcode.asp#text>. Acesso em: 17 abr. 2022.

²² SILVA FILHO, Artur Marques da. *Da adoção*. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (org.). **O novo Código Civil: homenagem ao Prof. Miguel Reale**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1.230.

²³ MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 212.

instituto da adoção voltou a ser reconhecido pela legislação – no Livro 1, Título VIII, artigos 343 a 360, tendo em vista que Napoleão Bonaparte não tinha filhos e necessitava de um sucessor ao seu império²⁴. Poucos anos após a edição do Código de Napoleão, no contexto do Bloqueio Continental, observa-se a influência da França em Portugal, o que por consequência, influenciou no Direito brasileiro.²⁵

No Brasil, o instituto da adoção passou por diversos momentos legislativos, iniciando com as Ordenações Filipinas em 1828, no qual o procedimento já era judicializado – conforme o Livro 1, Título 3, §1º, além dos arts. 20 e 402. Com o passar de aproximadamente 100 anos, foi promulgado o Código Civil Brasileiro de 1916, que trouxe certas inovações para o instituto sistematizando a adoção nos arts. 368 a 378, estabelecendo, contudo, que a adoção poderia ser revogada, sendo que o adotando poderia se desligar da adoção quando implementasse a maioridade ou cessasse sua interdição, bem como que apenas pessoas com mais de 50 anos de idade sem filhos naturais ou legitimados poderiam adotar e, ainda, não havia o desligamento entre a família natural e o adotado.

Hodiernamente, no Brasil, considerando o advento da Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, o Código Civil de 2002, a Lei da Adoção de 2009 e a Lei nº 13.509 de 2017, o instituto da adoção passa a ser compreendido como “o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim. Ademais, todos os autores lhe reconhecem o caráter de uma *fictio iuris*”²⁶.

O estado de família por sua vez, consiste na posição que a pessoa ocupa em face das entidades familiares “[...] e constitui um dos

critérios de identificação e corresponde ao chamado *status familiae* dos romanos”²⁷. Em relação ao parentesco, refere-se:

a relação existente entre descendente e ascendente (pais e filhos, avós e netos) ou pessoas que descendem de um ancestral comum (irmãos, tios e sobrinhos, primos) [...] (e) em linha reta; neste, em linha colateral ou transversal e limitado até o quarto grau. Finalmente, o estado de família se manifesta por vínculo de afinidade, que é o elo estabelecido entre os parentes de um cônjuge ou companheiro e o seu consorte, limitado aos ascendentes [...].²⁸

Diante disso, entendemos que toda família parental, independentemente da forma de sua constituição, deve ser socioafetiva. No mesmo sentido entende Rodrigo da Cunha Pereira, ao aduzir que tal qual a “adoção [...] todo filho, mesmo biológico, deve ser “adotado” por seus pais”²⁹. Ou seja, a adoção vai além do vínculo biológico, tendo em vista que se os pais não adotarem seus filhos, não se constituirá uma relação verdadeira de paternidade.

O Direito brasileiro ainda reconhece a adoção como forma de constituir família ao estabelecer, no art. 1.593 do Código Civil, que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Deve-se destacar que parentalidade e parentesco são expressões diversas, sendo uma espécie da outra, ou seja, parentalidade é uma espécie do gênero parentesco. Bem verdade que, parentesco, pelo Dicionário da Língua Portuguesa, refere-se à “condição ou vínculo dos que pertencem à mesma família, por descendência de sangue, por casamento ou por adoção (ex.: grau de parentesco; parentesco consanguíneo; parentesco por afinidade). Qualidade de parente”³⁰, parentalidade, por sua vez, é interpretada como “qualidade do que é parental. Estado ou condição de quem é pai ou mãe (ex.: direitos de parentalidade)”³¹.

²⁴ WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: O novo direito de família. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 188.

²⁵ SOUZA, Sylvio Capanema de. **O Código Napoleão e sua Influência no Direito Brasileiro**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em: https://www.emerj.tjri.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf. Acesso em: 18 out. 2021, p. 40.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito de Família. 27. ed. Rio de Janeiro, 2019, p. 377.

²⁷ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família. p. 34.

²⁸ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família. p. 34.

²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. p. 27.

³⁰ DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. **Parentesco**. Lisboa: Priberam Informática, 2008-2021. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/parentesco>. Acesso em: 31 mar. 2022.

³¹ DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. **Parentalidade**. Lisboa: Priberam Informática, 2008-2021. Disponível em:

De mais a mais entendemos que a adoção se enquadra na paternidade socioafetiva, devendo salientar-se que assim como na paternidade cujo vínculo é biológico, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no Inteiro Teor do acórdão da Apelação Cível nº 577.901.4/0-00 em 2008, apontou que: “a assunção do vínculo parental não pode ser afastada simplesmente. Se alguém assume o papel de pai, não pode, mais tarde, dele desistir sob a alegação de que não o é biologicamente. Nem sempre a paternidade jurídica está respaldada por uma paternidade biológica”.

Assim, a adoção é uma das formas de se constituir família e, conseqüentemente, de se instaurar o estado de filiação e paternidade, visto que, conforme pontua Paulo Lôbo:

O modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. Contudo, o modelo patriarcal desapareceu nas relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade deste século. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente seu ciclo após o advento da Constituição de 1988. [...] Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.³²

Por fim, necessário compreender que a concepção de nova família foi desencarnada de seu elemento biológico e cedeu lugar “[...] aos vínculos psicológicos do afeto, consciente a [sic] sociedade que, na formação da pessoa humana, os valores como a educação, o afeto e a comunicação contígua guardam muito mais importância do que o elo da hereditariedade.³³

Inclusive, diversos doutrinadores entendem que a adoção se consolida por meio da

paternidade socioafetiva, em detrimento da paternidade biológica, ao argumento de que:

A paternidade é função na qual se insere a construção do amor paterno-filial cuja base é o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, cultural e social da pessoa em formação.³⁴

Contudo, necessário ressaltar que embora “a criança não registrada e que vive em companhia de um homem e de uma mulher revela a posse do estado de filho do casal”³⁵, a posse do estado não pode, por si só, criar uma situação jurídica regular.³⁶ Logo, para que haja reconhecimento jurídico da adoção, esta deve ser regular, ou seja, seguir os passos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente e com base na Lei da Adoção (Lei nº 13.509/2017).

3. A CONVERGÊNCIA ENTRE O INSTITUTO DA ADOÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Ao falarmos em “pessoa” automaticamente falamos em “personalidade”, que se trata de um valor jurídico, que tende a salvaguardar a pessoa humana da forma mais completa e abrangente possível³⁷. Inclusive, no entendimento de Elimar Szaniawski a personalidade se resume em um “conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade”³⁸.

Diego Costa Gonçalves, por sua vez, entende que “personalidade é um conjunto de qualidades e relações que determinam a pessoa em si mesma e em função da participação na ordem do ser, de forma única e singular”³⁹. Ainda, pode ser entendida como os “atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico

<https://dicionario.priberam.org/parentalidade>. Acesso em: 31 mar. 2022.

³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/130/Princ%C3%ADpio+jur%C3%ADdico+da+afetividade+na+filia%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 7 maio 2021.

³³ MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 3.

³⁴ DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva: o direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 25.

³⁵ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. p. 34.

³⁶ PLANIOL, Marcel. RIPERT, Georges. SAVATIER, René. **Traité pratique de droit civil français**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952. p. 16.

³⁷ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 119.

³⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 70.

³⁹ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Almedina, 2008, p. 64.

resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas”⁴⁰.

De mais a mais, como a personalidade da pessoa humana é complexa, os seus atributos também o são, pois:

No mundo contemporâneo a pessoa é o ser humano que chora, se alegra, tem vontades, desejos e dessa forma passa a surgir no direito a teoria dos direitos da personalidade, que possuem como objeto os próprios bens da personalidade das pessoas, ou seja, a vida, a integridade física e psíquica, imagem, honra, privacidade, autoria, reputação, sociabilidade, liberdade, identidade, dignidade, autonomia, entre outros. Os direitos da personalidade são uma categoria diferenciada e especial de direitos, pois protegem a essência da pessoa e as suas principais características, diversamente dos direitos obrigacionais e direitos reais.⁴¹

Assim, diante da complexidade da personalidade humana, o ordenamento jurídico brasileiro entendeu pela necessidade de reconhecê-los juridicamente, o que, nas palavras de Anderson Schreiber “resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas”⁴². Desta forma o Código Civil brasileiro estabeleceu, em seu art. 2º, que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” e nos arts. 11º a 21º do Código Civil, no Capítulo II, intitulado “Dos Direitos da Personalidade”, previu disposições legais acerca dessa categoria de direitos, dada à sua importância.

Para Adriano de Cupis⁴³, os direitos da personalidade são “aqueles que se apresentam como os bens mais preciosos relativos à pessoa, são precisamente modos de ser físicos ou morais – aptos a satisfazer correspondentes necessidades de ordem física e moral”, se referindo a um “conteúdo mínimo necessário e imprescindível da personalidade humana”⁴⁴,

sendo, “pois, direitos ‘essenciais’, que formam a medula da personalidade”⁴⁵.

Já na perspectiva de Carlos Alberto Bittar⁴⁶, os direitos da personalidade podem ser entendidos de duas perspectivas diferentes: “a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior à pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade)”. Ademais, para fins de estudo, Carlos Alberto Bittar, distribui os direitos da personalidade em:

a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais. Os primeiros são referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como todo; os órgãos; os membros; a imagem, ou efígie); os segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo); e os últimos, respeitantes a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto).⁴⁷

Jörg Neuner, por sua vez, entende que estes “podem-se distinguir, sobretudo, em dois grupos principais de casos de direitos da personalidade: por um lado, o direito ao respeito à integridade pessoal e, por outro, o direito ao respeito à integridade social”⁴⁸, sendo que o “primeiro compreende violações do status pessoal que sejam infligidas a uma outra pessoa, e o segundo, comunicações a terceiros que tenham efeitos sobre o status social da respectiva pessoa”.

No tocante à construção ou desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, necessário ressaltar a importância do direito à convivência familiar pois “a convivência familiar saudável e duradoura possibilita à criança

⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas 2014, p. 13.

⁴¹ FERNANDES, Cassiane de Melo; BORCAT, Juliana Cristina. A proteção da personalidade na era digital. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido (org.). **Acesso à Justiça e os Direitos da Personalidade**. Birigui: Boreal, 2015. p. 82-105. p. 87.

⁴² SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. p. 13.

⁴³ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004, p. 29.

⁴⁴ BELTRÃO, Silvio Romero. Direito da personalidade: natureza jurídica, delimitação do objeto e relações com o direito constitucional. **Revista do Instituto de Direito**

Brasileiro, Lisboa, ano 2, n. 1, p. 203-228, 2013. Disponível em: /<http://www.idb-fdul.com/>. Acesso em: 6 set. 2022.

⁴⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**, p. 37.

⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

⁴⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**, p. 49.

⁴⁸ NEUNER, Jörg. Direitos da Personalidade. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**. v. 13, n. 40, p. 43-82, 2019. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/762>. Acesso em 6 set. 2022, p. 52.

efetivar o direito à sua integridade psicofísica, à honra, ao respeito e, ainda, ao livre desenvolvimento de sua personalidade”⁴⁹. Nesse sentido é “imprescindível a efetivação da convivência familiar, pois é a partir desta que os direitos da personalidade serão realizados no plano material, e não apenas no formal”⁵⁰, tendo em vista que “é através do convívio que floresce o amor, que se trocam experiências, se fortalecem os vínculos parentais e se edifica a personalidade do filho”⁵¹.

Os pais são responsáveis por propiciar aos filhos um ambiente de desenvolvimento, bem-estar e construção de valores e caráter pois os filhos “são pessoas cujo desenvolvimento depende inteiramente das atitudes tomadas pelos pais. A responsabilidade nesse caso se refere não apenas à manutenção da estrutura afetiva já existente, mas também ao adequado desenvolvimento da personalidade”⁵². Inclusive, Donald Woods Winnicott, pediatra e psicanalista estudioso do desenvolvimento psicológico, pontua que:

Quando ocorre uma privação, em termos de um rompimento do lar, especialmente se houver uma desavença entre os pais, ocorre uma coisa muito séria na organização mental da criança. De repente, suas ideias e seus impulsos agressivos tornam-se inseguros. Penso que imediatamente a criança assume o controle que acabou de ser perdido e identifica-se com o novo quadro de referência familiar. Resultado: a criança perde sua própria impulsividade e espontaneidade. O nível de ansiedade é tão alto que o ato de experimentar, que poderia fazê-la chegar a um acordo com a própria

agressividade [...] A tendência antissocial faz com que o menino se redescubra sempre que sinta alguma esperança de retorno da segurança, o que significa uma redescoberta da própria agressividade.⁵³

É certo que “uma criança é realmente sensível às relações entre seus pais e se tudo corre bem entre as paredes do lar, por assim dizer, a criança é a primeira a mostrar apreço por encontrar a vida mais fácil”⁵⁴. Desta forma é que no lar que se instalam as bases das crenças, valores e fundamentos dos comportamentos dos indivíduos, que se refletirão em condicionamentos positivos ou negativos em seus relacionamentos interpessoais futuros. Ou seja, a família é o primeiro referencial de formação da personalidade humana e é nela que se identificam as características básicas da personalidade e do reconhecimento enquanto pessoa.

Tanto da perspectiva da psicologia quanto do direito, entende-se que é “por intermédio da efetiva convivência entre os pais com os seus filhos que se terá uma proteção integral, voltada não apenas para o relacionamento parental, mas também para o desenvolvimento da personalidade”⁵⁵, havendo, portanto, um “reconhecimento dos direitos da personalidade que se revelam na relação entre os indivíduos que compõem a estrutura familiar”⁵⁶, sendo certo que “a formação integral da pessoa humana somente poderá se dar, de forma efetiva, se houver a educação/formação da estrutura cognitiva e moral do indivíduo, pois estas se encontram intimamente associadas”⁵⁷. Afinal,

⁴⁹ MORAES, Carlos Alexandre; VIEIRA, Diego Fernandes. O direito de convivência familiar é um direito da personalidade da criança e do adolescente? **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, a. 6, n. 1, p. 733-758, 2020. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-6-2020-n-1/203>. Acesso em: 6 set. 2022, p. 752.

⁵⁰ VIEIRA, Diego Fernandes. **Direito à convivência familiar entre pais e filhos: análise da responsabilização civil com vistas à parentalidade sustentável**. 2020. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade UniCesumar. Maringá, 2020, p. 98.

⁵¹ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. A moderna visão da autoridade parental. In: ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MÃES SEPARADOS (org.). **Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 97-122.

⁵² SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes (org.).

Direito de família e das sucessões. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 191-214.

⁵³ WINNICOTT, Donald Woods. A delinquência como sinal de esperança. In: WINNICOTT, Donald Woods. **Tudo começa em casa**. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 74.

⁵⁴ WINNICOTT, Donald Woods. A delinquência como sinal de esperança. 1989, p. 129.

⁵⁵ VIEIRA, Diego Fernandes. **Direito à convivência familiar entre pais e filhos: análise da responsabilização civil com vistas à parentalidade sustentável**. 2020, p. 98.

⁵⁶ ALVES, Fernando de Brito. FRANCO, Tiago. A autoridade parental e limites dos direitos da personalidade no contexto tecnológico. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 20 n. 2 (2020): maio/ago, p. 315-331. Disponível em: <https://doi.org/10.17765/2176-9184.2020v20n2p315-331>. Acesso em: 6 set. 2022. p. 329.

⁵⁷ LAGO, Andréa Carla de Moraes Pereira. **Gestão dos Conflitos e da Violência Escolar: da prevenção à resolução por meio da Mediação Escolar**. Maringá: Sinergia Casa Editorial, 2019, p. 193.

[...] o desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente está ligado ao exercício da autoridade parental, com responsabilidade e de forma compartilhada. Este compartilhamento diz respeito às discussões no seio familiar de assuntos existenciais que permeiam o relacionamento parental, de tal forma que a decisão do filho seja tomada com responsabilidade e autonomia.⁵⁸

Quando se trata de crianças e adolescentes que estão disponíveis à adoção, num primeiro momento estes indivíduos passam por uma realidade de destituição do poder familiar, seja ocasionado por um abandono ou de entrega para adoção, o que, na grande maioria das vezes gera nestas pessoas o sentimento de “quebra” ou “ruptura” emocional, quando não psíquica. Desta forma, a inclusão dos adotandos num espaço de convivência familiar se torna uma das principais bases para o exercício dos direitos da personalidade destes indivíduos, pois somente assim lhes serão resguardados os direitos e garantias fundamentais, quiçá, a própria dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, o instituto da adoção vem conceder à essas pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, aquilo que lhes havia sido retirado, visto que, conforme prescreve o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, as crianças e os adolescentes têm o direito de se desenvolverem no seio de seu núcleo familiar e, de forma excepcional, em família substituta.

De mais a mais, a Constituição Federal de 1988 também trouxe uma resignificação do conceito de família, deixando-se a ideia de família “tradicional” e/ou “patriarcal”, assim como da ideia do antigo pátrio poder, no qual os pais detinham o controle quase que absoluto sobre os filhos. Atualmente, fala-se em poder familiar, sendo que alguns estudiosos preferem chamá-lo de autoridade parental ou responsabilidade parental, posto que os genitores devem atuar “valendo-se da sintonia de seus deveres e dos seus direitos como progenitores, na tarefa de bem administrarem a pessoa e os bens de sua prole, com vistas a alcançarem a integral e estável formação de seus filhos”⁵⁹.

Com base nisso, entende-se que o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento apresenta uma nova perspectiva a respeito do processo de adoção, bem como da suspensão ou perda do poder familiar, de forma a se buscar, a cada dia mais, a verdadeira concretização dos direitos das crianças e dos adolescentes em território nacional. Ademais, considerando que o abrigo institucional por tempo demasiadamente extenso pode gerar graves consequências ao desenvolvimento psicossocial das crianças e adolescentes que se encontram nessa realidade, percebe-se que a implementação desse Sistema atua como forma de garantir os direitos da personalidade das crianças e dos adolescentes, pois o instituto da adoção pode garantir-lhes a família e, conseqüentemente, a convivência familiar, o afeto, o cuidado e o lar, os quais são, reconhecidamente, as principais bases para formação da personalidade humana.

Considerando que as relações em que as pessoas estão inseridas constituem parte da construção de sua personalidade e que esta está pautada na dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito, compreende-se que o instituto da adoção é um instrumento pelo qual há a constituição da filiação e paternidade entre adotantes e adotandos, e, que por consequência, proporciona a convivência familiar aos adotandos, o que lhes garante à formação de sua identidade e personalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema desenvolvido na presente pesquisa teve como objetivo demonstrar a evolução do instituto da adoção nas leis ao redor do mundo que influenciaram o direito brasileiro, afinando o raciocínio para verificar como tem sido o entendimento social e legal acerca deste instituto jurídico na atualidade, por meio da análise de suas peculiaridades, bem como das regras de seu procedimento no Brasil. Inclusive, observou-se que, de fato, o instituto da adoção está presente na sociedade desde os primórdios, com passagens escritas acerca do instituto desde o

⁵⁸ PAULA, Bruna Souza; CORREIA, Eveline de Castro. Autoridade parental gradual: uma análise sobre o compartilhamento de decisões existenciais entre pais e filhos. In: CAÚLA, Bleine Queiroz; OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de; VASQUES, Roberta Duarte (org.). **A Família no**

Direito: Novas tendências. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 289-302.

⁵⁹ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada: física e jurídica.** 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 716.

Código de Hamurabi (1780 a. C.), tendo passado por evoluções legislativas que influenciaram diretamente o direito brasileiro, como é o caso das Ordenações Filipinas (1828),

De mais a mais, que o instituto da adoção passou a ser tutelado no Brasil a partir do Código Civil de 1916, mas que foi somente com o advento da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil de 2002, que houve uma mudança na visão legal sobre a adoção, equiparando-se a filiação biológica à adotiva, bem como instrumentalizando de forma clara o seu procedimento e efeitos.

Ainda, observou-se, que o instituto da adoção promove o alcance dos direitos da personalidade das crianças e adolescentes adotadas, pelo fato de que com a adoção há a constituição da filiação e, conseqüentemente, da paternidade/maternidade entre adotantes e adotandos, que por sua vez, proporciona a convivência familiar entre esses indivíduos, e que influencia diretamente na construção da identidade e na formação da personalidade das crianças e dos adolescentes adotados.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALVES, Fernando de Brito. FRANCO, Tiago. A autoridade parental e limites dos direitos da personalidade no contexto tecnológico. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 20 n. 2 (2020): maio/ago, p. 315-331. Disponível em: <https://doi.org/10.17765/2176-9184.2020v20n2p315-331>. Acesso em: 6 set. 2022. p. 329.

ARNAUD, André-Jean. **Le droit trahi par la sociologie**. Une pratique de l'histoire. Paris: LGDJ, 1998, p. 336.

BELIME, William. **Philosophie du droit, ou Cours d'introduction à la science du droit**. Paris: Gallica, p. 60.

BELTRÃO, Silvio Romero. Direito da personalidade: natureza jurídica, delimitação do objeto e relações com o direito constitucional. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 2, n. 1, p. 203-228, 2013. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/>. Acesso em: 6 set. 2022.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004, p. 29.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 813.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 41.

DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. **Parentalidade**. Lisboa: Priberam Informática, 2008-2021. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/parentalidade>. Acesso em: 31 mar. 2022.

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva: o direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 25.

FERNANDES, Cassiane de Melo; BORCAT, Juliana Cristina. A proteção da personalidade na era digital. *In*: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido (org.). **Acesso à Justiça e os Direitos da Personalidade**. Birigui: Boreal, 2015. p. 82-105. p. 87.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 17.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 12.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Almedina, 2008, p. 64.

LAGO, Andréa Carla de Moraes Pereira. **Gestão dos Conflitos e da Violência Escolar: da prevenção à resolução por meio da Mediação Escolar**. Maringá: Sinergia Casa Editorial, 2019, p. 193.

LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes de; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. A Eficácia do Direito à Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 12, n. 1, p. 313-340, 2012. Disponível em: <https://177.129.73.3/index.php/revjuridica/article/view/2400>. Acesso em: 8 maio 2021, p. 335.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/130/Princ%C3%AD>

pio+jur%C3%ADdico+da+afetividade+na+filia%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 7 maio 2021.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada**: física e jurídica. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 716.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 3.

MARCH, Paul Halsall. **Code of Hammurabi, c. 1780 b. C.** Internet History Sourcebooks Project. Nova York: Departamento de História da Universidade de Fordham, 1998. Disponível em: <https://sourcebooks.fordham.edu/ancient/hamcode.asp#text>. Acesso em: 17 abr. 2022.

MORAES, Carlos Alexandre; VIEIRA, Diego Fernandes. O direito de convivência familiar é um direito da personalidade da criança e do adolescente? **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, a. 6, n. 1, p. 733-758, 2020. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-6-2020-n-1/203>. Acesso em: 6 set. 2022, p. 752.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 6.

NEUNER, Jörg. Direitos da Personalidade. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**. v. 13, n. 40, p. 43-82, 2019. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/762>. Acesso em 6 set. 2022, p. 52.

PAULA, Bruna Souza; CORREIA, Eveline de Castro. Autoridade parental gradual: uma análise sobre o compartilhamento de decisões existenciais entre pais e filhos. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de; VASQUES, Roberta Duarte (org.). **A Família no Direito**: Novas tendências. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 289-302.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito de Família. 27. ed. Rio de Janeiro, 2019, p. 377.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 19.

PLANIOL, Marcel. RIPERT, Georges. SAVATIER, René. **Traité pratique de droit civil français**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952. p. 16.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. A moderna visão da autoridade parental. *In*:

ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MÃES SEPARADOS (org.). **Guarda compartilhada**: aspectos psicológicos e jurídicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 97-122.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada**: novos paradigmas do direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 119.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes (org.). **Direito de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 191-214.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas 2014, p. 13.

SILVA FILHO, Artur Marques da. *Da adoção*. *In*: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (org.). **O novo Código Civil: homenagem ao Prof. Miguel Reale**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1.230.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. O Casamento. O Direito de Família à Luz da Dignidade Humana. *In*: FRANCIULLI, Domingos Netto *et al.* **O Novo Código Civil**: Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003, p. 100.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **O Código Napoleão e sua Influência no Direito Brasileiro**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf. Acesso em: 18 out. 2021, p. 40.

STOLFI, Nicola. **Diritto Civile**. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1921. v.5, §4, p. 6.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 70.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 420-421.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Família e Sucessões. São Paulo: Atlas, 2021, p. 25.

VIEIRA, Diego Fernandes. **Direito à convivência familiar entre pais e filhos**: análise da responsabilização civil com vistas à parentalidade

sustentável. 2020. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade UniCesumar. Maringá, 2020, p. 98.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: O novo direito de família**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 188.

WINNICOTT, Donald Woods. A delinquência como sinal de esperança. *In*: WINNICOTT, Donald Woods. **Tudo começa em casa**. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 74.

WINNICOTT, Donald Woods. A delinquência como sinal de esperança. 1989, p. 129.

PERFIL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PORTUGUÊS

Felipe Schmidt¹

INTRODUÇÃO

O presente estudo procura traçar, em linhas gerais, o perfil constitucional do Ministério Público português, à luz da Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976.

O Ministério Público de Portugal é uma instituição inserida em um Estado de Direito Democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando à realização da democracia econômica, social e cultural e ao aprofundamento da democracia participativa (art. 2º da CRP), fundamentos e objetivos que, no exercício de suas funções, o Ministério Público português está adstrito a assegurar e promover.

Ainda, o Ministério Público português consubstancia uma síntese de outros Ministérios Públicos europeus, pois possui traços, adiante delineados, que o aproximam de seus correlatos italiano (autonomia) e francês (hierarquia). Guarda, também, como se verá, semelhanças e dessemelhanças com o Ministério Público brasileiro pós-1988.

Assim, para a adequada compreensão do atual perfil constitucional do Ministério Público lusitano, inicialmente será apontada sua posição no quadro dos Poderes do Estado português e apresentado seu esboço histórico, sendo em seguida examinadas suas funções, seu estatuto e sua estrutura e organização.

O texto foi elaborado seguindo o método indutivo, a partir de pesquisa bibliográfica e de consulta a fontes legislativas, notadamente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, na ordem jurídica de Portugal, a

Constituição da República Portuguesa de 1976, o Estatuto do Ministério Público e a Lei Orgânica do Centro de Estudos Jdiciários.

1. POSIÇÃO NO QUADRO DOS PODERES DO ESTADO

A Constituição da República Portuguesa de 1976, em sua Parte III, relativa à Organização do Poder Político, fixou como órgãos de soberania, que devem observar entre si a separação e a interdependência, o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais (arts. 110º e 111º da CRP).

No Título V de sua Parte III a Constituição disciplinou os Tribunais, órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo (art. 202º da CRP), dotando-os de independência, pois se sujeitam apenas à lei (art. 203º da CRP).

Além do Tribunal Constitucional, existem em Portugal os tribunais judiciais, os tribunais administrativos e fiscais e o Tribunal de Contas (art. 209º, 1 CRP).

Os tribunais judiciais são integrados por uma magistratura composta por juízes inamovíveis, que não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos em lei (art. 216º, 1 da CRP), e irresponsáveis, no sentido de que não podem ser responsabilizados por suas decisões, salvo nos casos previstos em lei (art. 216º, 2 da CRP). Assim, em Portugal, os magistrados dos tribunais judiciais são independentes, inamovíveis e irresponsáveis. A (in)aplicabilidade desses predicados aos integrantes do Ministério Público será adiante examinada.

A Constituição Portuguesa disciplinou o Ministério Público no Capítulo IV do título reservado aos Tribunais, dedicando, no texto que

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (Univali), em dupla titulação (cotutela) com a Widener University – Delaware Law School (EUA); Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (Univali); Promotor de Justiça Titular no Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC);

resultou da Revisão Constitucional de 1997, dois artigos exclusivamente ao Ministério Público: o art. 219º, referente às funções e ao estatuto da instituição, e o art. 220º, relativo à Procuradoria-Geral da República, sem prejuízo de outros dispositivos esparsos que fazem referência ao Ministério Público de forma incidental (art. 163, g; art. 165, 1, p; art. 215º, 4).

A disciplina constitucional do Ministério Público português, no âmbito da Organização do Poder Político, junto aos Tribunais, veio conferir à instituição a qualidade de órgão do poder judicial¹, posição distinta da prevista em Constituições de outros países, inclusive europeus, que o alinham ao Poder Executivo (v.g. França, Alemanha)², sendo certo que a Constituição brasileira de 1988 o posicionou separado dos Poderes do Estado, entre as Funções Essenciais à Justiça (arts. 127 a 130-A da CRFB).

Assim, na República Portuguesa, o Ministério Público está organizado como uma magistratura, ao lado da magistratura dos tribunais judiciais (art. 215º da CRP), sendo, pois, seus agentes considerados magistrados (art. 219º, 4 da CRP). Órgão do poder judicial, o Ministério Público não tem natureza administrativa³, constituindo-se, na lição de J.J. Gomes Canotilho, em “um poder autónomo do Estado, dotado de independência institucional em relação a qualquer outro poder, incluindo os juízes.”⁴ Nessa condição, o Ministério Público em Portugal participa, com autonomia, da administração da Justiça.

1.1 Escorço histórico

Em Portugal o Ministério Público tem origem no Medievo, “quando ainda não se firmara a noção de Estado e não se podia distinguir entre os bens deste e os da Coroa”⁵, havendo no país, desde 1289, a figura do Procurador do Rei⁶. Àquele tempo, a defesa dos interesses reais ainda se fazia pontualmente. Apenas mais tarde se tornou permanente, com a investidura daqueles defensores na condição de Procuradores do Rei⁷.

Em 1385 se definiram as atribuições dos Procuradores do Rei e dos Procuradores de Justiça da Casa de Suplicação⁸. Em 1521 regulamentam-se as atribuições dos procuradores dos feitos, dos Promotores de Justiça da Casa de Suplicação e dos Promotores de Justiça da Casa Civil. A adoção da designação Procuradores e Promotores de Justiça então já delineava uma ênfase na promoção dos interesses sociais (notadamente, a punição aos criminosos) e na necessidade de auxílio aos mais fracos, em lugar da defesa dos interesses meramente patrimoniais do rei⁹.

Em 1822 criou-se a Procuradoria-Geral da Coroa, funcionando junto ao Supremo Tribunal de Justiça¹⁰. A partir daí as funções consultivas do Governo e do Parlamento passaram ao Ministério Público¹¹.

No ano de 1841 faz-se uma Reforma Judiciária que afirma as atribuições do Ministério Público na promoção da legalidade, pela defesa da independência dos tribunais, propositura da ação penal, fiscalização dos funcionários da justiça e exercício de funções consultivas, intervindo ainda quanto às pessoas a que o

¹ GOMES CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 684.

² PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. O Perfil Constitucional do Ministério Público português, com ênfase na defesa dos Direitos Fundamentais. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL PERFIS CONSTITUCIONAIS COMPARADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2022, Brasília. Anais [...]. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2022. Palestra de 13 de junho. Disponível em: <https://www.youtube.com/user/conselhodomp>. Acesso em: 13 jun. 2022.

³ GOMES CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 684.

⁴ GOMES CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 684 (itálico no original).

⁵ SZILARD, Andrea Henriques. Ministério Público Português. In: CALABRICH, Bruno (org.). Modelos de Ministérios Públicos e Defensorías del Pueblo. Ministérios Públicos da

Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Brasília: ESMPU, 2014. v. 2, p. 110.

⁶ DE PAULA, Edylcéa Tavares Nogueira. O Ministério Público e seu posicionamento no Estado de Direito. Revista de Informação Legislativa, ano 18, n. 72, p. 81-100, out./dez. 1981, p. 87.

⁷ SZILARD, Andrea Henriques. Ministério Público Português, p. 110.

⁸ DE PAULA, Edylcéa Tavares Nogueira. O Ministério Público e seu posicionamento no Estado de Direito, p. 87.

⁹ SZILARD, Andrea Henriques. Ministério Público Português, p. 110-111.

¹⁰ DE PAULA, Edylcéa Tavares Nogueira. O Ministério Público e seu posicionamento no Estado de Direito, p. 87-88.

¹¹ SZILARD, Andrea Henriques. Ministério Público Português, p. 111.

Estado devia proteção e à vigilância sobre os estabelecimentos prisionais¹².

Em 1869 fundiu-se a Procuradoria-Geral da Coroa com a Procuradoria-Geral da Fazenda¹³.

No ano de 1901 fez-se uma reordenação do Ministério Público quanto a aspectos funcionais (previsão de casos taxativos de suspensão e demissão e exigência de prévia oitiva do visado e fixação de regras de acesso e classificação dos magistrados semelhantes às existentes na magistratura judicial)¹⁴.

A Procuradoria-Geral da República foi instituída em 1910, com o advento do regime republicano, substituindo a Procuradoria-Geral da Coroa e da Fazenda¹⁵.

Em 1927 se estabilizaram as atribuições ministeriais, notadamente em matéria consultiva, tendo-se criado o Conselho Superior do Ministério Público¹⁶. Nessa ocasião, fixam-se garantias aos magistrados e define-se o Ministério Público como representante do Estado e da sociedade, mas o Procurador-Geral da República continua a prestar declarações e compromisso perante o Ministro da Justiça¹⁷.

Em 1962 as atribuições ministeriais foram ampliadas, especialmente em matéria consultiva, mantendo-se, todavia, a vinculação institucional ao Poder Executivo, integrando a estrutura do Ministério da Justiça¹⁸. A magistratura do Ministério Público então ainda era concebida como vestibular da magistratura judicial¹⁹.

O Ministério Público português passa a ser democrático em 1974, após a Revolução dos Cravos²⁰. Somente então se rompe o vínculo da instituição com o Poder Executivo²¹ e o Ministério

Público deixa de ser mero *longa manus* daquele junto ao poder judicial. Ainda, só a partir disso as mulheres são admitidas a integrar o Ministério Público português²². Ademais, o poder judicial que emergiu da revolução se configurou como órgão de soberania em uma “organização bicéfala: magistrados judiciais e magistrados do Ministério Público”²³. Isso é relevante porque, no momento histórico anterior, a magistratura do Ministério Público era uma carreira prévia à magistratura do judiciário²⁴.

Assim, tal qual em outros países, em Portugal o Ministério Público historicamente também passou, embora com avanços e recuos, do papel de defensor dos interesses do rei ao de fiscal da Constituição e garantidor dos direitos dos cidadãos, tendo também se reduzido, gradativamente, à capacidade de interferência do poder político na instituição.

1.2 Funções

Quanto às suas funções, na forma do art. 219º, 1 da CRP, em redação decorrente da Revisão Constitucional de 1997, o Ministério Público representa o Estado e defende os interesses que a lei determinar, participa da execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exerce a ação penal, orientada pelo princípio da legalidade, e defende a legalidade democrática. Trata-se de dispositivo que, ao enunciar as vastas, transversais e heterogêneas²⁵ atribuições do Ministério Público lusitano, acaba por evidenciar os traços de sua identidade e vocação (defesa da democracia e dos direitos dos cidadãos, sem olvidar, contudo,

¹² DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa Maneca. O Ministério Público em Portugal. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). O Papel do Ministério Público. Estudo Comparado dos Países Latino-Americanos. Coimbra: Almedina, 2008, p. 31.

¹³ DE PAULA, Edylcéa Tavares Nogueira. O Ministério Público e seu posicionamento no Estado de Direito, p. 87-88.

¹⁴ DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa Maneca. O Ministério Público em Portugal, p. 31.

¹⁵ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. O Perfil Constitucional do Ministério Público português, com ênfase na defesa dos Direitos Fundamentais, 2022.

¹⁶ DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa Maneca. O Ministério Público em Portugal, p. 31.

¹⁷ DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa Maneca. O Ministério Público em Portugal, p. 32.

¹⁸ SZILARD, Andrea Henriques. Ministério Público Português, p. 111.

¹⁹ DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa Maneca. O Ministério Público em Portugal, p. 33.

²⁰ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. O Perfil Constitucional do Ministério Público português, com ênfase na defesa dos Direitos Fundamentais, 2022.

²¹ SZILARD, Andrea Henriques. Ministério Público Português, p. 111.

²² DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa Maneca. O Ministério Público em Portugal, p. 34.

²³ DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa Maneca. O Ministério Público em Portugal, p. 34.

²⁴ SZILARD, Andrea Henriques. Ministério Público Português, p. 138.

²⁵ DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa Maneca. O Ministério Público em Portugal, p. 51.

a tutela dos interesses estatais). O art. 4º do Estatuto do Ministério Público (Lei n. 68/2019, de 27 de agosto, alterada pela Lei n. 2/2020, de 31 de março), pormenoriza tais atribuições.²⁶ Também há funções do Ministério Público dispersas pelas leis processuais e pela legislação extravagante.

Tal formulação das atribuições ministeriais rompe com o modelo anterior à Constituição da República Portuguesa de 1976, de funções majoritariamente ligadas ao Poder Executivo, consistente essencialmente em atividades (embora ainda não suprimidas do rol constitucional de competências institucionais) de consultoria e representação do Estado²⁷.

Quanto àquelas atribuições é de se registrar que o Ministério Público apenas participa da discussão da política criminal junto ao Parlamento. Vale dizer, não a define (o Parlamento o faz), embora posteriormente a execute²⁸. Ainda, cabe apontar que, como consectário da atribuição de exercício da ação penal, o Ministério Público português dirige a investigação criminal²⁹.

Canotilho e Vital Moreira, citados por Andrea Henriques Szilard³⁰, consideram não ser isento de conflitos e incompatibilidades o

exercício simultâneo dessas várias funções ministeriais, que agrupam em quatro áreas:

1 - Representar o Estado, nomeadamente nos tribunais, nas causas em que ele seja parte, funcionando como uma espécie de Advogado do Estado;

2 - Exercer a ação penal;

3 - Defender a legalidade democrática, intervindo, entre outras coisas, no contencioso administrativo e fiscal e na fiscalização de constitucionalidade;

4 - Defender os interesses de determinadas pessoas mais carenciadas de proteção, designadamente, os menores, os ausentes, os trabalhadores etc.

Outrossim, em que pese sejam magistrados os integrantes do Ministério Público, suas funções são distintas das dos magistrados judiciais: em síntese, enquanto estes aplicam o direito objetivo a um caso concreto, aqueles colaboram para o exercício do poder judicial, por meio do exercício da ação (notadamente penal) e da defesa da legalidade democrática³¹. Não se trata, pois, “da caricatura usual de funcionário promotor do crime”, como bem ressalta J. J. Gomes Canotilho³², sendo também da alçada dos magistrados do Ministério Público português o

²⁶ “1 - Compete, especialmente, ao Ministério Público: a) Defender a legalidade democrática; b) Representar o Estado, as regiões autónomas, as autarquias locais, os incapazes, os incertos e os ausentes em parte incerta; c) Participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania; d) Exercer a ação penal orientado pelo princípio da legalidade; e) Dirigir a investigação e as ações de prevenção criminal que, no âmbito das suas competências, lhe incumba realizar ou promover, assistido, sempre que necessário, pelos órgãos de polícia criminal; f) Intentar ações no contencioso administrativo para defesa do interesse público, dos direitos fundamentais e da legalidade administrativa; g) Exercer o patrocínio oficioso dos trabalhadores e suas famílias na defesa dos seus direitos de caráter social; h) Assumir, nos casos previstos na lei, a defesa de interesses coletivos e difusos; i) Assumir, nos termos da lei, a defesa e a promoção dos direitos e interesses das crianças, jovens, idosos, adultos com capacidade diminuída, bem como de outras pessoas especialmente vulneráveis; j) Defender a independência dos tribunais, na área das suas atribuições, e velar para que a função jurisdicional se exerça em conformidade com a Constituição e as leis; k) Promover a execução das decisões dos tribunais para que tenha legitimidade; l) Fiscalizar a constitucionalidade dos atos normativos; m) Intervir nos processos de insolvência e afins, bem como em todos os que envolvam interesse público; n) Exercer funções consultivas, nos termos da presente lei; o) Fiscalizar a atividade processual dos órgãos de polícia criminal, nos termos do presente Estatuto; p)

Coordenar a atividade dos órgãos de polícia criminal, nos termos da lei; q) Recorrer sempre que a decisão seja efeito de conluio das partes no sentido de fraudar a lei ou tenha sido proferida com violação de lei expressa; r) Exercer as demais funções conferidas por lei. 2 - A competência referida na alínea j) do número anterior inclui a obrigatoriedade de recurso nos casos e termos previstos na Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional. 3 - Para cumprimento das competências previstas nas alíneas i), j), k), l) e q) do n.º 1, deve o Ministério Público ser notificado das decisões finais proferidas por todos os tribunais.”

²⁷ SZILARD, Andrea Henriques. Ministério Público Português, p. 138.

²⁸ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. O Perfil Constitucional do Ministério Público português, com ênfase na defesa dos Direitos Fundamentais, 2022.

²⁹ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. O Perfil Constitucional do Ministério Público português, com ênfase na defesa dos Direitos Fundamentais, 2022; SZILARD, Andrea Henriques. Ministério Público Português, p. 138.

³⁰ SZILARD, Andrea Henriques. Ministério Público Português, p. 119-120.

³¹ GOMES CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 684.

³² GOMES CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 684.

amparo às pessoas que carecem de proteção (famílias, crianças, adolescentes, idosos, trabalhadores, pessoas com deficiência), a tutela dos interesses difusos (meio ambiente, patrimônio público, etc.), a defesa da constitucionalidade e da legalidade³³, a atuação na falência e insolvência ou quando há conluio das partes para fraudar a lei³⁴ e quejandos, no que se assemelham aos membros do Ministério Público brasileiro.

Todavia, destes em parte diferem à medida que desempenham função consultiva, qualificada por J. J. Gomes Canotilho como importante, por intermédio da emissão de pareceres pela Procuradoria-Geral da República³⁵, o que, no Brasil, é expressamente defeso ao Ministério Público (art. 129, IX, da Constituição de 1988).

J. J. Gomes Canotilho ainda registra que, globalmente consideradas, as funções do Ministério Público português são exercidas no interesse do Estado-comunidade, e não no do Estado-pessoa, todavia em termos tendenciais, uma vez que, em Portugal, o Ministério Público continua a ser o advogado do Estado, diversamente do que ocorre em outros países³⁶, inclusive no Brasil (art. 129, IX, da Constituição de 1988).

Dessa forma, em Portugal, a atuação do Ministério Público é “transversal a todo processo”³⁷, assumindo formas diferenciadas (intervenção principal, na forma do art. 9º do

Estatuto do Ministério Público³⁸, e intervenção acessória, na forma do art. 10º do Estatuto do Ministério Público³⁹), podendo, ainda, no exercício de suas atribuições, consoante art. 11º, 1 do Estatuto do Ministério Público, organizar dossiês para a preparação e o acompanhamento de sua intervenção processual.

2. ESTATUTO

Na forma do art. 219º, 2 da CRP, o Ministério Público lusitano tem estatuto próprio e autonomia (mas não independência, como os juízes). O Estatuto do Ministério Público consta da Lei n. 68/2019, de 27 de agosto, alterada pela Lei n. 2/2020, de 31 de março (art. 97º). Sua autonomia, conforme art. 3º do Estatuto do Ministério Público, ocorre em relação aos demais órgãos do poder central, regional e local e se caracteriza pela vinculação a critérios de legalidade e objetividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às diretivas, ordens e instruções previstas na lei. Assim, a autonomia do Ministério Público se estabelece em face do Governo, do qual aquele não depende hierarquicamente nem recebe ordens, e da magistratura judicial, quanto à qual a magistratura do Ministério Público constitui carreira paralela, mas separada, nos termos do art. 96º, 1 do Estatuto do Ministério Público.

Ainda, consoante o art. 219º, 4 e 5 da Constituição da República Portuguesa, os agentes

³³ GOMES CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 684.

³⁴ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. O Perfil Constitucional do Ministério Público português, com ênfase na defesa dos Direitos Fundamentais, 2022.

³⁵ GOMES CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 684.

³⁶ GOMES CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 685.

³⁷ DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa Maneca. O Ministério Público em Portugal, p. 53.

³⁸ “1 - O Ministério Público tem intervenção principal nos processos: a) Quando representa o Estado; b) Quando representa as regiões autónomas e as autarquias locais; c) Quando representa incapazes, incertos ou ausentes em parte incerta; d) Quando assume, nos termos da lei, a defesa e a promoção dos direitos e interesses das crianças, jovens, idosos, adultos com capacidade diminuída bem como de outras pessoas especialmente vulneráveis; e) Quando exerce o patrocínio officioso dos trabalhadores e suas famílias na defesa dos seus direitos de carácter social; f) Quando representa interesses coletivos ou difusos; g) Nos demais casos em que a lei lhe atribua competência

para intervir nessa qualidade. 2 - Em caso de representação de região autónoma, de autarquia local ou, nos casos em que a lei especialmente o permita, do Estado, a intervenção principal cessa quando for constituído mandatário próprio. 3 - Em caso de representação de incapazes ou de ausentes em parte incerta, a intervenção principal cessa logo que seja constituído mandatário judicial do incapaz ou ausente, ou quando, deduzindo o respetivo representante legal oposição à intervenção principal do Ministério Público, o juiz, ponderado o interesse do representado, a considere procedente.”

³⁹ “1 - O Ministério Público intervém nos processos acessoriamente: a) Quando, não se verificando nenhum dos casos do n.º 1 do artigo anterior, sejam interessados na causa as regiões autónomas, as autarquias locais, outras pessoas coletivas públicas, pessoas coletivas de utilidade pública, incapazes ou ausentes, ou a ação vise a realização de interesses coletivos ou difusos; b) Nos demais casos previstos na lei. 2 - Quando intervém acessoriamente, o Ministério Público zela pelos interesses que lhe estão confiados, promovendo o que tiver por conveniente. 3 - Os termos da intervenção são os previstos na lei de processo aplicável.”

do Ministério Público são responsáveis (e não irresponsáveis, como os juízes) e hierarquicamente subordinados, mas não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos em lei. O poder disciplinar sobre os magistrados do Ministério Público, bem assim sua nomeação, colocação, transferência e promoção, competem à Procuradoria-Geral da República.

Assim, o modelo normativo do Ministério Público luso se assenta nos princípios da autonomia, da hierarquia e da responsabilidade, sendo certo que estas (hierarquia e responsabilidade) contrapõem o Ministério Público aos juízes, que gozam de independência e irresponsabilidade, ao passo que aquela (autonomia) aproxima ambas as magistraturas⁴⁰.

Quanto ao significado desses princípios, na forma do art. 97º, 1 do Estatuto, “com respeito pelo princípio da autonomia do Ministério Público, os seus magistrados são responsáveis e hierarquicamente subordinados.” Consoante o art. 97º, 2 do Estatuto, “a responsabilidade consiste em responderem, nos termos da lei, pelo cumprimento dos seus deveres e pela observância das diretivas, ordens e instruções que receberem”, compreendendo aspectos criminais, civis e disciplinares⁴¹ (mas não políticos, cumpre destacar). Já “a hierarquia é de natureza funcional e consiste na subordinação dos magistrados aos seus superiores hierárquicos [...] e na conseqüente obrigação de acatamento por aqueles das diretivas, ordens e instruções recebidas”, segundo o art. 97º, 3 do Estatuto, ressalvados os limites aos poderes diretivos (art. 100º do Estatuto) e aos poderes do membro do Governo responsável pela área da Justiça (art. 101º do Estatuto).

Uma leitura perfunctória desses dispositivos poderia sugerir conflito entre os princípios da autonomia e da hierarquia. Contudo, segundo informa Andrea Henriques Szilard, na prática, “[...] a hierarquia não funciona como um mecanismo inibidor de atividades, mas como método organizacional dos serviços [...]”⁴². Desse modo, prossegue, “[...] acaso existente

alguma instrução que o magistrado entenda não se adequar aos termos normativos, pode e deve insurgir-se contra sua execução, desde que expondo os motivos de sua contrariedade [...]”⁴³. Ainda, invoca a lição de Cunha Rodrigues no que diz respeito à funcionalidade do princípio da hierarquia, que visa a “[...] evitar a fragmentação de procedimentos e correntes doutrinárias no interior do MP e, ao uniformizar as iniciativas desta magistratura, previne e remedeia a divisão de jurisprudência.”⁴⁴

Portanto, não se pode considerar a hierarquia incompatível com a autonomia interna do Ministério Público português.

3. ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO

Quanto aos aspectos estruturais e organizacionais do Ministério Público lusitano, cabe inicialmente registrar que Portugal é um Estado Unitário (art. 6º da CRP), motivo por que nele há um só Ministério Público, sem ramificação por matéria, ressalvadas formas especiais de assessoria previstas em lei nos casos dos crimes estritamente militares (art. 219, 3 da CRP).

Assim, em Portugal, logicamente não se cogita, como ocorre no Brasil, que é um Estado Federal (art. 1º e art. 18 da CRFB/1988), de estruturar a instituição em Ministério Público da União e Ministérios Públicos dos Estados (art. 128, I e II, da CRFB/1988), nem de ramos do Ministério Público com atuação especializada nas searas militar e trabalhista (art. 128, I, b e c, da CRFB/1988). Ao contrário, em Portugal se aglutinam sob a responsabilidade de uma só instituição atribuições que no Brasil são distribuídas, de acordo com a predominância do interesse tutelado, entre órgãos ministeriais federais e estaduais.

Em linhas gerais, tal como no Brasil, a organização do Ministério Público português segue a organização jurisdicional do país⁴⁵, na qual, como visto, há o Tribunal Constitucional, o Tribunal de Contas e os tribunais judiciais e tribunais administrativos e fiscais. Os tribunais

⁴⁰ DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa Maneca. O Ministério Público em Portugal, p. 36.

⁴¹ SZILARD, Andrea Henriques. Ministério Público Português, p. 117.

⁴² SZILARD, Andrea Henriques. Ministério Público Português, p. 139.

⁴³ SZILARD, Andrea Henriques. Ministério Público Português, p. 139.

⁴⁴ SZILARD, Andrea Henriques. Ministério Público Português, p. 139.

⁴⁵ SZILARD, Andrea Henriques. Ministério Público Português, p. 123.

judiciais exercem a jurisdição comum em matéria cível e criminal e nas matérias não atribuídas a outras ordens jurisdicionais (art. 211º, 1 da CRP), ao passo que os tribunais administrativos e fiscais têm competência para dirimir os litígios decorrentes de relações administrativas e fiscais (art. 212º da CRP). O Ministério Público oficia perante todas essas cortes (nos tribunais administrativos e fiscais notadamente na defesa da legalidade democrática e na representação do Estado)⁴⁶.

Em Portugal são órgãos do Ministério Público, na forma do art. 12º de seu Estatuto, a Procuradoria-Geral da República, as Procuradorias-Gerais Regionais, as Procuradorias da República de Comarca e as Procuradorias da República Administrativas e Fiscais.

São magistrados do Ministério Público, na forma do art. 13º de seu Estatuto, o Procurador-Geral da República, o Vice-Procurador-Geral da República, os Procuradores-Gerais-Adjuntos e Procuradores da República, bem assim os Procuradores Europeus Delegados e o representante de Portugal na EUROJUST e respetivos adjunto e assistente.

A Procuradoria-Geral da República, órgão superior do Ministério Público (art. 15º, 1 do Estatuto), é presidida e dirigida pelo Procurador-Geral da República (art. 17º do Estatuto do Ministério Público), seu chefe, com poderes de direção, hierarquia e intervenção processual sobre os demais membros, e compreende também, na forma do art. 15º, 2 do Estatuto do Ministério Público, o Vice-Procurador-Geral da República, o Conselho Superior do Ministério Público, o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, os auditores jurídicos, os gabinetes de coordenação nacional e a Secretaria-Geral.

O Conselho Superior do Ministério Público, com membros eleitos pela Assembleia da República e entre si eleitos pelos magistrados do Ministério Público (art. 220º, 2 da CRP), exerce, pela Procuradoria-Geral da República, a competência disciplinar e de gestão dos quadros do Ministério Público (art. 21, 1 do Estatuto do

Ministério Público). O Procurador-Geral da República tem primazia sobre o Conselho Superior do Ministério Público, uma vez que o Ministério Público é uma magistratura essencialmente monocrática, funcionando normalmente por meio de órgãos e agentes unipessoais⁴⁷.

O Procurador-Geral da República em Portugal tem mandato de seis anos (art. 220º, 3 da CRP), nada dispendo a Constituição de 1976 sobre a possibilidade de sua recondução, diversamente do que ocorre com o Presidente da República, que conta com previsão constitucional expressa de uma recondução ao cargo (art. 123º, 1 da CRP).

O Procurador-Geral da República é nomeado e exonerado, sob proposta do Governo, pelo Presidente da República (art. 133º, m da CRP), sendo politicamente responsável perante quem pode exonerá-lo. Os demais membros da instituição, como gozam de autonomia (externa, não interna), não têm responsabilidade de natureza política⁴⁸.

O recrutamento para ingresso na magistratura do Ministério Público é simultâneo ao da magistratura judicial, sendo efetuado por meio de um concurso público para o Centro de Estudos Judiciários (CEJ), órgão regido pela Lei n. 2/2008, que promove cursos e estágio de formação de magistrados (art. 147º do Estatuto do Ministério Público).

A criação do Centro de Estudos Judiciários modificou a forma de recrutamento dos magistrados do Ministério Público vigente em Portugal ao tempo do Estado Novo. Atualmente, o ingresso na formação inicial de magistrados, inclusive do Ministério Público, acontece por concurso público, composto por provas escrita e oral de conhecimentos, avaliação curricular e exame psicológico.

Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto considera que a origem comum dos magistrados judiciais e do Ministério Público é vantajosa em Portugal, pois ambos têm similaridade na formação, inclusive quanto à qualidade desta⁴⁹.

⁴⁶ SZILARD, Andrea Henriques. Ministério Público Português, p. 135.

⁴⁷ DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa Maneca. O Ministério Público em Portugal, p. 58.

⁴⁸ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. O Perfil Constitucional do Ministério Público português, com ênfase na defesa dos Direitos Fundamentais, 2022.

⁴⁹ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. O Perfil Constitucional do Ministério Público português, com ênfase na defesa dos Direitos Fundamentais, 2022.

Essa a suma do perfil constitucional do Ministério Público português, cujos termos são objeto de disciplina, em sede infraconstitucional, no Estatuto do Ministério Público e na Lei Orgânica do Centro de Estudos Judiciários, bem assim em leis esparsas (processuais e outras).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim do presente estudo cabe destacar, por relevante, que o Ministério Público lusitano tem fundamento em uma Constituição democrática (a Constituição da República Portuguesa de 1976) e segue a estrutura de um Estado Unitário, aspectos de natureza jurídico-política que têm influência direta sobre a previsão e o exercício de suas funções e sobre sua organização.

Ainda, o Ministério Público em Portugal é uma instituição independente do Governo (não integra o Poder Executivo), o que, em tese, tende a reduzir a possibilidade de judicialização da política por seu intermédio.

Outrossim, embora integre os Tribunais, órgãos de soberania, o Ministério Público português constitui uma magistratura paralela à magistratura judicial, sendo desta independente, mas tem, tal como ela, seus membros escolhidos por concurso público, sendo certo que magistrados judiciais e ministeriais possuem a mesma formação.

Por fim, não se pode considerar a hierarquia incompatível com a autonomia interna do Ministério Público português, que possui, na forma antes exposta, semelhanças e dessemelhanças, sob os aspectos estrutural e funcional, com seu congênere brasileiro.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

DE PAULA, Edylcéa Tavares Nogueira. O Ministério Público e seu posicionamento no Estado de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, ano 18, n. 72, p. 81-100, out./dez. 1981.

DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa Maneca. O Ministério Público em Portugal. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo

Ghiringhelli de (coord.). **O Papel do Ministério Público.** Estudo Comparado dos Países Latino-Americanos. Coimbra: Almedina, 2008.

GOMES CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. O Perfil Constitucional do Ministério Público português, com ênfase na defesa dos Direitos Fundamentais. In: **SEMINÁRIO INTERNACIONAL PERIFERIAS CONSTITUCIONAIS COMPARADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO**, 2022, Brasília. Anais [...]. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2022. Palestra de 13 de junho. Disponível em: <https://www.youtube.com/user/conselhodomp>. Acesso em: 13 jun. 2022.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 1976.

PORTUGAL. **Estatuto do Ministério Público** (Lei n. 68/2019, de 27 de agosto, alterada pela Lei n. 2/2020, de 31 de março). Aprova o Estatuto do Ministério Público.

PORTUGAL. **Lei n. 2/2008.** Regula o ingresso nas magistraturas, a formação de magistrados e a natureza, estrutura e funcionamento do Centro de Estudos Judiciários e procede à quarta alteração à Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro, que aprova o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

SZILARD, Andrea Henriques. Ministério Público Português. In: CALABRICH, Bruno (org.). **Modelos de Ministerios Públicos e Defensorías del Pueblo.** Ministerios Públicos da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Brasília: ESMPU, 2014. v. 2.

O USO DO “PRINCÍPIO” IN DUBIO PRO SOCIETATE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: SUBVERSÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA

Nestor Eduardo Araruna Santiago¹
Alex Renan de Sousa Galvão²

INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito, a dinâmica da persecução penal demanda respeito às regras do jogo – o devido processo legal – as quais são definidas pela legislação. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) aderiu ao sistema processual acusatório, bem como adotou medidas que visam garantir a efetivação e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Não é estranho que o Código de Processo Penal (CPP) contenha trechos de origem inquisitiva, afinal fora elaborado anteriormente à promulgação da atual Constituição, logo, cabe ao Poder Judiciário avaliar a recepção de legislações dessa natureza. Em alguns casos, entretanto, o entendimento dos tribunais gerou interpretações que destoam do texto constitucional.

É o caso do *in dubio pro societate*, pois, conforme a jurisprudência, nas situações de dúvidas, essa regra resulta em prejuízo aos jurisdicionados provendo a pretensão estatal. Esse proceder, contudo, é de constitucionalidade contestável, uma vez que conflita com a disposição constitucional da presunção de inocência, a qual materializa-se nas situações de incerteza através da regra *in dubio pro reo*. Por conseguinte, questiona-se: o *in dubio pro societate* viola a presunção do estado de inocência?

O trabalho divide-se em quatro partes: a primeira é relativa aos aspectos metodológicos da pesquisa, a qual é classificada como bibliográfica, documental, qualitativa e exploratória; a segunda reserva-se à discussão dos conceitos e fundamentos da presunção de inocência no processo penal regido pelo sistema

acusatório com uma constituição garantista; ato contínuo, a terceira destina-se à demonstração das nuances inerentes ao conflito entre o *in dubio pro societate* e o *in dubio pro reo*, com enfoque na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF); na última, abordam-se as considerações finais, oportunidade em que se afirma ser infundada a prevalência do *pro societate* sobre o *pro reo*, em razão de inexistir raciocínio jurídico compatível com os parâmetros constitucionais e convencionais para validá-la.

O estudo tem como justificativa a finalidade de compreender as nuances de um instituto presente na prática forense e de apontar eventuais antinomias na ordem jurídica. De igual modo, o debate da temática é pertinente para identificar resquícios do sistema inquisitivo no ordenamento jurídico brasileiro, assim como para reforçar a necessidade de proteção aos direitos e garantias fundamentais.

1. METODOLOGIA

Sobre os aspectos metodológicos, a pesquisa é classificada, quanto ao tipo, como documental e bibliográfica; quanto à abordagem, é qualitativa e quantitativa; no tocante aos fins e à utilização dos resultados, respectivamente, é exploratória e pura. Na fase bibliográfica e documental, a coleta de informações para subsidiar o referencial teórico ocorreu em artigos científicos, obras doutrinárias e julgados do STF.

Em 10 de dezembro de 2021, a coleta de decisões do STF ocorreu da seguinte maneira: no buscador de jurisprudência da corte - <https://portal.stf.jus.br/> - inseriu-se a palavra-chave *in dubio pro societate*, entre aspas, na aba jurisprudência. O procedimento apontou 76 acórdãos, os quais foram organizados e

¹ Doutor em Direito, com estágio pós-doutoral (Universidade do Minho, Portugal). Professor Titular da Universidade de Fortaleza. Professor Orientador coordenador do Laboratório de Ciências Criminais (LACRIM) da UNIFOR. Professor Associado da Universidade Federal do Ceará. Advogado criminalista. E-mail: nestorsantiago@unifor.br.

² Mestrando em Direito Constitucional pela UNIFOR, com bolsa de formação acadêmica da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP) e pesquisador no Laboratório de Ciências Criminais (LACRIM) e Grupo de Estudos em Tecnologia, Informação e Sociedade (GETIS). E-mail: alexrdsg@gmail.com.

examinados em uma planilha. Desconsideraram-se as decisões monocráticas para os fins da pesquisa, visto que se visava extrair o posicionamento dos órgãos colegiados, isto é, das Turmas e do Plenário.

2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO: CONCEITOS E FUNDAMENTOS

Para Ferrajoli¹, o constitucionalismo garantista pressupõe respeito à normatividade forte das disposições constitucionais, especialmente daquelas que prescrevem direitos fundamentais, em que o Poder Legislativo atua para evitar a criação de antinomias e preencher as lacunas na legislação e o Poder Judiciário age a fim de excluir as antinomias existentes. Nessa teoria, a previsão de direitos fundamentais no patamar constitucional impõe limitação ao arbítrio do legislador e do julgador, que não podem intervir na vida moral dos indivíduos, além disso, os direitos funcionam como regras, portanto, aplicáveis através da subsunção².

A propósito, em oposição à lógica de Robert Alexy, princípios e regras “[...] são, em suma, uns a face dos outros, equivalendo a violação dos princípios, seja por comissão ou por omissão, à violação das segundas”³. A lógica garantista sujeita o julgador à norma, limitando o alcance da sua discricionariedade interpretativa, e estabelece a jurisdição como um sistema de garantias diferente da ideia majoritária de democracia, sem deixar, contudo, de ser igualmente democrática devido ao fato de assegurar o respeito aos direitos de todos os

cidadãos⁴. Por isso, defende-se que assegurar a inviolabilidade dos direitos fundamentais é o mesmo que proteger a higidez da democracia⁵.

É nesse contexto que se insere o sistema acusatório. O processo penal norteado por ele é compatível com o Estado Democrático de Direito e alicerça-se na implementação de um sistema de garantias em que a atividade jurisdicional reconhece – ou não – a responsabilidade penal do indivíduo sem a presença de arbitrariedades na elaboração e aplicação das normas⁶. É um modelo em que predomina a separação das funções de julgar, acusar e defender; a acusação e a defesa possuem paridade de armas no embate processual, onde apresentam-se a um julgador acima delas, mas que se mantém equidistante⁷.

O juiz é um espectador, e não protagonista. Isso quer dizer que ele não possui iniciativa probatória, já que a gestão das provas se concentra nas partes; logo, essa conduta passiva assegura a sua imparcialidade⁸. Consequentemente, essa estrutura demanda maior empenho do Poder Público para aprimorar a capacitação dos agentes estatais – uma vez que as partes possuem maiores responsabilidades – e a infraestrutura das instituições, especialmente das Defensorias Públicas, a fim de propiciar representação àqueles que não podem arcar com os custos de um processo⁹.

No Brasil, o constituinte traçou balizas que evidenciam adesão ao modelo processual acusatório e à estrutura garantista de proteção aos direitos fundamentais ao delinear o campo de atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, assim como ao positivar certos

¹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: ROSA, Alexandre Moraes da *et al.* (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

² FERRAJOLI. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. p. 40-41

³ FERRAJOLI. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. p. 41.

⁴ IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733>. Acesso em: 28 ago. 2022. P. 39.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana**. Tradução Alexander Araújo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26.

⁶ KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p 293-308, maio/ago. 2010. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6513>. Acesso em: 23 ago. 2022. p. 307.

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 101.

⁸ CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda. MELO, Gabriellen Carneiro de. Juiz de garantias e o princípio da jurisdição imparcial à luz da teoria da dissonância cognitiva. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 6. n. 1. p. 222-251, jun. 2021. Disponível em: <http://www.ricp.org.br/index.php/revista/article/view/43>. Acesso em: 14 set. 2022. p. 229.

⁹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 71.

princípios, como a necessidade de motivar as decisões judiciais, a isonomia processual, o juiz natural, a presunção de inocência, a publicidade dos atos, o contraditório e a ampla defesa e o devido processo legal.

Não obstante, esse raciocínio é reforçado com a análise dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados e incorporados pelo Brasil, como o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), dado que expressamente ratificam normas intrínsecas ao modelo acusatório. É bem verdade, todavia, que o processo penal brasileiro herdou estrutura inquisitiva, mesmo com a promulgação da atual Constituição Federal e as pontuais reformas promovidas no CPP vez que ainda existem resquícios da cultura inquisitiva¹⁰.

Destaca-se que Ministério Público é o encarregado de promover a ação penal pública e, simultaneamente, de averiguar o acatamento à ordem jurídica. Portanto, possui o encargo de comprovar a veracidade dos fatos atribuídos ao(s) acusado(s) e o dever de rechaçar qualquer violação do ordenamento jurídico. Aliás, nessa dinâmica, a defesa não tem ônus probatório, ou seja, a acusação ainda deverá atestar o alegado mesmo que a defesa não tenha produzido prova alguma, porquanto se prestigia a presunção do estado de inocência¹¹.

A propósito, no campo dos direitos fundamentais, notadamente no âmbito da Justiça Criminal, a presunção de inocência somente poderá ser afastada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, por expressa previsão constitucional (art. 5º, inciso LVII)¹². É preciso mencionar que ela é primordial no paradigma acusatório, porque é fundamental para garantir o respeito à dignidade e aos direitos

do cidadão, além de legitimar a idoneidade da persecução penal a ser desenvolvida, sendo o pilar estruturante desse modelo¹³. Na visão de Lopes Júnior, antes de tudo, ela é princípio fundante por estipular garantias de ordem probatória, de tratamento e de julgamento ao jurisdicionado, na relação Estado e indivíduo¹⁴.

Explica-se: a norma de caráter probatório revela a necessidade de produzir um conjunto probatório lícito e idôneo para afastar a presunção do estado de inocência, afastando a possibilidade de atribuição de ônus de prova à defesa, o qual pertence integralmente à acusação¹⁵. A de tratamento, por sua vez, implica no dever de tratar o réu como cidadão presumidamente inocente, isto é, sem equipará-lo a um culpado, devendo ser evitadas as medidas que possam estigmatizá-lo e/ou violar os seus direitos¹⁶. A de julgamento aplica-se às situações em que a prova produzida não alcança o patamar daquilo que se pretendia provar, causando dúvida, logo, o julgador deve resolvê-la em favor do acusado (*in dubio pro reo*)¹⁷.

Um ponto determinante são os fundamentos que justificam a incidência da presunção de inocência. Como já mencionado, ela possui expresso amparo constitucional por estar presente no rol de direitos fundamentais, porém, também é decorrente de um fundamento do Estado Democrático de Direito, porquanto os seus efeitos asseguram a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB/1988). À vista disso, percebe-se forma e conteúdo compatível com a ordem constitucional. Os fundamentos, porém, não se esgotam nesse âmbito.

Em nível internacional, o princípio pode ser encontrado no art. 11º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁸; no art. 6.º, n.

¹⁰ Alguns exemplos da cultura inquisitiva no CPP: a iniciativa probatória do juiz (art. 156); a ordem que enseja a produção de prova contra si, na contramão da não autoincriminação (art. 174, inciso IV); a possibilidade de o magistrado condenar o réu mesmo quando o dono/autor da ação penal pedir a absolvição (art. 385).

¹¹ PEREIRA, Dora Maynard; PEREIRA, Juarez Maynard. O princípio constitucional da presunção de inocência, o *in dubio pro reo* e a aplicação do *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia. **Revista Ciência Jurídica ad litteras et verba**, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 174, p. 311-326, nov./dez., 2013. p. 317.

¹² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da

República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

¹³ BADARÓ. **Processo Penal**. p. 67.

¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 41.

¹⁵ LOPES JÚNIOR. **Direito Processual Penal**. p. 42.

¹⁶ BADARÓ. **Processo Penal**. p. 68.

¹⁷ BADARÓ. **Processo Penal**. p. 68.

¹⁸ UNITED NATIONS ORGANIZATION. **Universal Declaration of Human Rights**. Paris: General Assembly, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/universal-declaration-of-human-rights>. Acesso em: 19 set. 2022.

2, da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹⁹; no art. 7.º, n.º 1, alínea b, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos²⁰; e no art. 8.º, n. 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)²¹. É um dos princípios que facilmente encontra previsão nas Constituições nacionais, embora não esteja prevista, ao menos de forma expressa e textual, na maioria dos códigos penais e/ou de processo penal dos países e regiões lusófonos.

Registre-se que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados e internalizados na ordem jurídica brasileira – CADH e o PIDCP – contemplam a referida presunção. Por conseguinte, ela está revestida de aspectos constitucionais e convencionais, isto é, compatíveis com o conteúdo da ordem constitucional e com as normas internacionais. Dessa forma, depreende-se haver necessidade de maior esforço probatório para afastar a presunção do estado de inocência de alguém em razão da densidade normativa desse postulado.

Apesar do exposto, as falhas nos filtros processuais, a morosidade da Justiça, a precariedade da infraestrutura policial e do acesso à Justiça tornam a realidade forense distante do idealismo teórico. Prova disso é a Justiça Criminal do país figurar nas piores posições do *Rule of Law Index* – índice que avalia balizas relacionadas ao Estado de Direito – em diversos quesitos, como imparcialidade no sistema criminal e eficiência das investigações²².

3. O CONFLITO ENTRE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA: O *IN DUBIO PRO SOCIETATE* E *IN DUBIO PRO REO*.

Antes de tudo, é necessário conceituar o que se compreende por *in dubio pro societate*: é uma expressão tratada como princípio aplicável majoritariamente rito especial do júri, especialmente se subsistir dúvida acerca da autoria delitiva do acusado, no momento da pronúncia, ocasião em que ele deverá ser levado ao júri – leia-se pronunciado – devido ao interesse da sociedade na resolução da questão²³. Essa interpretação alicerça-se na ideia de que o Tribunal do Júri é o órgão soberano e competente para julgar os crimes dolosos contra a vida, vez que o constituinte assim previu no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, da CRFB/1988²⁴. Então, pronuncia-se o acusado para não violar a competência constitucional com uma decisão de absolvição sumária, de impronúncia ou de desclassificação.

Tem-se que *pro societate* é utilizado nas situações em que as provas produzidas não atingem o patamar probatório necessário para proceder com o provimento pretendido, como a pronúncia ou o recebimento da denúncia no procedimento dos crimes dolosos contra a vida. Consequentemente, por conta do ônus de provar as imputações ser exclusivo da acusação, é do interesse da defesa produzir a dúvida razoável no íntimo do julgador em razão de induzir a absolvição ou a impronúncia por incidência do *in dubio pro reo*²⁵

A propósito, o art. 414 do CPP determina a impronúncia quando o magistrado não estiver convencido da materialidade delitiva ou da existência de indícios de autoria, ou de participação²⁶. Por outro lado, o art. 413 prescreve a pronúncia quando o juízo constata os

¹⁹ COUNCIL OF EUROPE. **European Convention on Human Rights**. Roma: Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>. Acesso em: 19 set. 2022.

²⁰ ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Banjul: Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana, 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/afrika/banjul.htm>. Acesso em: 19 set. 2022.

²¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. San José: Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 19 set. 2022.

²² WORLD JUSTICE PROJECT. **Rule of Law Index: Criminal Justice**. Washington, DC, 2021. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2021/Brazil/Criminal%20Justice/>. Acesso em: 04 set. 2022.

²³ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 351.

²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 118.

²⁶ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em:

indicativos de autoria ou participação e, simultaneamente, está convicto da materialidade delitiva²⁷. Então, não soa estranho pensar que a resolução acertada é impronunciar o réu, porque, particularmente, há adequação com o comando do aludido art. 414. Ainda mais quando o juízo deve valer-se dos requisitos legais para atuar como um limitador do Poder Estatal, exercido por meio da acusação, a fim de estabelecer uma espécie de filtragem jurisdicional para reduzir violações e excessos²⁸.

Em outra análise, da literalidade do brocardo é possível extrair que a regra é a seguinte: se existe dúvida, ela deve ser resolvida em favor da sociedade. Esse raciocínio, porém, gera alguns questionamentos: os pressupostos que sustentam o *in dubio pro societate* são normativamente mais robustos que os do *in dubio pro reo*? o magistrado tem a capacidade de compreender e expressar o interesse da sociedade na sua decisão? Se sim, por qual motivo esse interesse sempre causa prejuízo a um cidadão presumidamente inocente?

Como visto, de fato a pronúncia não exige certeza da autoria – apenas da materialidade delitiva – uma vez que o legislador estabeleceu como critério necessário a presença de indícios suficientes no art. 413 do CPP²⁹. Sucede, entretanto, que a dúvida não pode autorizar esse provimento, pois pronunciar alguém nesse contexto significará sujeitá-lo a um julgamento sem provas sólidas da sua atuação na infração penal, o que causa um gravame ao réu e reflete um proceder temerário – ou melhor, autoritário³⁰. Afinal, os jurados decidem conforme a íntima convicção, ou seja, não revelam seus motivos e não precisam justificar o

porquê do posicionamento tomado – seja ele favorável ou não.

Nessa linha, o *in dubio pro reo* é uma regra de julgamento que implica na resolução da dúvida em favor do acusado, isto é, também é um critério de resolução da incerteza processual. Tal critério possui respaldo constitucional, convencional e legal, pois é considerado um desdobramento da presunção de inocência em razão de preservar no contexto em que o Estado tem o dever de comprovar as imputações suscitadas. Já o *in dubio pro societate* não detém fundamentos claros. Apesar de se arguir como base o art. 413 do CPP, notadamente o dispositivo sequer abrange hipótese de dúvida em seu texto, visto que o termo indícios mais se relaciona com probabilidade do que com incerteza³¹.

Aliás, é um ponto curioso, visto que não existe consenso quanto à origem no próprio STF: há julgado no sentido de que ele advém do art. 413 do CPP, e não do texto constitucional³², ao passo em que outra decisão afirma que ele está alicerçado na Constituição³³. Tais interpretações mostram a incongruência e a nebulosidade em torno da utilização desse expediente, sobretudo porque não consta a demonstração dos raciocínios que levaram às sobreditas conclusões, nos acórdãos citados.

Quanto à gênese constitucional em uma das diretrizes do júri, também não parece ser adequado que uma regra de competência supere uma regra probatória tão incrustada no sistema acusatório, nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos e na própria ordem constitucional. Inclusive, o Plenário do STF já se manifestou a respeito de um tema conexo

www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 01 set. 2022.

²⁷ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**.

²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. p. 69.

²⁹ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**.

³⁰ PEREIRA, Dora Maynard; PEREIRA, Juarez Maynard. **O princípio constitucional da presunção de inocência, o in dubio pro reo e a aplicação do in dubio pro societate na decisão de pronúncia**. p. 319.

³¹ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. *et al.* Dúvida e processo penal: procedimento do tribunal do júri, decisão de pronúncia e o “in dubio pro societate”. **Católica Law Review**, Lisboa: v. 3, n. 3, p. 43-61, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.34632/catolicalawreview.2019.9125>. Acesso em: 06 jan. 2022. p. 53.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 986566**. [2ª turma]. [...] princípio in dubio pro societate, violação do princípio da presunção de inocência, não ocorrência [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 21 de agosto de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13482632>. Acesso em: 20 set. 2022.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo nº 1082664**. [2ª turma]. [...] Penal e processo penal. Sentença de pronúncia [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de outubro de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur393855/false>. Acesso em: 20 set. 2022.

no Recurso Extraordinário (RE) n.º 593443, julgado em regime de repercussão geral. Esta foi a tese firmada:

Qualquer decisão do Poder Judiciário que rejeite denúncia, que impronuncie ou absolva, sumariamente, os réus ou, ainda, que ordene a extinção, em sede de 'habeas corpus', de procedimentos penais não transgride o monopólio constitucional da ação penal pública (CF, art. 129, I) nem ofende os postulados do juiz natural (CF, art. 5º, inciso LIII) e da soberania do veredicto do Júri (CF, art. 5º, inciso XXXVIII, "c")³⁴.

De modo indireto, a citada decisão atinge a razão de ser do *in dubio pro societate*, tendo em vista reconhecer que os demais provimentos não afetam a soberania dos veredictos. Em outras palavras, apesar da decisão dos jurados ser soberana, se houver os elementos necessários para, por exemplo, absolver sumariamente, o magistrado está autorizado a assim proceder. Logicamente, na dúvida, não é necessário pronunciar o acusado para garantir a soberania e a competência do júri, haja vista que o juiz apenas estará a cumprir a respeitar as disposições legais e constitucionais.

Diante dessas circunstâncias, surgem posicionamentos no sentido de que a máxima *pro societate* deve ser rechaçada devido a sua inconstitucionalidade e inconvencionalidade³⁵. É que o brocardo guarda semelhança com sistemas inquisitivos e autoritários, logo, não é compatível com o processo penal de uma nação onde

prevalece o Estado Democrático de Direito³⁶. A colisão com a presunção de inocência reforça a sua dissonância, especialmente por ele não possuir estrutura científica de princípio, sendo um mero adágio forense, sem alicerce legal, constitucional e/ou convencional³⁷.

Para além dos argumentos apresentados, um dos principais pontos reconhecidos no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 1067392, é a confusão que o adágio causa na valoração do conjunto probatório e o reconhecimento do seu nascimento na jurisprudência³⁸. A respeito desta informação, tem-se mais uma solução favorável à presunção de inocência, tendo em vista que princípios constitucionais não podem ser afastados por princípios criados pela legislação, tampouco por aqueles gerados pela jurisprudência³⁹.

De todo o modo, o Supremo Tribunal Federal mantém entendimento majoritariamente favorável ao *in dubio pro societate*. A aplicação, contudo, não se limita ao rito do júri ou ao momento da pronúncia, dado que já foi usado para barrar o trancamento de uma ação penal por estelionato⁴⁰ e autorizar prisão preventiva por crime contra a dignidade sexual⁴¹. É interessante, porque, em suma, o STF entende que o *in dubio pro reo* está restrito à fase da sentença, enquanto o *pro societate* vigora nos momentos anteriores, portanto, não existiria ofensa à presunção do estado de inocência⁴².

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 593443**. [Tribunal Pleno]. Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida [...] Absolvição sumária. Relator: Min. Marco Aurélio, 06 de junho de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur264743/false>. Acesso em: 20 set. 2022.

³⁵ DIAS, Paulo Thiago Fernandes. **A adoção do adágio do in dubio pro societate na decisão de pronúncia: (in)constitucionalidade e (in)convencionalidade**. 2016. Dissertação (Mestrado em ciências criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul. 183 p. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10923/10092>. Acesso em: 22 set. 2022. p. 49.

³⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 81.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário com agravo nº 1067392**. [2ª turma]. [...] Penal e Processual Penal. 2. Júri. 3. Pronúncia e standard probatório [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de março de 2019. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427698/false>. Acesso em: 22 set. 2022.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário com agravo nº 1067392**.

³⁹ FERRAJOLI. **Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista**. p. 45.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus nº 127007**. [2ª turma]. [...] Trancamento de ação penal, medida excepcional [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur337382/false>. Acesso em: 22 set. 2022.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de habeas corpus nº 32769**. [Tribunal Pleno]. [...] Antes da sentença final, não prevalece o in dubio pro reo, mas o in dubio pro societate. Relator: Min. Nelson Hungria, 30 de setembro de 1953. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur121223/false>. Acesso em: 22 set. 2022.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 4506**. [1ª turma]. Direito penal e processual penal, ação penal,

Fato é: a solução *pro societate* colide frontalmente com a presunção de inocência, materializada no *pro reo*, pondo em xeque a sua eficácia por reduzi-la sensivelmente – ou anulá-la – através de uma interpretação constitucionalmente duvidosa. Em arremate, as críticas ao uso do *in dubio pro societate* afloram em decorrência dele ser inerente aos sistemas estranhos ao acusatório, porquanto não se deixa de lado nenhum princípio geral do Direito Penal ou Processual Penal na prestação jurisdicional, além de ser necessário ter especial cautela ao interpretar o Direito em prol da sociedade quando em detrimento do réu⁴³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma ordem constitucional garantista, são inadmissíveis transgressões ao texto constitucional, principalmente quando se trata de matéria inerente ao Direito Penal – seara onde se deve prezar pela legalidade. Isso porque as normas instituidoras de Direitos Fundamentais não devem ser interpretadas de modo a permitir flexibilização do seu conteúdo. A lógica do sistema acusatório também não admite violações aos direitos dos jurisdicionados e muito menos flexibilização do devido processo legal.

Assim, como princípio norteador no processo penal brasileiro, os efeitos da presunção de inocência são amplos e alcançam todas as fases do processo e da investigação. Consequentemente, a sua materialização como regra probatória herda essas características. O STF, todavia, falha ao colocar o *in dubio pro societate* em patamar de igualdade com o *in dubio pro reo*, dado que aquele sequer tem características de princípio. Equivoca-se mais ainda ao restringir o *pro reo* ao momento da sentença como se essa leitura não atentasse contra a presunção de inocência.

Nos julgados favoráveis à aplicação do *pro societate*, a ausência de demonstração dos raciocínios empregados no procedimento de ponderação com o *pro reo*; também não houve menção à harmonização desse brocardo com as normas internacionais de direitos humanos que

reforçam a presunção do estado de inocência. Tais características evidenciam a nebulosidade da exegese realizada, mais ainda por não existir consenso quanto à natureza jurídica e ao fundamento normativo do instituto. De igual modo, verificou-se que ele foi aplicado em outros ritos e momentos processuais, o que torna mais questionável a razão de ele resguardar o interesse da sociedade personificada nos jurados.

No mais, os acórdãos contrários à ideia *pro societate* indicaram a sua inconstitucionalidade e inconveniência com maior carga de argumentos, com um precedente julgado em repercussão geral que retira a razão de ser do aludido adágio. Apesar de serem a minoria numérica, essas decisões apresentaram razões que contradizem o raciocínio do *in dubio pro societate* e obstam o seu uso. Entre elas, as exaradas no RE 593443 e ARE 1067392 são marcos na construção dessa linha contrária à orientação majoritária da corte por reunirem elementos motivadores e processuais considerados fortes.

Por essas razões, a prevalência do *in dubio pro societate* sobre o *in dubio pro reo* é infundada. Não há lógica jurídica que justifique a superação de uma regra pautada em um princípio constitucional e convencional por um brocardo derivado do criacionismo jurisprudencial. A dinâmica do sistema acusatório e a força normativa dos direitos e das garantias fundamentais não admitem decisões que prestigiem mecanismos com características inquisitivas, por serem incompatíveis com a atual Constituição Federal.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em:

corrupção passiva [...]. Relator: Marco Aurélio, 17 de abril de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur390043/false>. Acesso em: 22 set. 2022.

⁴³ MAIA NETO, Cândido Furtado. Respeito às cláusulas pétreas e as garantias constitucionais-judiciais no processo

penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 867, p. 482-504, jan. 2008. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/webvistas/rt-revistas-dos-tribunais.html>. Acesso em: 26 jan. 2022. p. 500.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 01 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 986566**. [2ª turma]. [...] princípio in dubio pro societate, violação do princípio da presunção de inocência, não ocorrência [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 21 de agosto de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13482632>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo nº 1082664**. [2ª turma]. [...] Penal e processo penal. Sentença de pronúncia [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de outubro de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sj/ur393855/false>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus nº 127007**. [2ª turma]. [...] Trancamento de ação penal, medida excepcional [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sj/ur337382/false>. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 4506**. [1ª turma]. Direito penal e processual penal, ação penal, corrupção passiva [...]. Relator: Marco Aurélio, 17 de abril de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sj/ur390043/false>. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de habeas corpus nº 32769**. [Tribunal Pleno]. [...] Antes da sentença final, não prevalece o in dubio pro reo, mas o in dubio pro societate. Relator: Min. Nelson Hungria, 30 de setembro de 1953. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sj/ur121223/false>. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário com agravo nº 1067392**. [2ª turma]. [...] Penal e Processual Penal. 2. Júri. 3. Pronúncia e standard probatório [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de março de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sj/ur427698/false>. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 593443**. [Tribunal Pleno]. Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida [...] Absolvição sumária. Relator: Min. Marco Aurélio, 06 de junho de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sj/ur264743/false>. Acesso em: 20 set. 2022.

CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda. MELO, Gabriellen Carneiro de. Juiz de garantias e o princípio da jurisdição imparcial à luz da teoria da dissonância cognitiva. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 6. n. 1. p. 222-251, jun. 2021. Disponível em: <http://www.ricp.org.br/index.php/revista/article/view/43>. Acesso em: 14 set. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. **European Convention on Human Rights**. Roma: Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>. Acesso em: 19 set. 2022.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes. **A adoção do adágio do in dubio pro societate na decisão de pronúncia: (in)constitucionalidade e (in)convencionalidade**. 2016. Dissertação (Mestrado em ciências criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul. 183 p. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10923/10092>. Acesso em: 22 set. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: ROSA, Alexandre Morais da *et al.* (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana**. Tradução Alexander Araújo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733>. Acesso em: 28 ago. 2022.

KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio/ago. 2010. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6513>. Acesso em: 23 ago. 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MAIA NETO, Cândido Furtado. Respeito às cláusulas pétreas e as garantias constitucionais-judiciais no processo penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 867, p. 482-504, jan. 2008. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/webvistas/rt-revistas-dos-tribunais.html>. Acesso em: 26 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Banjul: Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana, 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 19 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. San José: Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.onvencao_americana.htm. Acesso em: 19 set. 2022.

PEREIRA, Dora Maynard; PEREIRA, Juarez Maynard. O princípio constitucional da presunção de inocência, o in dubio pro reo e a aplicação do in dubio pro societate na decisão de pronúncia. **Revista Ciência Jurídica ad litteras et verba**, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 174, p. 311-326, nov./dez., 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. et al. Dúvida e processo penal: procedimento do tribunal do júri, decisão de pronúncia e o "in dubio pro societate". **Católica Law Review**, Lisboa: v. 3, n. 3, p. 43-61, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.34632/catolicalawreview.2019.9125>. Acesso em: 06 set. 2022

UNITED NATIONS ORGANIZATION. **Universal Declaration of Human Rights**. Paris: General Assembly, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/universal-declaration-of-human-rights>. Acesso em: 19 set. 2022.

WORLD JUSTICE PROJECT. **Rule of Law Index: Criminal Justice**. Washington, DC, 2021. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2021/Brazil/Criminal%20Justice/>. Acesso em: 04 jan. 2022.

O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO FUNDAMENTAL A BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS A PARTIR DA GOVERNANÇA MULTINÍVEL¹

Betieli da Rosa Sauzem Machado²
Ricardo Hermany³

INTRODUÇÃO

A relação existente entre Administração Pública e sociedade sempre se caracterizou pela complexidade de suas mais diversas formas e níveis, e ao longo das últimas décadas, com as modificações legais e estruturais nos ambientes social e normativo dos países ocidentais, novos desafios têm surgido, necessitando de respostas para que sejam atendidas às demandas.

Nesta conjuntura, a governança multinível oferta uma perspectiva para compreensão desses fenômenos tanto no nível governamental quanto no não governamental, influenciando, também, na atuação dos agentes públicos e privados. Desse modo, este estudo tem como objetivo analisar a atuação dos Tribunais de Contas no controle das políticas públicas no contexto da governança multinível.

O tema está relacionado ao controle de políticas públicas e o direito fundamental à boa administração pública no âmbito dos Tribunais de Contas a partir da governança multinível, limitado ao contexto brasileiro, com foco na atuação dos órgãos de contas por meio de auditorias operacionais ou inspeções especiais na detecção de riscos e definição de boas práticas de gestão, tendo em vista propor diretrizes e identificar as características de atuação.

Desta forma, considerando a identidade institucional, os dispositivos constitucionalmente previstas, a história dos Tribunais de Contas e as relações entre Estado e sociedade, busca-se responder ao seguinte questionamento: O papel dos Tribunais no controle das políticas públicas, no contexto da governança multinível, contribui para uma boa administração pública?

Nesse sentido, visando responder ao problema proposto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, conceituando-se inicialmente a boa administração pública e analisando-se os pressupostos gerais dos procedimentos de governança multinível, passando-se posteriormente para uma verificação mais específica da atuação dos Tribunais de Contas no exercício do controle de políticas públicas. Quanto ao método de procedimento, adota-se o monográfico. Em termos de técnicas de pesquisa, utiliza-se a bibliográfica, por intermédio de documentação indireta, revisando livros, periódicos, artigos, teses, dissertações, dentre outros meios.

Além disso, o estudo está dividido em três objetivos específicos, a saber: no primeiro, analisar-se-á brevemente a conceituação do direito fundamental à boa administração pública e sua relação com o controle da Administração; no segundo, investigar-se-á as principais características da governança multinível e as

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. Esta publicação tem apoio em bolsa institucional da Confederação Nacional de Municípios (CNM).

² Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES. Bolsista da Confederação Nacional de Municípios em convênio Apesc/CNM. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-3489-6741>> E-mail: <betielisauzem@yahoo.com.br>.

³ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-8520-9430>>. E-mail: <hermany@unisc.br>.

perspectivas no Brasil; por fim, no terceiro, verificar-se-á do Tribunais de Contas sobre as políticas públicas e governança multinível para detectar riscos e definir boas práticas de gestão que concretizem o princípio fundamental à boa administração pública.

1. A BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: APONTAMENTOS CONCEITUAIS E A SUA LIGAÇÃO COM O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Freitas¹ foi precursor da conceituação do direito fundamental à boa administração no âmbito do Estado Democrático, em sua crescente afirmação da cidadania, o qual tem como compromisso facilitar e prover o acesso a esse direito. Desse modo, trata-se de um direito fundamental à Administração Pública eficaz e eficiente, proporcional, que cumpre com os seus deveres, com transparência, imparcialidade, sustentabilidade, motivação, moralidade, responsabilidade plena sobre suas condutas e participação social. Assim, tal direito corresponde ao dever de a Administração Pública atender, a cogência de todos os princípios constitucionais, nas relações administrativas.

Ismail Filho² complementa que a boa administração pública é um direito fundamental que liga o cidadão ao gestor público, apresentando como pressupostos a observância por este aos princípios da Administração Pública - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, igualdade, proporcionalidade, entre outros - das tarefas fundamentais do Estado e dos direitos relacionados à participação procedimental do cidadão na gestão pública - devido processo legal, direito à audiência com o gestor e/ou seu representante, duração razoável do processo.

Além disso, à boa administração - aquela que tem como escopo realizar de forma eficiente - se constitui simultaneamente em um dever ético e jurídico, com aplicações e implicações nas escolhas discricionárias e no princípio da eficiência. A sociedade do conhecimento - como

um elemento que potencializa a importância do agir estatal com eficiência - com a ideia de governança, destacando-se que é inviável se alcançar resultados otimizados na execução de políticas públicas a partir da exclusiva responsabilidade do Estado.³

A Constituição faz uma ligação entre a eficiência, a legalidade e a boa administração, especialmente no artigo 70, *caput*, quando aborda o controle orçamentário, contábil e financeiro da Administração Pública não faz previsão apenas de um controle de legalidade, mas ainda ressalta a fiscalização da legitimidade e economicidade - interligado também com a eficiência - visando com isso uma boa Administração Pública. Por conseguinte, evidencia-se que a prática da boa administração exige dos gestores públicos uma permanente prática de *accountability*, ou seja, é necessário a prestação de contas dos seus projetos e ações aos cidadãos.

Desse modo é que se insere no âmbito da boa administração o controle exercido pelos Tribunais de Contas, especialmente no que tange ao controle de políticas públicas. Freitas⁴ (2014, p. 32) frisa que o controle das políticas públicas é imanado à boa administração pública, requerendo que se dê conta da inteireza do processo das tomadas de decisões administrativas, desde a escolha de agir até a avaliação dos efeitos ao longo do tempo, dos benefícios no cotejo com os custos ambientais, econômicos e sociais.

Além disso, verifica-se que a boa administração pública e a eficiência relacionam-se diretamente com as redes governança ou com a governança multinível, buscando potencializar os ganhos em eficiência. Assim, passar-se-á a análise das principais características da governança multinível no âmbito do Tribunais de Contas, verificando as perspectivas para o contexto brasileiro a partir de uma análise histórica e doutrinária.

¹ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2014, p. 21.

² ISMAIL FILHO, Salimão. *Boa administração pública e controle: caminhos para concretização dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2020, p. 60-61.

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novo referencial no direito administrativo: do controle da vontade ao do

resultado: a judicialização dos resultados na Administração Pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 18.

⁴ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*, p. 32.

2. A GOVERNANÇA MULTINÍVEL NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS: CARACTERÍSTICAS E PERSPECTIVAS

No Brasil a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, adotou a forma de Estado Federal, voltado para um federalismo cooperativo entre os três níveis de governo, o qual tem como escopo o de assegurar aos entes autonomia – política, organizacional, administrativa e financeira – e competências – privativas, comuns e concorrentes. Observa-se, ainda, que para se entender o país que adota tal sistema é necessário que seja analisada a coordenação federativa, que está relacionada diretamente com os aspectos de governança.

O conceito de governança está relacionado com a definição das formas de governo mais abertas e participadas. Assim como, visa relações de cooperação entre o Estado e os atores econômicos e cívicos, incluindo as relações de poder entre os atores, determinando como, quando e de que forma será concretizada a partilha de responsabilidades, a negociação entre as partes e a tomada de decisões.⁵

A coordenação federativa no modelo de sistema de organização territorial adotado pelo Brasil é uma questão central, desde a promulgação da Constituição de 1988, tendo em vista que adotou formas regionais de organização territorial, sem, contudo, criar mecanismos de governança que fossem adequados. Assim, observa-se que a teoria da *Multi-Level Governance* – governança multinível – converge com tais pressupostos e pode ser adotada como uma ferramenta para propor questões voltadas para implementação da coordenação e a cooperação entre as esferas de governo.

O marco inicial das pesquisas e conceituação da governança multinível surgiram por meio de um estudo desenvolvido por Gary Marks, intitulado de *Structural policy in the European Community* (Política Estrutural

na Comunidade Europeia), sendo que tais estudos despontaram no âmbito internacional, voltando-se, precipuamente, aos estudos sobre o federalismo e a subsidiariedade. O estudo centrou-se em analisar um sistema formado por negociações mútuas e contínuas entre governos – compostos por diversos níveis de governo –, baseando-se na análise da política interna, especialmente na abordagem das redes de políticas para delinear como, dentro da governança multinível, os governos supranacionais, nacionais, regionais e locais se envolvem em redes políticas com abrangência que superam o território. Desse modo, focou na capacidade que as autoridades estatais não centrais possuem para contribuir para a governança, que atravessasse as fronteiras, nacional e estrangeira, além de desafiar a capacidade de controle do estado central.^{6 7 8}

A governança multinível aborda de forma endógena aspectos relacionados à cooperação intergovernamental, divergindo dos aspectos competitivos e conflituosos.⁹ Desta forma, a governança multinível é compreendida como o modelo mais eficaz e eficiente para a governabilidade dos territórios, visto que: 1) gerencia melhor os impactos territoriais nos diversos níveis, provocados por externalidades multi-escalares, desde o nível global até o nível local; 2) abarca a diversidade de interesses dos cidadãos; 3) flexibiliza os compromissos políticos mais credíveis; e 5) promove a inovação e experimentação no campo das políticas públicas.¹⁰

Dessa maneira, a governança multinível pode impulsionar diferentes formas de intersetorialidade e cooperação interfederativa, sendo essa fundamental para que as Cortes de Contas desempenhem uma avaliação e um controle holístico das ações governamentais praticadas por intermédio de políticas. Ademais, as conexões entre a União, estados-membros e municípios são decisivas para a eficiência das

⁵ COMISSÃO EUROPEIA (CE). *Governança Europeia*: um livro branco. Bruxelas, COM, 2001, p. 11.

⁶ HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary. Types of Multi-Level Governance. *Les Cahiers européens de Sciences Po*. n. 3., 2002.

⁷ HRYNIEWIECKA, Karolina Boroska. Multi-level governance and the role of the regions in the European Union: conceptual challenges and practical applications. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 45. p. 177-207, 2011, p. 182.

⁸ PIATTONI, Simona. Multi-level governance in the EU: does it work? *Globalization And Politics: A Conference In Honor Of Suzanne Berger*, MIT. Cambridge: Massachusetts, 2009.

⁹ HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary. Unravelling the central state, but how? Types of multi-level governance. *American Political Science Review*, v. 97, n. 2, p. 233-243, may. 2003.

¹⁰ PEREIRA, Margarida. Governança territorial multinível: fratura(s) entre teoria e prática. *Desenvolvimento Regional em debate*. v. 4, n. 2, jul./dez. 2014.

políticas públicas e para a boa administração pública. Nesse sentido, passa-se a análise do papel dos Tribunais de Contas no controle e avaliação de políticas públicas.

3. O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL E A GOVERNANÇA MULTINÍVEL PARA A CONCRETIZAÇÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os mecanismos de controle da Administração estão intimamente conectados com os regimes democráticos, ou seja, pode-se afirmar que não existe democracia sem controle. Assim, nos países em que há democracia, todo e qualquer governante seja um gestor público, parlamentar, magistrado ou qualquer agente que detenha de uma parcela do poder estatal tem a atividade que realiza sujeita aos mais diversos tipos de controle. Além disso, a própria organização dos Estados democráticos prevê mecanismos pelos quais a atividade estatal é controlada, possibilitando que a atuação dos detentores do poder seja limitada.¹¹

Quanto a atividade controladora exercida pelos Tribunais de Contas, trata-se da modalidade de controle externo da Administração Pública, previsto no artigo 70 e seguintes, da Constituição Federal de 1988, sendo que o referido dispositivo leciona que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e também das entidades da administração pública - sejam estas diretas ou indiretas -, deverá ocorrer obedecendo aos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade sendo exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada um dos poderes. Quanto ao artigo 71, este dispõe que o controle externo da Administração Pública será exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas, estando suas atribuições elencadas nos incisos I ao XI.

Em relação às políticas públicas, o Tribunal de Contas da União¹² aponta no Referencial de Controle de Políticas Públicas que estas correspondem ao exame de engenharia

institucional e dos traços constitutivos dos programas, podendo ter um caráter descritivo objetivando o desenvolvimento de conhecimentos sobre o processo de elaboração das políticas englobando a sua formulação, implementação e avaliação e/ou também prescritivo com o objetivo de apoiar os formuladores de políticas como forma de agregar conhecimento ao processo de elaboração. No que concerne à avaliação de políticas públicas considerando a existência de múltiplas correntes, a visão majoritária é sobre a ideia de acompanhamento de desempenho, mensuração de resultados e aferição de impactos. Enquanto que o controle pode ser compreendido sob as perspectivas do controle gerencial, controle interno, controle externo e controle social.

O controle voltado às políticas públicas revela novas facetas de atuação administrativa não envolvendo somente a perspectiva da regularidade legal dos atos dos agentes estatais, mas também, como explicitaram os autores supramencionados, engloba a eficácia, a efetividade, a eficiência e os impactos gerais visando ainda quais foram os resultados obtidos e se estes estão em conformidade com as finalidades legais. Quanto à atuação dos Tribunais de Contas neste controle, esta mostra-se plenamente cabível, pois assim como os conceitos de política pública e formas de avaliação são abertos, igualmente são as maneiras de controlá-las.¹³

No Referencial para Avaliação de Governança Multinível em Políticas Públicas Descentralizadas é indicada a utilização de técnicas para definição de diagnósticos no campo das políticas públicas, podendo citar a análise de *stakeholder*, a qual objetiva identificar os principais grupos de interesses ligados ao objeto da auditoria, além de avaliar se existem conflitos de interesse e o modo como vão afetar os riscos e a viabilidade das políticas públicas. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2021).

Além disso, é importante destacar que existem três ferramentas utilizadas pelos Tribunais de Contas para a avaliação de políticas públicas, os quais encontram-se listados pelos

¹¹ LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo - Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas*. E-book. 8 ed. São Paulo: Editora Método, 2019.

¹² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial de Controle de Políticas Públicas*. Brasília: TCU, 2020.

¹³ VIEITEZ, Diego Losada. *Controle de políticas públicas por tribunais de contas e govtechs*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Escola de Direito - Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito (Dissertação de Mestrado), Porto Alegre, 2018.

pronunciamentos profissionais da INTOSAI, sendo: 1) auditoria de conformidade, conforme o parágrafo 12 das Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público (NBASP/ISSAI 400- Princípios de Auditoria de Conformidade), que aborda uma avaliação independente e tem como objetivo o de determinar se um dado objeto está em conformidade com as normas aplicáveis identificadas como critérios¹⁴; 2) auditoria operacional, de acordo com o parágrafo 9 da NBASP/ISSAI 300 - Princípios de Auditoria Operacional, conceituada como uma análise independente, objetiva e confiável, com a finalidade de analisar se empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo estão funcionando conforme os princípios da economicidade, eficiência e efetividade (eficácia) e se existe espaço para aperfeiçoamento¹⁵; e 3) avaliação de políticas públicas, conceituada no GUID-9020 – Avaliação de Políticas Públicas, como o exame independente, que tem como objetivo o de determinar a utilidade de uma política, analisando de modo mais sistemático os objetivos, a execução, os produtos, os resultados e os impactos socioeconômicos dessa política, além de examinar o seu desempenho, em relação a sua pertinência ou adequação.¹⁶

Neste contexto, as auditorias operacionais são as mais indicadas para o controle e a avaliação de políticas públicas, tendo em vista que a competência para realizar essa modalidade de auditoria está prevista no artigo 71, inciso IV, da Constituição, ou seja, as auditorias operacionais possuem o potencial para induzir e impulsionar melhorias nas ações dos governos em todos os níveis – auxiliando diretamente na concretização da boa administração pública –, sendo que no caso das políticas públicas, em

diversos níveis de governo, o sistema dessas políticas possibilita que os Tribunais de Contas em suas fiscalizações abordem questões e procedimentos de análise sobre a governança multinível. Verifica-se, ainda, que a forma como o sistema da governança multinível é estruturada e as condições e o ambiente em que ele opera afetam o desenho, as entregas e os resultados das políticas públicas.¹⁷

Ressalta-se que a análise da governança multinível pode ocorrer em momentos diferentes durante uma inspeção: 1) na fase de seleção, ocorre o processo de seleção das áreas temáticas e objetos a serem avaliados, propondo e compreendendo os aspectos de governança multinível da política analisada; 2) na fase de planejamento, o processo de determinação do escopo da fiscalização, definindo os problemas, questões, critérios e métodos de investigação, envolvendo os aspectos mais críticos da governança multinível de objetos selecionados; 3) na fase de execução, é realizado um processo de coleta e análise de dados, com o objetivo de evidenciar fragilidades e melhorar as oportunidades de governança multinível dos objetos fiscalizados.¹⁸

Portanto, além de planejar as ações da iniciativa desenvolvimento, determine os agentes responsáveis pela implementação dessas ações, a abordagem dos métodos disciplinares no seu regimento, a avaliação dos possíveis impactos, sejam eles preventivos, concomitantes ou posteriores. Portanto, verifica-se que as variadas formas de atuação dos Tribunais de Contas evidenciam a sua identidade institucional, expressando as suas funções constitucionais de forma que no âmbito da governança multinível as possibilidades são ampliadas, possibilitando a

¹⁴ INSTITUTO RUI BARBOSA. NBASP 400- Princípios de Auditoria de Conformidade. In: *Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público*. Nível 2- Princípios Fundamentais Disponível em: < https://irbcontas.org.br/wp-admin/admin-ajax.php?juwpfisadmin=false&action=wpfd&task=file.do_wnload&wpfd_category_id=2108&wpfd_file_id=21678&t_oken=311f0c64e0fc0bcdbdc2873493e9758c&preview=1 > . Acesso em: 25 out. 2022.

¹⁵ INSTITUTO RUI BARBOSA. NBASP 300- Princípios de Auditoria Operacional. In: *Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público*. Nível 2- Princípios Fundamentais Disponível em: < <https://irbcontas.org.br/wp-admin/admin->

[ajax.php?juwpfisadmin=false&action=wpfd&task=file.do_wnload&wpfd_category_id=2108&wpfd_file_id=21599&t_oken=99d584f1cf6e08c81971692e29593b23&preview=1](https://irbcontas.org.br/wp-admin/admin-ajax.php?juwpfisadmin=false&action=wpfd&task=file.do_wnload&wpfd_category_id=2108&wpfd_file_id=21599&t_oken=99d584f1cf6e08c81971692e29593b23&preview=1) > . Acesso em: 25 out. 2022.

¹⁶ INTOSAI. *GUID 9020- Evaluation of Public Policies*. Disponível em: <<https://www.issai.org/pronouncements/guid-9020-evaluation-of-public-policies/>>. Acesso em: 25 out. 2022.

¹⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial para Avaliação de Governança Multinível em Políticas Públicas Descentralizadas*, 2. ed., Brasília: TCU, 2021.

¹⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial para Avaliação de Governança Multinível em Políticas Públicas Descentralizadas*.

obtenção de melhores resultados, fortalecendo a boa administração pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho visou analisar o controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas no âmbito da governança multinível e à boa administração pública. Dessa maneira, considerando a identidade institucional, as disposições constitucionalmente previstas, o histórico de atuação das Cortes de Contas, além das relações entre Estado e sociedade, pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: a atuação dos Tribunais de Contas no controle das políticas públicas no âmbito da governança multinível pode auxiliar na concretização da boa administração pública?

Para tanto, inicialmente, conceituou-se direito fundamental à boa administração pública, o qual comporta um lídimo plexo de direitos - regras e princípios - encartados nessa síntese, isto é, um somatório de direitos subjetivos públicos. Desta forma, destaca-se que as escolhas administrativas serão legítimas se forem sistematicamente eficazes, motivadas, sustentáveis, proporcionais, imparciais, transparentes e que ativem a moralidade, a participação social e a plena responsabilidade.

Logo, trata-se de um direito fundamental que liga o cidadão ao gestor público, apresentando como pressupostos a observância por este aos princípios da Administração Pública - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, igualdade, proporcionalidade, entre outros - das tarefas fundamentais do Estado e dos direitos relacionados à participação procedimental do cidadão na gestão pública - devido processo legal, direito à audiência com o gestor e/ou seu representante, duração razoável do processo.

A Constituição faz uma ligação entre a eficiência, a legalidade e a boa administração, especialmente no artigo 70, *caput*, quando aborda o controle orçamentário, contábil e financeiro da Administração Pública não faz previsão apenas de um controle de legalidade, mas ainda ressalta a fiscalização da legitimidade e economicidade. Por conseguinte, a prática da boa administração exige dos gestores públicos uma permanente exercício de *accountability*, sendo que é nesse âmbito da boa administração que se insere o controle exercido pelos Tribunais

de Contas, especialmente no que tange ao controle de políticas públicas, no âmbito das redes governança ou da governança multinível para potencializar os ganhos em eficiência.

Em um segundo momento, foram investigadas as principais características da governança multinível e as perspectivas para o contexto brasileiro, sendo destacado que o modelo institucional necessita de negociação e cooperação entre os entes, tendo em vista que, supõe-se que em razão da sua natureza, as Federações possuem conflitos e heterogeneidades, sejam elas: culturais, econômicas, sociais e políticas. Portanto, esses conflitos e heterogeneidades devem ser analisadas no processo de decisão coletiva, visando a concretização da boa administração pública.

Logo, analisou-se que o conceito de governança está centrado na gestão territorial multinível, na qual ocorre a participação e envolvimento da Administração, dos atores econômicos e socioculturais e cidadãos, para encontrar respostas às necessidades de um território, visando encontrar meios para a promoção e concretização da cooperação, coordenação e de colaboração. De tal modo, para que esse processo ocorra é imprescindível um sistema de relações entre instituições, organizações e indivíduos, tendo em vista que as escolhas se deem de forma coletiva e que se concretizem. Desta forma, observa-se que a governança multinível pode impulsionar diferentes formas de intersetorialidade e cooperação interfederativa, sendo essa fundamental para que as Cortes de Contas desempenhem uma avaliação e um controle holístico das ações governamentais praticadas por intermédio de políticas públicas.

Por fim, em um terceiro momento, verificou-se o controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas no Brasil e governança multinível para identificação de riscos e delimitação de boas práticas de gestão na administração pública brasileira, concretizando o princípio fundamental à boa administração pública. Em termos de conclusão, considerando que a pesquisa se encontra em andamento, os resultados preliminares apontam, sobretudo, que as variadas formas de atuação dos Tribunais de Contas evidenciam a sua identidade institucional, expressando as suas funções constitucionais de

forma que no âmbito da governança multinível as possibilidades são ampliadas, possibilitando a obtenção de melhores resultados, fortalecendo à boa administração pública.

Logo, pela via da descentralização dos sistemas de controle de políticas públicas, conclui-se que com isso é possível adequar às realidades locais, à agenda e ao ciclo das políticas públicas como um todo, desde a fase do planejamento até a sua execução. Ou seja, o sistema da governança multinível oferece condições para a entrega de melhores resultados, gerando uma maior eficiência das políticas públicas em análise, ressaltando neste contexto o papel das auditorias executadas pelas Cortes de Contas, as quais tendem a contribuir para a concretização do direito fundamental à boa administração.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA (CE). *Governança Europeia*: um livro branco. Bruxelas, COM, 2001.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2014.

HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary. Types of Multi-Level Governance. *Les Cahiers européens de Sciences Po*. n. 3., 2002.

HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary. Unravelling the central state, but how? Types of multi-level governance. *American Political Science Review*, v. 97, n. 2, p. 233-243, may. 2003.

HRYNIEWIECKA, Karolina Boroska. Multi-level governance and the role of the regions in the European Union: conceptual challenges and practical applications. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 45. p. 177-207, 2011.

INTOSAI. *GUID 9020- Evaluation of Public Policies*. Disponível em: <<https://www.issai.org/pronouncements/guid-9020-evaluation-of-public-policies/>>. Acesso em: 25 out. 2022.

INSTITUTO RUI BARBOSA. NBASP 300- Princípios de Auditoria Operacional. In: *Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público*. Nível 2- Princípios Fundamentais Disponível em: <https://irbcontas.org.br/wp-admin/admin-ajax.php?juwpfisadmin=false&action=wpfd&task=file.download&wpfd_category_id=2108&wpfd_file_id=21599&token=99d584f1cf6e08c81971692e29593b23&preview=1>. Acesso em: 25 out. 2022.

INSTITUTO RUI BARBOSA. NBASP 400- Princípios de Auditoria de Conformidade. In: *Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público*. Nível 2- Princípios Fundamentais Disponível em: <https://irbcontas.org.br/wp-admin/admin-ajax.php?juwpfisadmin=false&action=wpfd&task=file.download&wpfd_category_id=2108&wpfd_file_id=21678&token=311f0c64e0fc0bcdbdc2873493e9758c&preview=1>. Acesso em: 25 out. 2022.

ISMAIL FILHO, Salimão. *Boa administração pública e controle*: caminhos para concretização dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2020.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo - Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas*. E-book. 8 ed. São Paulo: Editora Método, 2019.

MENEGUIN, Fernando B; FREITAS, Igor Vilas Boas de. Aplicação em avaliação de políticas públicas: metodologia e estudos de casos. In: *Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado*, n. 123, mar., 2013. Disponível em: <www.senado.gov.br/conleg/nepsf1.html>. Acesso em: 25 out. 2022.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novo referencial no direito administrativo: do controle da vontade ao do resultado: a judicialização dos resultados na Administração Pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEREIRA, Margarida. Governança territorial multinível: fratura(s) entre teoria e prática. *Desenvolvimento Regional em debate*. v. 4, n. 2, jul./dez. 2014.

PIATTONI, Simona. Multi-level governance in the EU: does it work? *Globalization And Politics: A Conference In Honor Of Suzanne Berger*, MIT. Cambridge: Massachusetts, 2009.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial de Controle de Políticas Públicas*. Brasília: TCU, 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial para Avaliação de Governança Multinível em Políticas Públicas Descentralizadas*, 2. ed., Brasília: TCU, 2021.

), Porto Alegre, 2018.

VIEITEZ, Diego Losada. *Controle de políticas públicas por tribunais de contas e govtechs*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Escola de Direito - Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito (Dissertação de Mestrado

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 123/2022, O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TRAGÉDIA DOS COMUNS

Hernani Ferreira¹
José Everton da Silva²

INTRODUÇÃO

Sob o pretexto da suposta elevação extraordinária e imprevisível dos preços do petróleo, dos combustíveis e seus derivados, e mesmo às vésperas das eleições e à margem da legislação eleitoral, em 14 de julho de 2022 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 123/2022, a qual reconheceu o estado de emergência e ampliou os benefícios sociais ofertados pelo Governo Federal do Brasil até o fim do citado ano, especialmente o Auxílio Brasil, cujo atendimento se dará por meio de crédito extraordinário à lei orçamentária anual.

Em que pese a possibilidade de atendimento momentâneo das demandas sociais, os benefícios transitórios previstos na Emenda Constitucional não são capazes de garantir um mínimo existencial aos seus públicos-alvo e tampouco satisfarão os fins desse instituto a longo prazo, dado que durarão apenas cinco meses.

Doutro norte, o impacto bilionário ocasionado nos cofres públicos por medidas populistas com caráter eleitoreiro e sem previsão de orçamento pode levar à elevação da inflação que já alcança patamares históricos no século, bem como ao agravamento das próprias mazelas sociais que a Emenda Constitucional nº 123/2022 busca dar tratamento paliativo.

Neste sentido, frente ao flagrante interesse eleitoral, o endividamento público não previsto e a consequente impossibilidade de manutenção dos benefícios sociais, configura-se a Tragédia dos Comuns, episódio em que os interesses privados levam à exploração irrestrita de recursos públicos e o posterior esgotamento

desses, em uma dicotomia entre motivações individuais e bens comuns¹.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo geral verificar se, sob a ótica da Tragédia dos Comuns, a Emenda Constitucional nº 123/2022 pode alcançar fim diverso daquele pretendido pela própria emenda, qual seja a reparação das demandas sociais, e aqueles pretendidos pelos programas sociais, notadamente a possibilidade de garantir um mínimo existencial aos cidadãos e a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como objetivos específicos elencam-se os seguintes: abordar o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, bem como a ampliação de benefícios feita por meio da Emenda Constitucional nº 123/2022; conceituar a Tragédia dos Comuns, e demonstrar a correlação entre esses três. Quanto ao método, foi utilizado o indutivo, aliado à técnica de pesquisa bibliográfica.

Por conseguinte, encerra-se o presente trabalho com as considerações finais, momento em que se averigua se houve a confirmação do objetivo geral.

1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Embora o Brasil tenha tardado a reconhecer a dignidade da pessoa humana, sua inserção na ordem constitucional aconteceu de forma relativamente precoce quando comparada à outras constituições, de modo que a sua

¹ Mestrando em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí, com bolsa CAPES/PROEX. Advogado. Contato eletrônico: hernani@edu.univali.br. Coautor.

² Doutorado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2016). Pós-doutorado pela Universidade de Passo Fundo (UPF), Mestrado em Desenvolvimento Regional pela Fundação Universidade Regional de Blumenau. Atualmente ocupa o cargo de Vice-Reitor de Graduação da UNIVALI.

¹ XAVIER, Jonatas Matias; SILVA, José Everton. DEMANDA JUDICIAIS POR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO UMA ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE FRENTE A TRAGÉDIA DOS COMUNS. *Anais de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade*, v. 10, n. 1, p. 46-58, 2020.

primeira aparição dentro das disposições constitucionais brasileiras ocorreu em 1934².

Sob influência da Constituição de Weimar de 1919 sobre o processo constituinte nacional, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 tratou de inserir a dignidade da pessoa humana no artigo 115, o qual estava dentro do âmbito dos princípios da ordem econômica e social³:

Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões da País.⁴

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), a dignidade da pessoa humana é não só um princípio positivado no artigo 1º da Carta Magna, mas como também um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Em linhas gerais, o fato de a dignidade da pessoa humana ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e do seu Estado Democrático de Direito, fez com que o próprio Estado reconhecesse que sua existência se dá em função da pessoa humana. Assim, o Estado passa à figura de instrumento que garante e promove a dignidade da pessoa humana, seja de modo individual ou quando considerado coletivamente.⁵

Todavia, apesar de a dignidade da pessoa humana se tratar de um grande consenso ético do mundo ocidental após a Segunda Guerra Mundial, sendo materializada em diversas constituições ao redor do globo, “[...] sua grande vagueza tem feito com que ela funcione, em

extensa medida, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem, os seus valores e convicções.”⁶.

Essa projeção ilimitada, muitas vezes feita pelos dois lados do litígio com finalidades distintas, ou utilizada por magistrados como pano de fundo para fundamentar o ativismo judicial em determinada matéria, acaba por dificultar a obtenção de um consenso do conceito do princípio em voga, como destaca BARROSO:

De conflitos de vizinhança à proibição de brigas de galo, a dignidade é utilizada como uma varinha de condão que resolve problemas, sem maior esforço argumentativo. Naturalmente, não é bom que seja assim. Por essa razão, torna-se necessário um esforço doutrinário para determinar a sua natureza jurídica e o seu conteúdo.⁷

Na mesma direção, sobre a dificuldade de se chegar a um conceito sobre a dignidade da pessoa humana, SARLET apud LIEBL; DEMARCHI aponta “[...] ser mais fácil desvendar o que a dignidade não é do que expressar o que ela é.”⁸.

Dentro da perspectiva de um princípio jurídico de status constitucional, de acordo com SARLET, a dignidade da pessoa humana desempenha dois papéis: o de princípio (valor) autônomo – diretamente ligado a outros direitos fundamentais, e de regra.⁹

Enquanto regra, a dignidade serve como instrumento limitador da atividade estatal ao passo que proíbe condutas que violem seu conteúdo como princípio, a citar a proibição de penas desumanas e de tortura, a vedação da utilização de trabalho escravo e do tratamento desumano e degradante.

Já enquanto princípio e valor, a dignidade da pessoa humana é considerada o elemento que “[...] confere unidade de sentido e legitimidade a

² SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. P. 614-616.

³ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. P. 616-618.

⁴ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acessado em: 09/10/2022.

⁵ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. P. 623

⁶ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. P. 449.

⁷ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. P. 450.

⁸ LIEBL, H.; DEMARCHI, C. A efetividade da dignidade da pessoa humana através dos direitos sociais. **Revista da ESMESC**, [S. l.], v. 25, n. 31, p. 85–106, 2018. DOI: 10.14295/revistadaesmesec.v25i31. p85. P. 91. Disponível em: <https://revista.esmesec.org.br/re/article/view/185>. Acesso em: 9 out. 2022.

⁹ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. P. 622-625.

uma determinada ordem constitucional”¹⁰, responsável por dar concordância prática ao sistema constitucional e seus direitos fundamentais.

É, ainda, limite e tarefa dentro das obrigações dos poderes públicos e da coletividade, daí surgindo a dimensão paralela e conexa da dignidade, qual seja a defensiva ou prestacional¹¹.

Sobre o papel enquanto limite, indo além da função limitadora do Estado, a dignidade passe a ser fundamento contra o arbítrio de terceiros, bem assim ameaças e riscos que possam ser experimentados por determinado indivíduo.

A função enquanto tarefa implica que o Estado possui obrigações concretas para proteger a dignidade da pessoa humana, não apenas intervindo quando necessário, mas também por meio de medidas prestacionais, no intuito de possibilitar que a dignidade se materialize por meio do direito à moradia, à vida, ao saneamento básico, à alimentação, a educação etc.

Trata-se do dever estatal de propiciar aos indivíduos mecanismos que lhes ofereçam a dignidade enquanto moral, ou seja, para que possam viver de modo digno, dando-lhes autonomia.

De acordo com BARROSO, dentro de uma concepção minimalista, a autonomia de cada indivíduo, junto do valor intrínseco de todos os seres humanos e o valor comunitário, são os elementos que a dignidade da pessoa humana identifica.¹²

A autonomia é um elemento ético da dignidade dentro do plano filosófico, que envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo e o possibilita decidir os seus rumos, com vistas a

se desenvolver de maneira livre. No plano jurídico, a autonomia se subdivide entre pública¹³ e privada¹⁴, tendo como pressuposto necessário a satisfação do mínimo existencial.

O mínimo existencial, um dos cerne do artigo em tela, é definido por BARROSO nos seguintes termos:

c) mínimo existencial: trata-se do pressuposto necessário ao exercício da autonomia, tanto pública quanto privada. Para poder ser livre, igual e capaz de exercer plenamente a sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. O mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e seu conteúdo equivale às condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública.¹⁵

Trata-se de expressão que traduz o binômio direito-dever. É direito do cidadão ter garantido o seu mínimo existencial, qual seja a efetivação de uma gama de direitos fundamentais, a citar moradia, saúde, lazer, educação, cultura, que lhe permitam não apenas sobreviver, mas sim viver e se desenvolver além da pobreza, seja ela material ou cultural, garantindo o mínimo no plano fisiológico e sociocultural.¹⁶

Enquanto dever, constitui tanto obrigações negativas, quanto positivas (propositivas) do Estado. Uma obrigação negativa, por exemplo, é a vedação da penhora do bem de família, como forma de garantir a manutenção da dignidade da pessoa humana mediante o mínimo de um imóvel para que exerça seu direito à moradia.

Como positiva, destaca-se a necessidade do Estado em propiciar o mínimo existencial aos cidadãos, de modo que outorga aos cidadãos o direito de exigir tal prestação. No Brasil, referidas

¹⁰ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. P. 628.

¹¹ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. P. 629.

¹² BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. P. 452.

¹³ A autonomia pública identifica aspectos nucleares do direito de cada um participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também por meio do debate público e da organização social. (BARROSO, L. R.

Curso de direito constitucional contemporâneo. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. P. 456-457.)

¹⁴ [...] está na origem dos direitos individuais, das liberdades públicas, que incluem, além das escolhas existenciais acima referidas, as liberdades de consciência, de expressão, de trabalho e de associação, dentre outras. (BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. P. 456.)

¹⁵ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. P. 456-457.

¹⁶ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. P. 1677-1678.

prestações ocorrem por meio de políticas públicas que se traduzem em programas sociais.

Entretanto, desde logo importa ressaltar que o contraponto do mínimo existencial é o princípio da reserva do possível. Embora o Estado seja responsável por propor ações que concedam o mínimo existencial aos indivíduos e assim promova o princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário que os seus atos respeitem os limites orçamentários, porque esgotáveis.

Neste sentido, para SARMENTO apud LIEBL; DEMARCHI, a reserva do possível constitui forma de controle do erário público visando o interesse maior da sociedade.¹⁷

Assim, a partir da limitação orçamentária o Estado define as prioridades dentro da gama de direitos fundamentais que compõe a dignidade da pessoa humana e busca satisfazê-las dentro do orçamento público, de modo a evitar o esvaziamento das contas públicas.

De todo modo, o princípio da reserva do possível não pode constituir um argumento que justifique a total ausência de políticas públicas, no mesmo passo em que a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana por meio das prestações necessárias ao mínimo existencial deve observar a possibilidade orçamentária para tanto.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PROGRAMAS SOCIAIS NO BRASIL E A SUA AMPLIAÇÃO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 123/2022

Os atos praticados pela União a fim de efetivar o mínimo existencial e por consequência o princípio da dignidade da pessoa humana ocorrem em múltiplas frentes, como por meio da obrigação de fornecimento da educação básica gratuita e o acesso universal à saúde, atos

previstos, respectivamente, nos artigos 196¹⁸ e 205¹⁹, caput, ambos da CRFB/88.

Há, ainda, a efetivação do mínimo existencial por meio de programas que não possuíam previsão expressa no texto promulgado pela constituinte, mas que foram criados posteriormente como forma de legitimar direitos previstos na Constituição, dos quais se destaca aqueles que buscam fornecer uma renda mínima familiar – ainda que o valor seja aquém de todas as necessidades de uma família – por meio da transferência de renda (cujo o presente trabalho se aterá), visando suprir as necessidades desses indivíduos.

Independente da forma de efetivação, seja por serviços de acesso universal ou por programas específicos, as atitudes propositivas do Estado são imprescindíveis para que o indivíduo possa ser livre, conforme indica SARMENTO:

Uma pessoa doente ou faminta não conseguirá realizar as suas escolhas existenciais mais importantes, pois a sua condição absorverá todas as suas forças e energias. Portanto, a liberdade para pessoas reais realmente pressupõe a garantia do mínimo existencial.²⁰

Neste sentido, no intuito de garantir a dignidade da pessoa humana e a sua liberdade, o Brasil iniciou, a partir da década de 1990, a inserção de programas que visavam a garantia de renda mínima e a redução da miséria, especialmente no combate à fome.

Numa linha do tempo, de acordo com SILVA apud LEITE; PERES, a apresentação no Senado Federal do Projeto de Lei nº 80/1991 do então Senador Eduardo Suplicy, que propunha o Programa de Garantia de Renda Mínima (PGRM)

¹⁷ LIEBL, H.; DEMARCHI, C. A efetividade da dignidade da pessoa humana através dos direitos sociais. **Revista da ESMESC**, [S. l.], v. 25, n. 31, p. 85–106, 2018. DOI: 10.14295/revistadaesmesec.v25i31. p85. P. 99. Disponível em: <https://revista.esmesec.org.br/re/article/view/185>. Acesso em: 9 out. 2022.

¹⁸ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em: 12/10/2022).

¹⁹ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em: 12/10/2022).

²⁰ SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial / The right to basic conditions of life. **Revista de Direito da Cidade**, [S.l.], v. 8, n. 4, p. 1644- 1689, nov. 2016. ISSN 2317-7721. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034/19156>. Acesso em: 12 out. 2022. P. 1652.

é o primeiro ponto de inflexão dentro dos programas de renda mínima no Brasil²¹.

Houve ainda a promulgação da Lei nº 9.533/1997, que autorizava o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos municípios que instituíssem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas²².

Posteriormente chegava-se ao programa implementado durante o segundo mandato do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (1999-2003) denominado Rede Social Brasileira de Proteção Social²³, o qual era composto por doze programas²⁴.

Todavia, em razão dos muitos problemas ocasionados pela pulverização de programas, como a burocracia envolvida e a dificuldade no controle do cadastro, passou-se à unificação dos doze programas por meio do Programa Bolsa Família durante o primeiro mandato do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

O programa se manteve até o ano de 2021, quando em meio à pandemia da Covid-19 e impulsionado pelo auxílio emergencial estabelecido no ano de 2020 pela Emenda Constitucional nº 109/2020, o Governo do presidente Jair Messias Bolsonaro decidiu pela criação do Auxílio Brasil em substituição ao Bolsa Família, via Lei nº 14.284/2021²⁵, como forma de poder atingir mais famílias e fornecê-las um valor maior²⁶.

Todavia, como aponta MACHADO, o programa entrou em vigor com certo atropelo devido à urgência em associá-lo ao Governo em exercício e utilizá-lo no ciclo eleitoral.²⁷

À época que entrou em vigor, não havia uma clara avaliação das vantagens do Auxílio Brasil sobre o seu antecessor, tampouco de seus parâmetros de implementação e de espaço no orçamento público para tanto.

Necessitava-se diretamente do espaço fiscal (em razão do Teto de Gastos imposto pela Emenda Constitucional 25/2016) a ser aberto pela Proposta de Emenda Constitucional 23/2021, popularmente denominada PEC dos Precatórios e que posteriormente veio a se tornar a Emenda Constitucional 113/2021 após sua promulgação.

Entretanto, MACHADO já alertava para as outras possibilidades de custeio que poderiam ser utilizadas pelo Governo, tal qual a utilização de créditos extraordinários – que dependiam de aval do Tribunal de Contas da União – ou da decretação de estado de calamidade pública, cuja justificativa seriam os efeitos inesperados da pandemia da Covid-19, mesmo após o avanço da vacinação e a redução da mortalidade pela doença²⁸.

Após a promulgação da PEC dos Precatórios foi possível encontrar espaço no orçamento, e para o ano de 2022 o programa recebeu um Orçamento de aproximadamente

²¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 80/1991**. Brasília/DF: Senado Federal, 1991. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1270>. Acessado em 12/10/2022.

²² BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.533/1997**. Brasília/DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9533.htm#:~:text=L9533&text=LEI%20N%C2%BA%209.533%2C%20DE%2010%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201997.&text=Autoriza%20o%20Poder%20Executivo%20a,m%C3%ADnima%20associados%20a%20a%C3%A7%C3%B5es%20socioeducativas. Acessado em 12/10/2022.

²³ DRAIBE, Sônia. A política social no período FHC e o sistema de proteção social. **Tempo social**, v. 15, p. 63-101, 2003. P. 88. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/GBKWMqJqgmbVQXMyYVGpQNh/abstract/?lang=pt>. Acessado em 12/10/2022.

²⁴ Compunham a Rede Social Brasileira de Proteção Social: Bolsa Alimentação; Erradicação do Trabalho Infantil (PETI); Bolsa Escola; Auxílio Gás; Brasil Jovem (Agente Jovem de Desenvolvimento Social e Humano); Abono Salarial (PIS/PASEP); Bolsa Qualificação; Seguro-desemprego; Seguro Safra; Aposentadoria e pensões rurais; Benefício de Prestação Continuada (BPC/Loas); Renda Mensal Vitalícia.

(BRASIL, Senado Federal. **Estudo nº 273/2003**. Brasília/DF: Senado Federal, 2003. Disponível em: https://www.senado.gov.br/comissoes/cas/es/ES_ProgTranf.pdf. Acessado em 12/10/2022).

²⁵ BRASIL, **Presidência da República. Lei nº 14.284/2021**. Brasília/DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14284.htm. Acessado em: 13/10/2022.

²⁶ BRASIL, **Senado Federal. Criação do Auxílio Brasil e do vale-gás ocuparam pauta do Congresso em 2021**. Brasília/DF: Agência Senado, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/23/criacao-do-auxilio-brasil-e-do-vale-gas-ocuparam-pauta-do-congresso-em-2021>. Acessado em: 13/10/2022.

²⁷ MACHADO, Cecília. As incógnitas do Auxílio Brasil. 2021. Disponível em: https://epge.fgv.br/files/default/cecilia-machado-as_incognitas_do_auxilio_brasil.pdf. Acessado em 12/10/2022.

²⁸ MACHADO, Cecília. As incógnitas do Auxílio Brasil. 2021. Disponível em: https://epge.fgv.br/files/default/cecilia-machado-as_incognitas_do_auxilio_brasil.pdf. Acessado em 12/10/2022.

R\$89,1 bilhões²⁹. Esse valor, a priori, respeitaria o Teto de Gastos, proporcionaria um mínimo existencial a partir da transferência de renda às famílias em situação de vulnerabilidade – ainda que com ressalvas, e estaria em consonância ao princípio da reserva do possível.

Entretanto, no ano eleitoral de 2022, o Governo em vigor decidiu ser necessária a ampliação dos valores pagos por meio do Auxílio Brasil, mesmo sem apresentar estudos detalhados para tanto, tampouco sem ter espaço orçamentário ou autorização legal, haja vista a vedação do artigo 73, §10, da Lei nº 9.504/97 (Lei Eleitoral)³⁰. O pleito eleitoral e a necessidade de angariar votos se mostra como uma possível justificativa.

De todo modo, foi apresentada a Proposta de Emenda Constitucional nº 15/2022, popularmente denominada PEC Kamikaze, e que veio a se tornar a Emenda Constitucional nº 123/2022³¹ após sua promulgação.

A emenda supracitada foi responsável por alterar o artigo 120 da Disposições Constitucionais Transitórias e reconhecer um suposto estado de emergência proveniente da elevação extraordinária e imprevisível dos preços do petróleo e seus derivados, bem como os impactos sociais decorrentes deste evento. Daí foi driblada a proibição prevista na Lei nº 9.504/97.

Acerca dos repasses previstos na Emenda Constitucional nº 123/2022, houve a ampliação dos valores do programa Gás dos Brasileiros até o limite de R\$1.050.000.000,00 (um bilhão e cinquenta milhões de reais), bem como a suplementação orçamentária do Programa

Alimenta Brasil em R\$500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais).

Foi criado o auxílio financeiro aos motoristas de táxi cujo encargo orçamentário foi limitado a R\$2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) e aos motoristas de caminhão foi dado outro auxílio limitado ao total de R\$5.400.000.000,00 (cinco bilhões e quatrocentos milhões de reais).

Especialmente sobre o Programa Auxílio Brasil, ocorreu o acréscimo mensal de R\$200,00 (duzentos reais), passando de R\$400,00 (quatrocentos reais) para R\$600,00 (seiscentos reais) a todas as famílias já beneficiadas pelo programa, bem assim àquelas que estavam na fila, cujo atendimento nesses parâmetros vigerá apenas entre o dia 1º de agosto de 2022 e 31 de dezembro do mesmo ano.

A limitação orçamentária para a ampliação do programa retro é de R\$26.000.000.000,00 (vinte e seis bilhões de reais), o que representa aproximadamente 29% (vinte e nove por cento) de acréscimo no orçamento previsto somente para o Programa Auxílio Brasil. Nesse ponto surge a problemática do presente trabalho.

Não se olvida da necessidade de ampliação dos programas sociais e da promoção do mínimo existencial, assim como da dignidade humana a todos os indivíduos, tampouco que as necessidades (e seus níveis) são variáveis durante determinado período, daí sendo necessária a intervenção muitas vezes pontual do Poder Público, ainda mais quando se considera que no ano de 2022 cerca de 33,1 milhões de brasileiros estão em situação de fome, conforme pesquisa da Rede PENSSAN³².

²⁹ BRASIL, Câmara dos Deputados. **Presidente sanciona Orçamento com R\$ 89 milhões para Auxílio Brasil e vetos de R\$ 3,2 milhões**. Brasília/DF: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/845596-presidente-sanciona-orcamento-com-r-89-bilhoes-para-auxilio-brasil-e-vetos-de-r-32-bilhoes/>. Acessado em: 12/10/2022.

³⁰ Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

§ 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa. (BRASIL,

Presidência da República. **Lei nº 9.504/97**. Brasília/DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acessado em: 12/10/2022).

³¹ BRASIL, Presidência da República. **Emenda Constitucional nº 123/2022**. Brasília/DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emen-das/emc/emc123.htm. Acessado em: 12/10/2022.

³² PENSSAN, Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar. **II VIGISAN: Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da COVID-19 no Brasil [livro eletrônico]**. São Paulo, SP: Fundação Friedrich Ebert : Rede PENSSAN, 2022. Disponível em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-II-VIGISAN-2022.pdf>. Acesso em 12/10/2022.

Contudo, deve-se questionar os parâmetros adotados para a ampliação do benefício, e além disso, a possibilidade de manutenção e ampliação gradativa do programa nos anos seguintes, ante a possibilidade de implosão das contas públicas e consequente violação do princípio da reserva do possível.

O projeto de Lei Orçamentária Anual para 2023 (Projeto de Lei do Congresso Nacional nº 32/2022) propõe o valor do benefício em R\$405,00 (quatrocentos e cinco reais), um aumento de apenas R\$5 (cinco reais) em relação ao valor do ano de 2022 antes do acréscimo extraordinário³³.

Além disso, na proposta apresentada, o orçamento já é escasso para atender o patamar de 21,6 milhões de famílias³⁴, cerca de apenas 500.000 (quinhentas mil) famílias a mais do que as atendidas atualmente³⁵.

De acordo com Instituição Fiscal Independente do Senado, manter o valor de R\$600,00 para 21,6 milhões de famílias geraria um impacto fiscal de R\$51.800.000.000,00 (cinquenta bilhões e oitocentos milhões), o que representaria uma enorme dificuldade para acomodar tal despesa tanto no orçamento, quanto para se respeitar o Teto de Gastos.

Nesta senda, a situação posta demonstra que o valor a ser pago pelo Auxílio Brasil no próximo ano terá um aumento ínfimo, bem como só poderá atender apenas 500 mil famílias a mais, enquanto o Brasil possui 33,1 milhões de habitantes em situação de fome.

Não suficiente, há o risco de esgotamento dos recursos públicos ocasionados pelos pagamentos extraordinários previstos na Emenda Constitucional nº 123/2022, seja do Auxílio Brasil

ou dos demais, em razão do aumento da dívida pública e a consequente falta de orçamento, como aponta SCAFF³⁶, cujos efeitos reais só serão vistos a partir do ano de 2023.

Assim, pode-se chegar à Tragédia dos Comuns, a qual será tratada no tópico subsequente.

3. TRAGÉDIA DOS COMUNS E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 123/2022

A Tragédia dos Comuns se trata de uma parábola descrita por Garret Hardin em 1968, na qual Garret demonstra o risco do esgotamento de recursos finitos pelos interesses particulares:

A tragédia dos comuns relata a história de pastores que colocavam seus animais em terra pública. Como o lucro que cada pastor tinha estava associado ao número de ovelhas que possuía, eles acreditavam que, colocando um animal a mais na terra pública, seus lucros aumentariam e a pastagem necessária para todo o rebanho da comunidade se reduziria muito pouco. Ocorre que, se todos os pastores pensarem dessa forma, a terra ficaria superpopulosa e, pelo seu uso intensivo, começaria a perder a capacidade de se recuperar, ficando estéril. Assim, a criação de ovelhas torna-se inviável, levando à tragédia dos comuns. Portanto, quando um pastor usa esse recurso comum, ele reduz a possibilidade de outro pastor utilizá-la. Gera, por conseguinte, uma externalidade negativa. Cabe ao governo regular a utilização desse recurso, cobrar impostos pela sua utilização ou, até mesmo, privatizar o recurso comum, já que tornando-se um bem privado, há incentivo em se preservar já que colhe benefícios desse esforço.³⁷

Sendo assim, dentro da ótica do trabalho em tela, a Tragédia dos Comuns se aplica a medida em que o orçamento público – recurso finito – é utilizado de forma a atender os

³³ BRASIL, Congresso Nacional. **Projeto de Lei do Congresso Nacional nº 32/2022**. Brasília/DF: Congresso Nacional, 2022. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/pesquisa/-/materia/154644>. Acessado em: 12/10/2022.

³⁴ BRASIL, Senado Federal. **Auxílio de R\$ 600 em 2023 pressiona teto de gastos, aponta IFI**. Brasília/DF: Senado Federal, 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/09/15/auxilio-brasil-de-r-600-em-2023-pressiona-teto-de-gastos-aponta-ifi>. Acessado em: 12/10/2022.

³⁵ BRASIL, Governo Federal. **Quase 500 mil famílias passam a integrar o programa Auxílio Brasil em outubro**. Brasília/DF: Governo Federal. Disponível em: [https://www.gov.br/pt-br/noticias/noticias/cidadania-e-assistencia-social/10/quase-500-mil-familias-passam-a-integrar-o-programa-auxilio-brasil-em-](https://www.gov.br/pt-br/noticias/noticias/cidadania-e-assistencia-social/10/quase-500-mil-familias-passam-a-integrar-o-programa-auxilio-brasil-em-outubro#:~:text=Com%20o%20acr%C3%A9scimo%2C%20o%20Aux%C3%ADlio,de%20vulnerabilidade%20econ%C3%B4mica%20e%20social)

[outubro#:~:text=Com%20o%20acr%C3%A9scimo%2C%20o%20Aux%C3%ADlio,de%20vulnerabilidade%20econ%C3%B4mica%20e%20social](https://www.gov.br/pt-br/noticias/noticias/cidadania-e-assistencia-social/10/quase-500-mil-familias-passam-a-integrar-o-programa-auxilio-brasil-em-outubro#:~:text=Com%20o%20acr%C3%A9scimo%2C%20o%20Aux%C3%ADlio,de%20vulnerabilidade%20econ%C3%B4mica%20e%20social). Acessado em: 12/10/2022.

³⁶ SCAFF, Fernando Facury. **PEC Kamikaze em ano eleitoral terá impacto no próximo governo [entrevista]**. Pare o mundo que eu quero saber. [São Paulo]: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.band.uol.com.br/podcasts/pare-o-mundo-que-eu-querer-saber-4851482/pec-kamikaze-em-ano-eleitoral-tera-impacto-no-proximo-governo-50440747>. Acesso em: 13 out. 2022.

³⁷ XAVIER, Jonatas Matias; SILVA, José Everton da. **DEMANDA JUDICIAIS POR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO UMA ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE FRENTE A TRAGÉDIA DOS COMUNS**. Anais de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade, v. 10, n. 1, p. 46-58, 2020. P. 49-50.

interesses particulares do próprio Governo, daí notadamente a hipótese de ampliação dos programas sociais para utilização enquanto propaganda política.

Ainda que não se tenha discorrido expressamente sobre essa hipótese, ela se reforça por dois motivos: (i) a maneira como foi promulgada, por meio de reconhecimento de estado de emergência, a fim de driblar a legislação eleitoral; (ii) sem uma justificativa concreta sobre a ampliação dos valores repassados pelo Poder Público; (iii) sem espaço orçamentário.

Ademais, é pujante que programas que propiciam a transferência de renda para que a população possua uma renda mínima e assim possam viver de maneira minimamente digna – consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana por meio do mínimo existencial, necessitam de manutenção e ampliação a longo prazo, porém dentro de uma previsão fiscal responsável, com vistas ao princípio da reserva do possível.

Tal medida é imprescindível para que os programas se mantenham, e para que a inflação não aumente e conseqüentemente as camadas mais vulneráveis da sociedade não sofram ainda mais com a inflação decorrente da irresponsabilidade fiscal.

Neste sentido, a Emenda Constitucional nº 123/2022, promulgada hipoteticamente a partir de interesses particulares do Governo, onerou o orçamento de tal modo que pôs em xeque a continuação e a ampliação de programas extremamente necessários, como os de renda mínima, ainda que momentaneamente.

Isso, porque como demonstrado, o próprio Governo já considera impossível manter o valor de R\$600,00 concedidos de maneira extraordinária, tampouco terá fôlego orçamentário para ampliar o número de famílias assistidas pelo Programa Auxílio-Brasil.

Posto isso, verifica-se que a possibilidade de não haver orçamento para os programas sociais de transferência de renda num cenário onde 33,1 milhões de pessoa estão em situação de fome, fará com que não haja a consagração do mínimo existencial, tampouco da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluída a pesquisa deste trabalho, destaca-se que no primeiro tópico foram abordadas as questões referentes ao princípio da dignidade humana, como a sua função enquanto valor e regra, bem assim como limite e tarefa. Ademais, demonstrou-se a sua ligação com o mínimo existencial e o conceito deste.

Adiante, no segundo item do desenvolvimento do conteúdo adentrou-se à origem dos programas sociais no Brasil, bem como à linha do tempo dos programas pretéritos até o Auxílio Brasil. Viu-se também como aconteceu sua ampliação por meio da Emenda Constitucional nº 123/2022 e os reflexos dentro do orçamento federal para o ano seguinte.

Por fim, no terceiro tópico buscou-se demonstrar a correlação entre as conseqüências da Emenda Constitucional nº 123/2022 para a continuação e ampliação do programa Auxílio Brasil por meio da ótica da Tragédia dos Comuns, sendo possível concluir que a citada emenda pode resultar em fim diverso daquele perseguido pelos programas assistenciais, qual seja proporcionar um mínimo existencial e por conseqüência consagrar o princípio da dignidade humana ao maior número de indivíduos possíveis, de modo que o objetivo geral do trabalho restou confirmado.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Presidente sanciona Orçamento com R\$ 89 milhões para Auxílio Brasil e vetos de R\$ 3,2 milhões**. Brasília/DF: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/845596-presidente-sanciona-orcamento-com-r-89-bilhoes-para-auxilio-brasil-e-vetos-de-r-32-bilhoes/>. Acessado em: 12/10/2022.

BRASIL, Congresso Nacional. **Projeto de Lei do Congresso Nacional nº 32/2022**. Brasília/DF: Congresso Nacional, 2022. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/pesquisa/-/materia/154644>. Acessado em: 12/10/2022.

BRASIL, Governo Federal. **Quase 500 mil famílias passam a integrar o programa Auxílio Brasil em**

outubro. Brasília/DF: Governo Federal. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/noticias/cidadania-e-assistencia-social/10/quase-500-mil-familias-passam-a-integrar-o-programa-auxilio-brasil-em-outubro#:~:text=Com%20o%20acr%C3%A9scimo%2C%20o%20Aux%C3%ADlio,de%20vulnerabilidade%20econ%C3%B4mica%20e%20social.> Acessado em: 12/10/2022.

BRASIL, Presidência da República. **Emenda Constitucional nº 123/2022.** Brasília/DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc123.htm. Acessado em: 12/10/2022.

BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 14.284/2021.** Brasília/DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14284.htm. Acessado em: 13/10/2022.

BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 9.504/97.** Brasília/DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acessado em: 12/10/2022

BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 9.533/1997.** Brasília/DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9533.htm#:~:text=L9533&text=LEI%20N%C2%BA%209.533%2C%20DE%2010%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201997.&text=Autoriza%20o%20Poder%20Executivo%20a,m%C3%ADnima%20associados%20a%20a%C3%A7%C3%B5es%20socioeducativas. Acessado em 12/10/2022.

BRASIL, Senado Federal. **Auxílio de R\$ 600 em 2023 pressiona teto de gastos, aponta IFI.** Brasília/DF: Senado Federal, 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/09/15/auxilio-brasil-de-r-600-em-2023-pressiona-teto-de-gastos-aponta-ifi>. Acessado em: 12/10/2022.

BRASIL, **Senado Federal. Criação do Auxílio Brasil e do vale-gás ocuparam pauta do Congresso em 2021.** Brasília/DF: Agência Senado, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/23/criacao-do-auxilio-brasil-e-do-vale->

[gas-ocuparam-pauta-do-congresso-em-2021.](#) Acessado em: 13/10/2022.

BRASIL, Senado Federal. **Estudo nº 273/2003.** Brasília/DF: Senado Federal, 2003. Disponível em: https://www.senado.gov.br/comissoes/cas/es/E_S_ProgTransf.pdf. Acessado em 12/10/2022).

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei nº 80/1991.** Brasília/DF: Senado Federal, 1991. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1270>. Acessado em 12/10/2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acessado em: 09/10/2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em: 12/10/2022.

DRAIBE, Sônia. A política social no período FHC e o sistema de proteção social. **Tempo social**, v. 15, p. 63-101, 2003. P. 88. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/GBKWMqJqgmbVQXMYyVGpQNh/abstract/?lang=pt>. Acessado em 12/10/2022.

LIEBL, H.; DEMARCHI, C. A efetividade da dignidade da pessoa humana através dos direitos sociais. **Revista da ESMESC**, [S. l.], v. 25, n. 31, p. 85–106, 2018. DOI: 10.14295/revistadaesmes.v25i31.p85. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/185>. Acesso em: 9 out. 2022.

MACHADO, Cecília. **As incógnitas do Auxílio Brasil.** 2021. Disponível em: https://epge.fgv.br/files/default/cecilia-machado-as_incognitas_do_auxilio_brasil.pdf. Acessado em 12/10/2022.

PENSSAN, Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar. **II VIGISAN: Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da COVID-19 no Brasil [livro eletrônico].** São Paulo, SP: Fundação Friedrich Ebert : Rede PENSSAN, 2022. Disponível

em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-II-VIGISAN-2022.pdf>. Acesso em 12/10/2022.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial / The right to basic conditions of life. **Revista de Direito da Cidade**, [S.l.], v. 8, n. 4, p. 1644- 1689, nov. 2016. ISSN 2317-7721. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034/19156>>. Acesso em: 12 out. 2022.

SCAFF, Fernando Facury. **PEC Kamikaze em ano eleitoral terá impacto no próximo governo**

[entrevista]. Pare o mundo que eu quero saber. [São Paulo]: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.band.uol.com.br/podcasts/pare-o-mundo-que-eu-quero-saber-4851482/pec-kamikaze-em-ano-eleitoral-tera-impacto-no-proximo-governo-50440747>. Acesso em: 13 out. 2022.

XAVIER, Jonatas Matias; SILVA, José Everton da. DEMANDA JUDICIAIS POR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO UMA ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE FRENTE A TRAGÉDIA DOS COMUNS. **Anais de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade**, v. 10, n. 1, p. 46-58, 2020.

A NATUREZA DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE E AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL E A POSSIBILIDADE DE PROMOÇÃO OFICIOSA DO PROCESSO NO CASO DE VIOLAÇÃO/ESTUPRO: UMA ANÁLISE DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DE PORTUGAL E BRASIL

Margarida Santos¹

Adriana Maria Gomes de Souza Spengler²

INTRODUÇÃO

Em Portugal, os crimes sexuais começaram por ser integrados no Capítulo I, intitulado “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”, do Título III do Código Penal, sobre “Crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”, tendo por base a ideia de que o bem jurídico lesado se inseria na vida social e não no domínio pessoal, na esfera da liberdade sexual. Apenas com a reforma do Código Penal de 1995, os crimes sexuais deixaram de estar inseridos nos crimes atentatórios dos fundamentos ético-sociais da vida social, ligados aos sentimentos gerais de moralidade sexual, para se inserirem no Título I, relativo aos “Crimes contra as pessoas”, no Capítulo “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”¹. Ou seja, a revisão do Código Penal de 1995 procedeu a uma profunda alteração dos crimes sexuais, transformando-os exclusivamente em crimes contra a pessoa².

Com efeito, os “crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual” são um exemplo paradigmático do cumprimento da missão de um direito penal moderno, onde se exige a identificação clara de um determinado bem jurídico, não cabendo a este ramo de Direito tutelar qualquer moral, religião ou ética³. Vale sempre sublinhar, e socorrendo-nos das palavras claras de Pedro Caeiro, que “[n]em é constitucionalmente admissível que a restrição de direitos insita nas penas criminais tenha como fundamento o «envio de sinais» ou «mensagens» para a sociedade, ou o propósito de evitar a «frustração das expectativas» das vítimas ou de terceiros. A restrição de direitos implicada nas penas criminais só estará de acordo com os princípios da proporcionalidade e necessidade contidos no art. 18.º, n.º 2, da Constituição se tiver por fundamento a protecção de bens jurídico-penais contra condutas com dignidade penal e carecidas de pena”⁴.

¹ Doutora em Direito, na especialidade de Ciências Jurídicas Públicas/Professora na Escola de Direito da Universidade do Minho/ Membro Integrado do Centro de Investigação **para a Justiça e Governança** (Universidade do Minho).

² Mestre em Ciências Jurídicas pela UNIVALI, professora de Direito Penal e Criminologia na UNIVALI, advogada criminalista, vice-presidente nacional da Associação Brasileira da Advocacia Criminal

¹ A opção político-criminal adoptada em 1995 levou a que o capítulo “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual” fosse dividido por 3 secções: “crimes contra a liberdade sexual”, “crimes contra a autodeterminação sexual” e “disposições comuns”. Com a Lei n.º 59/2007 (o artigo 3.º, n.º 2 eliminou a secção III, relativa às disposições comuns) o capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual passou a ser constituído apenas pelas duas primeiras secções, sendo os preceitos da anterior secção III incluídos na secção II. Não obstante, a revisão de 2019 voltou ao modelo tripartido. Assim, de acordo com o artigo 3 da Lei n.º 101/2019, de 06 de setembro, foi aditada ao Capítulo V do Título I do Livro II do Código Penal, a Secção III, com a epígrafe “Disposições comuns”, integrada pelos artigos 177.º a 179.º.

² Ver já, entre outros, Jorge de Figueiredo Dias / Pedro Caeiro, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”, in *Enciclopédia Polis da Sociedade e do Estado*, Vol. 1, 2.ª ed. Lisboa, Editorial Verbo, 1997, p. 1394-1403. Têm existido várias outras alterações legislativas na matéria dos *crimes sexuais* (Lei n.º 65/98, de 2 de setembro; Lei n.º 99/2001, de 25 de agosto; Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro; Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto; Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro e Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto).

³ Ver André Lamas Leite, “As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas”, *Julgar*, n.º 28, 2016, p. 61.

⁴ Pedro Caeiro, “Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, set-dez 2019, pp. Ver sobre a “dignidade” e “carência” de pena, Manuel da Costa

Passou a entender-se como bem jurídico tutelado, concretamente no que respeita aos crimes sobre os quais nos vamos debruçar (violação e coação sexual), a liberdade e autodeterminação sexual⁵, assente na ideia de que toda a pessoa maior e capaz tem o direito de exercer a atividade sexual em liberdade. Ou seja, a ideia base, que tem vindo a ser reforçada nas várias alterações legislativas, sobretudo em 1995, 1998, 2015 e 2019, é a de que as relações sexuais

consentidas entre adultos fazem parte da livre configuração da personalidade humana⁶.

O bem jurídico dos crimes de coação sexual e de violação, “o núcleo da protecção da liberdade sexual”⁷, é “a liberdade da pessoa escolher o seu companheiro ou parceiro sexual e de dispor livremente do seu corpo”⁸.

Têm existido várias alterações legislativas que têm ampliado a área de tutela típica dos crimes sexuais, nomeadamente dos crimes de coação e de violação⁹. Se grande parte¹⁰ das

Andrade, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2, 1992, p. 178 e ss.

⁵ Aliás, defendendo mesmo (apenas) como bem jurídico a “liberdade sexual”, “nas diversas dimensões deste bem jurídico que podem ser colocadas em causa e que devem ser alvo de censura penal”, vai Inês Ferreira Leite, “A tutela da liberdade sexual”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 21, 2012, também disponível em https://www.academia.edu/40857540/A_TUTELA_PENAL_DA_LIBERDADE_SEXUAL (p. 7). Como sublinha a Autora, “Assim, nem o facto de se ter recorrido a uma diversão linguística, distinguindo liberdade de autodeterminação sexual, deve servir de pretexto para entender que é já algo de muito diverso do conceito de liberdade que se encontra sob tutela nos crimes previstos nos artigos 171.º e seguintes”. (...) No entanto, parece-nos que o conceito de autodeterminação não poderá ser separado da noção de liberdade. Neste sentido, na esteira da Autora (p. 8), o conceito de autodeterminação não poderá ser separado da noção de liberdade, correspondendo a uma das concretizações e manifestações da liberdade em sentido amplo. No mesmo sentido, Ana Rita Alfaiate, *A relevância penal da sexualidade dos menores*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 89 e, em certo sentido, também Maria do Carmo Silva Dias, “Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos «crimes contra a liberdade sexual»”, *Revista do CEJ*, Lisboa, n.º 8, 2008. Na esteira da Autora: “A liberdade sexual – quer na sua dimensão negativa (nas palavras de Costa Andrade significando «resistir a imposições não queridas»), quer na sua dimensão positiva (no dizer do mesmo Autor expressando-se «pelo comprometimento livre e autêntico em formas de comunicação intersubjectiva») – é assim o único e específico bem jurídico que importa proteger e promover”.

⁶ Ver, entre outros, André Lamas Leite, “As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas”, *Julgar*, n.º 28, 2016, p. 62.

⁷ Cf. Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário ao art.º 163.º”, in Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, 2.ª Edição, p. 716 (negrito do Autor).

⁸ Maria do Carmo Silva Dias, “Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos «crimes contra a liberdade sexual»”, *Revista do CEJ*, Lisboa, n.º 8, 2008.

⁹ Ver, entre outros, Maria do Carmo Silva Dias, “Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos «crimes contra a liberdade sexual»”, *Revista do CEJ*, Lisboa, n.º 8, 2008. Para uma análise das principais alterações ocorridas em 2015 no âmbito em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais, ver André Lamas Leite, “As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas”, *Julgar*, n.º 28, 2016. Ver também Teresa Beleza, “«Consent – It’s as simple as tea»: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, in Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Org.ª), *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016, e Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “Do Dissentimento à falta de capacidade para consentir”, in Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Coord.), *Combate à violência de género – da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2016. No contexto das alterações de 2019, ver, entre outros, Pedro Caetano, “Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, set-dez 2019, pp. 644 e ss. Ver também Conceição Cunha, “A tutela da liberdade sexual e o problema da configuração dos crimes de coação sexual e de violação – reflexão à luz da Convenção de Istambul”, in *Crimes sexuais*, 2.ª edição, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2021, e-book, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=uMxjnSJt24%3d&portalid=30> e Margarida Santos, “A configuração dos crimes de coação sexual e de violação, a vontade cognoscível da vítima, e a Convenção de Istambul: breves apontamentos à margem das recentes alterações do Código Penal português”, in Ines Iglesias Canle e Maria José Bravo Bosch (dir.), *Violencia Sexual y libertad sexual*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022. Não deixa de ser problemática esta legislação “por tentativa

¹⁰ Não nos cabe por ora cuidar das dúvidas que igualmente se têm levantado, onde o Direito Penal do bem jurídico (*digno e carecido* de pena) pode efetivamente ser colocado em causa. Ver, por exemplo, a problemática referente a alguns tipos legais de crime levantada por Jorge de Figueiredo Dias, “Nótula antes do art. 163º”, in Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do*

mudanças podem ser encaradas como positivas em prol deste fortalecimento da proteção da “liberdade sexual”, não deixa de ser igualmente necessário apontar que desta sucessão legislativa emerge a necessidade de uma maior ponderação, para se evitar, como refere Pedro Caeiro, que se legisle “por tentativa e erro”¹¹. Com efeito, “[a] vertigem da intervenção legislativa contínua, sem a devida identificação e avaliação dos resultados de reformas anteriores, é altamente pernicioso para o direito penal”, pelo que a ser feita, tem de ser de forma *fundamentada*¹².

No Brasil no chamado direito penal antigo, antes da publicação do Código Criminal do Império de 1830, era inspirado na legislação estrangeira, tratava-se dos 143 Títulos do Livro V das Ordenações Filipinas, também denominadas de Código Filipino, durante o período colonial brasileiro, em 1603 entrou em vigor, este livro não possuía parte geral.¹³

Além disso, em 1808 a Família Real portuguesa veio para o Brasil, onde ocorreu a abertura dos portos brasileiros às nações amigas, segundo previu a Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, nesse período não teve nenhuma mudança importante na legislação penal.¹⁴

Ao passo que, no ano de 1830 entrou em vigor o Código Criminal do Império, este código qualificava uma série de condutas distintas

praticadas contra a mulher, esta tipificação era nomeada como crime de estupro, tratava-se do ato de deflorar tanto mulher virgem quanto mulher honesta, como assim eram chamadas as mulheres na época.¹⁵

Posteriormente, com a necessidade de mudança legislativa um novo marco na história do Direito Penal ocorreu em 1890 com o advento do Código Penal republicano, com efeito, sob a denominação de estupro foi consagrada a conduta e restrita à prática da conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.¹⁶

No ano de 1940 a base para elaboração das leis eram os costumes sociais e o que prevalecia era a forte influência que a religião católica ministrava na sociedade brasileira.¹⁷

A sociedade nesse período passava por um momento importante marcado pelo ingresso da mulher no mercado de trabalho. Dessa forma, por consequência, a mulher sai de uma posição de subordinação caminhando para uma relação de igualdade perante o homem, verificando-se, portanto, a necessidade da tutela penal da liberdade sexual com uma proteção mais abrangente.¹⁸

Na redação original do Código Penal de 1940, o crime de estupro era previsto no Título VI que tratava dos crimes contra os costumes.¹⁹

Código Penal, Tomo I, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, em especial pp. 712/713.

¹¹ Pedro Caeiro, “Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, set-dez 2019, pp. 632 e seguintes. Como bem sublinha o Autor (pp. 635/636): “Alterações com tal relevância necessitam de verdadeiros pactos de regime e não podem ficar à mercê de maiorias conjunturais, que se fazem e desfazem em menos de uma legislatura, para satisfação deste ou daquele grupo de interesses. A vontade dos cidadãos — sempre tão invocada nas exposições de motivos dos projectos legislativos — é a de que o Parlamento leve tanto tempo quanto necessário para estudar adequadamente a necessidade de alterações legislativas e depois actue em conformidade, de uma forma que se deseja tendencialmente “definitiva”, até que uma alteração substancial da *realidade* ou dos *deveres* internacionais / europeus do Estado exija nova intervenção” (itálico do Autor).

¹² Pedro Caeiro, “Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, set-dez 2019, p. 639.

¹³ José Renato Martins, “O Delito de Estupro Após o Advento da Lei 12.015/09: Questões Controvertidas em Fase das Garantias Constitucionais”, disponível em

<<http://www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf>>. Acesso em: 14.05.2020.

¹⁴ *Idem, ibidem*.

¹⁵ Naiara Machado, “Uma breve história sobre o crime de estupro”, disponível em <<https://jus.com.br/artigos/51014/uma-breve-historia-sobre-o-crime-de-estupro>>. Acesso em: 14.05.2020.

¹⁶ MARTINS, José Renato. O Delito de Estupro Após o Advento da Lei 12.015/09: Questões Controvertidas em Fase das Garantias Constitucionais. Disponível em <<http://www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf>>. Acesso em: 14.05.2020.

¹⁷ Daniel Lima, José Muniz Neto, “Estupro e Gênero: evolução histórica e perspectivas futuras do tipo penal no Brasil”, disponível em: <canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/614901883/estupro-e-genero-evolucao-historica-e-perspectivas-futuras-do-tipo-penal-no-brasil>.

¹⁸ Daniela Bastos Soares, “Análise jurídica do crime de Estupro”, *Conteúdo Jurídico*, Brasília mar., 2015. disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43517/analise-juridica-do-crime-de-estupro>>. Acesso em: 04.05.2020.

¹⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Artigo 213. Disponível em:

Os costumes sexuais eram vistos como uma questão social, supra individual, a lei buscava, preliminarmente, a proteção dos costumes sociais ligados a sexualidade, tanto é, que a terminologia original do Título VI da parte especial do Código Penal Brasileiro era Dos Crimes Contra os Costumes.²⁰

Ao prever em seu art.213 a conduta “*Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*”, nota-se nesse texto certa limitação quanto às figuras dos sujeitos ativo e passivo, visto que necessariamente sobre a mulher recairia o ato de compelir à prática da conjunção carnal, e obrigatoriamente, este seria praticado pelo homem.²¹

Assim como, a redação original do Código Penal de 1940 estava previsto o artigo 214, que se referia ao crime de atentado violento ao pudor, dispõe que constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.²²

Portanto, em seu texto o Código Penal de 1940 previa que o crime de estupro chegaria em sua forma consumada com a prática de conjunção carnal especificadamente com vítima mulher. Neste caso, o homem não poderia entrar como sujeito passivo do delito, não era possível se ter um homem como vítima no crime de estupro, mas tão somente como sujeito ativo.²³

A Lei nº. 12.015 de 2009, sem dúvida, trouxe a alteração mais significativa na nomenclatura do Título VI, substituindo a expressão dos *crimes contra os costumes* pela atual, dando relevo à *dignidade sexual*, que é

resultado da dignidade da pessoa humana, bem jurídico tutelado nos termos do art. 1.º, III, da Constituição Federal.²⁴

Com o advento da lei nº. 12.015 de 2009 o crime de atentado violento ao pudor deixou de ser um crime específico e foi englobado no tipo penal estupro; o homem passou a poder ser considerado como sujeito passivo do delito; e foi instituído o crime de estupro contra vulnerável.

1. A NATUREZA DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE E AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

1.1 O regime português

Na versão originária do Código Penal, o procedimento criminal referente aos “crimes sexuais” dependia de queixa do ofendido, do cônjuge ou de quem sobre a vítima exercesse poder parteral, tutela ou curatela (artigo 211.º, n.º1, do CP), com as limitações constantes do n.º 2 deste artigo²⁵.

Com a revisão do Código Penal ocorrida em 2005, com o DL n.º 48/95, de 15 de março, o procedimento criminal pelos crimes previstos nos artigos 163.º a 165.º, 167.º, 168.º e 171.º a 175.º depende de queixa, salvo quando de qualquer deles resultar suicídio ou morte da vítima (n.º 1, do artigo 178, do CP). Sendo que, de acordo com o n.º 2 deste artigo, quando a vítima for menor de 12 anos, pode o Ministério Público dar início ao processo se especiais razões de interesse público o impuserem, pelo que saiu reforçada a natureza semipública dos “crimes sexuais”.

Com a revisão de 2007, pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, deixou de valer a

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 04.05.2020.

²⁰ Daniel Lima, José Muniz Neto, “Estupro e Gênero: evolução histórica e perspectivas futuras do tipo penal no Brasil”, disponível em: <canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/614901883/estupro-e-genero-evolucao-historica-e-perspectivas-futuras-do-tipo-penal-no-brasil>.

²¹ Italo Barros Santos, “O crime de estupro e a sua evolução no sistema jurídico-penal”, *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 16, n. 108, jan. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-crime-de-estupro-e-a-sua-evolucao-no-sistema-juridico-penal/#_ftnref3>. Acesso em: 04.05.2020

²² BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Artigo 214. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 01.05.2020.

²³ Renato Marcão, *Crimes contra a dignidade sexual: comentários aos títulos VI do Código Penal*, 2ª ed. Saraiva. São Paulo. 2015. Disponível em: <www.editorasaraiva.com.br/direito>. Acesso em 14.05.2020

²⁴ Guilherme de Souza Nucci, *Curso de direito penal parte especial: arts. 213 a 361 do código penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 88.

²⁵ Não era necessária a apresentação de queixa quando a vítima fosse menor de 12 anos, o facto fosse cometido por meio de outro crime que não dependa de acusação ou queixa, quando o agente fosse qualquer das pessoas que nos termos do n.º1 tivesse legitimidade para requerer procedimento criminal ou ainda quando do crime resultasse ofensa corporal grave, suicídio ou morte da vítima.

regra (com desvios) da natureza semipública dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, que só pode afirmar-se relativamente aos crimes contra a liberdade sexual de maiores.

Com efeito, no regime português vigente, o procedimento criminal pelos crimes de coação sexual (artigo 163.º), violação (artigo 164.º), abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (artigo 165.º), fraude sexual (artigo 166.º), procriação artificial não consentida (artigo 168.º) e importunação sexual (artigo 170.º) depende de queixa, salvo se forem praticados contra menor ou deles resultar suicídio ou morte da vítima, caso em que o crime é público (n.º 1, do art.º 178.º, do Código Penal)²⁶.

Todavia, na redação atual e por força de alteração legislativa ocorrida em 2015, nos termos do n.º 2 do artigo 178.º, “quando o procedimento pelos crimes previstos nos artigos 163.º e 164.º depender de queixa, o Ministério Público pode dar início ao mesmo, no prazo de seis meses a contar da data em que tiver conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse da vítima o aconselhe”.

Ou seja, numa palavra e focando o nosso objeto no crime de violação: no direito penal português vigente, o crime de violação tem uma natureza semipública mitigada. Neste sentido, o procedimento criminal depende da apresentação de queixa por parte da vítima, salvo se, nos termos do n.º 1 do art.º 178.º do Código Penal, for praticado contra menor ou deles resultar suicídio ou morte da vítima. Além disso, nos termos do novo n.º 2 deste artigo (introduzido em 2015), pode²⁷ o Ministério Público dar início ao procedimento criminal sempre que o interesse da vítima o aconselhe.

Esta alteração promovida pela Lei n.º 83/2015, de 4 de setembro, deve ser enquadrada no conjunto de alterações legislativas que tiveram como escopo adequar o ordenamento jurídico português à Convenção de Istambul²⁸.

Nesta matéria, dispõe o artigo 55.º, n.º1, da Convenção de Istambul (*Processos ex parte e ex officio*) que “As Partes deverão garantir que as investigações das infrações previstas nos artigos 35.º [Violência física], 36.º [Violência sexual, incluindo violação], 37.º [Casamento forçado], 38.º [Mutilação genital feminina] e 39.º [Aborto forçado e esterilização forçada] da presente Convenção ou o procedimento penal instaurado em relação a essas mesmas infrações não dependam totalmente da denúncia ou da queixa apresentada pela vítima (...) e que o procedimento possa prosseguir ainda que a vítima retire a sua declaração ou queixa” (itálico nosso).

Aliás, no Relatório Explicativo da Convenção de Istambul sublinha-se que a opção pela utilização da expressão “não devem ser «totalmente dependentes» [«wholly dependant] da denúncia ou queixa apresentada por uma vítima” visa “abarcas as diferenças processuais de cada sistema jurídico, tendo em conta que assegurar as investigações ou a acusação das infrações enumeradas (...) é da responsabilidade do Estado e das suas autoridades”. De resto, sublinha-se que “[o] facto de muitas das infrações abrangidas por esta Convenção serem perpetradas por membros da família, parceiros íntimos ou pessoas no ambiente social da vítima e os sentimentos de vergonha, medo e impotência daí resultantes levam a um baixo número de denúncias e, subsequentemente, de condenações. Por conseguinte, as autoridades

²⁶ Nos termos do n.º 2, do art.º 178.º, do Código Penal, também o procedimento criminal pelo crime previsto no artigo 173.º (actos sexuais com adolescentes) depende de queixa, salvo se dele resultar suicídio ou morte da vítima.

²⁷ Aliás, deve entender-se que existe um *poder-dever* do Ministério Público de dar início ao procedimento *sempre que o interesse da vítima o aconselhe*.

²⁸ Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, designada por Convenção de Istambul, foi aprovada a 11 de maio de 2011, tendo sido ratificada por Portugal pelo Decreto do Presidente da República n.º 13/2013, de 21 de janeiro, e entrado em vigor a 1 de agosto de 2014. Para uma reflexão a propósito dos novos tipos legais de crime de mutilação genital feminina, casamento forçado e perseguição, ver os nossos

“Implicações da Convenção de Istambul para o ordenamento jurídico-penal português: algumas reflexões a propósito dos novos tipos legais de crime de mutilação genital feminina, casamento forçado e perseguição”, in Patrícia Jerónimo (coord.) *Igualdade de Género: Velhos e Novos Desafios*, Braga, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar/JusGov/ Escola de Direito, 2020, disponível em <https://drive.google.com/file/d/1O7cFzHuPTxE4J81r3LwsiWmHzWeeMzGv/view>, pp. 63 a 80 e “A configuração dos crimes de coação sexual e de violação, a vontade cognoscível da vítima, e a Convenção de Istambul: breves apontamentos à margem das recentes alterações do Código Penal português”, in Ines Iglesias Canle e Maria Josè Bravo Bosch (dir.), *Violencia Sexual y libertad sexual*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022.

que aplicam a lei devem investigar de forma proactiva, a fim de recolher provas, tais como provas substanciais, depoimentos de testemunhas, conhecimentos médicos, etc., a fim de garantir que o processo pode ser realizado mesmo que a vítima retire a sua declaração ou a sua queixa pelo menos em relação a delitos graves, tais como violência física resultando em morte ou danos corporais”²⁹.

Ora, os legisladores da Convenção parecem, por isso, deixar às Partes a opção entre a natureza pública ou semipública “mitigada”, reforçando – e isso é interessante notar – a necessidade de uma investigação “proativa”, como de resto tem sido sublinhado. Além disso, a Convenção de Istambul determina, no seu artigo 18.º, número 3, que as Partes deverão garantir que as medidas adotadas no contexto da *Proteção e apoio* (capítulo IV) visem evitar a vitimização secundária, o que neste contexto deve igualmente ser avocado, numa leitura sistemática da Convenção³⁰.

²⁹Cf. Relatório Explicativo da Convenção de Istambul, nos parágrafos referents ao Artigo 55.º (*Ex parte and ex officio proceedings*), p. 47: “279. Conscientious of the particularly traumatising nature of the offences covered by this article, the drafters sought to ease the burden which lengthy criminal investigations and proceedings often place on the victims while at the same time ensuring that perpetrators are brought to justice. The aim of this provision is therefore to enable criminal investigations and proceedings to be carried out without placing the onus of initiating such proceedings and securing convictions on the victim.

280. Paragraph 1 places on Parties the obligation to ensure that investigations into a number of categories of offences shall not be “wholly dependant” upon the report or complaint filed by a victim and that any proceedings underway may continue even after the victim has withdrawn her or his statement or complaint. The drafters decided to use the terms “wholly dependant” in order to address procedural differences in each legal system, bearing in mind that ensuring the investigations or prosecution of the offences listed in this article is the responsibility of the state and its authorities. In particular, the drafters were of the opinion that acts resulting in severe bodily harm or deprivation of life must be addressed promptly and directly by competent authorities. The fact that many of the offences covered by this Convention are perpetrated by family members, intimate partners or persons in the immediate social environment of the victim and the resulting feelings of shame, fear and helplessness lead to low numbers of reporting and, subsequently, convictions. Therefore, law enforcement authorities should investigate in a proactive way in order to gather evidence such as substantial evidence, testimonies of witnesses, medical expertise, etc., in order to make sure that the proceedings may be

Nesta medida, apesar da letra ambigua da Convenção, não nos parece que do artigo 55.º, n.º1, da Convenção de Istambul, resulte a imposição de publicização destes crimes, nomeadamente no que diz respeito ao crime de violação/coação (no demais, tirando a questão da ofensa à integridade física a questão não se coloca).

Como sublinha Cláudia Cruz Santos, “acautelada a possibilidade de, nos termos no novo n.º 2 do artigo 178.º, o Ministério Público desencadear oficiosamente o processo em nome do interesse da vítima, a manutenção da natureza semi-pública destes crimes (...) parece a única solução coerente com o recorte dado ao bem jurídico que é a liberdade sexual e com o entendimento de que constitui inaceitável forma de vitimização secundária a imposição de um processo criminal indesejado por uma vítima de

carried out even if the victim withdraws her or his statement or complaint at least with regard to serious offences, such as physical violence resulting in death or bodily harm”.

³⁰ Veja-se o disposto no artigo 18, n.º3, e n.º4, da Convenção de Istambul: “3. As Partes deverão garantir que as medidas adotadas nos termos deste capítulo: - Assentem numa compreensão da violência contra as mulheres e da violência doméstica, que tem em conta o género, e estejam centradas nos direitos humanos e na segurança da vítima; - Tenham por base uma abordagem integrada que tem em conta a relação entre vítimas, perpetradores, crianças e o seu ambiente social mais alargado; - Visem evitar a vitimização secundária; - Visem o empoderamento e a independência económica das mulheres vítimas de violência; - Permitam, se for caso disso, a localização de um conjunto de serviços de proteção e apoio no mesmo edifício; - Visem satisfazer as necessidades específicas de pessoas vulneráveis, incluindo as crianças vítimas, e que estas pessoas possam recorrer a elas. 4. A prestação de serviços não deverá depender da vontade das vítimas de apresentar queixa ou de testemunhar contra qualquer perpetrador”. Assim, embora referindo-se ao artigo 36.º da Convenção de Istambul ver Teresa Pizarro Beleza, Frederico da Costa Pinto (Coord.), *Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e Violência Doméstica, adotada em Istambul a 11 de maio de 2011: reflexos no ordenamento jurídico português*, Lisboa, CEDIS, 2017, disponível em <http://cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2017/04/Conven%C3%A7%C3%A3o-de-Istambul-04.04.2017.pdf>, p. 67.

um destes crimes que tão flagrantemente contendem com a sua intimidade”³¹.

Na esteira de Pedro Caeiro, “[d]esta maneira, a lei portuguesa encontrou um equilíbrio razoável entre o respeito pela decisão da vítima (de apresentar ou não queixa-crime) e o controle por parte do Estado de situações em que o procedimento penal seja a melhor maneira (no entender do Ministério Público) de proteger o seu interesse, nomeadamente quando a não apresentação de queixa pela vítima se deva apenas à coacção que sobre ela é exercida, e/ou crie para ela um risco acrescido de novas vitimizações”³². Assim, “a forma como o Estado pretende arrogar-se o direito de se substituir às vítimas em decisões com alto potencial lesivo para as respectivas vidas contrasta flagrantemente com o discurso de empoderamento das mesmas e de promoção da sua autonomia”.

Já quanto à segunda parte do artigo 55.º, n.º1, da Convenção de Istambul - que prevê a possibilidade de *o procedimento poder prosseguir ainda que a vítima retire a sua queixa* - temos dúvidas sobre a possibilidade de “prosseguimento do procedimento”, no ordenamento jurídico português, nas situações em que exista uma desistência de queixa (até à publicação da decisão de primeira instância, desde que não haja oposição do arguido – artigo 116.º, do Código Penal e 51.º do Código de Processo Penal), a menos que o Ministério Público tenha previamente “dado início” ao processo porque o interesse da vítima o

aconselhou, ao abrigo do disposto no artigo 178.º, n.º 2. Não nos parece poder ser retirada da norma a interpretação de que em situações em que o Ministério Público abriu inquérito com base na apresentação da queixa, não exista a possibilidade de desistência da queixa. Impõe-se, por isso, que se acrescente esta *possibilidade*, ainda que se possa uma entorpia no sistema, não desejável em termos de coerência processual, mas justificada por motivos (formais) de conformidade com a Convenção de Istambul, plenamente justificados (materialmente), se “o interesse da vítima o aconselhe”, quanto à manutenção de um processo *já iniciado*³³.

No essencial, tirando esta possibilidade que deve ser “somada”, parece-nos que a solução avançada pela revisão de 2015 é mesmo a que “salvaguarda” o disposto neste normativo da Convenção de Istambul³⁴.

Não obstante, o certo é que não parece ser esta a leitura realizada no Relatório do Grupo de Peritos sobre o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (GREVIO) do Conselho da Europa publicado no dia 21 de janeiro de 2019³⁵. No Relatório pode ler-se, em específico - no que diz respeito aos crimes contra a liberdade sexual (coacção sexual e violação) - que o procedimento criminal por estes crimes exige a apresentação de uma queixa, a menos que cometidos contra um menor ou que resultem no suicídio ou na morte da vítima e, mais precisamente, “os crimes contra a liberdade sexual qualificam-se como crimes semi-públicos para os quais os serviços do Ministério Público

³¹ Teresa Pizarro Beleza, Frederico da Costa Pinto (Coord.), *Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e Violência Doméstica, adotada em Istambul a 11 de maio de 2011: reflexos no ordenamento jurídico português*, Lisboa, CEDIS, 2017. p. 10.

³² Pedro Caeiro, “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 29, n.º 3, 2019, p. 668-669.

³³ Assim também *idem*, p. 671. Na esteira do Autor (p. 671): “Eventualmente, será necessário adicionar um novo número ao art. 178.º (a inserir após o actual n.º 2), onde se preveja que, apesar da desistência de queixa, o Ministério Público prossegue com o procedimento pelos crimes indicados no número anterior sempre que o interesse da vítima o aconselhe”.

³⁴ Assim ver o parecer relativo ao Projeto de Lei n.º 59/XV (BE) - Consagra os crimes de violação, de coacção sexual e de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência como

crimes públicos (55.ª alteração ao Código Penal) (relatora Cláudia Cruz Santos), p. 9: “A nova redacção dada ao número 2 do artigo 178.º do Código Penal – e a possibilidade de em certas situações o Ministério Público desencadear oficiosamente o processo criminal – parece salvaguardar o respeito por esta prescrição”.

³⁵ Cf. Relatório do Grupo de Peritos sobre o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (GREVIO) do Conselho da Europa, publicado no dia 21 de janeiro de 2019, disponível em https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/newsroom/-/asset_publisher/anlnZ5mw6yX/content/grevio-publishes-its-reports-on-portugal-and-swed-1?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Fen%2Fweb%2Fistanbul-convention%2Fnewsroom%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_anlnZ5mw6yX%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D2, p. 61 (parágrafo 222 e 223).

podem decidir discricionariamente se devem ou não abrir um inquérito no prazo máximo de seis meses a partir do momento em que tiveram conhecimento do crime, se considerarem que estão a fazê-lo no interesse da vítima³⁶. E nessa medida, o GREVIO “insta as autoridades portuguesas a alterarem a sua legislação para que esta esteja em conformidade com as regras relativas à acção penal *ex parte* e *ex officio* estabelecidas no artigo 55º, nº 1, da Convenção de Istambul, no que diz respeito, nomeadamente, às infracções de violência física e sexual³⁷”.

Temos dúvidas acerca da compreensão do regime português constante do artigo 178.º, n.º 2, do CP e também a nós nos parece que não³⁸. As entidades portuguesas, a este respeito, não se dedicaram a esclarecer a dúvida³⁹.

Em sequência, o GREVIO⁴⁰ reforça que devem ser tomadas novas medidas para implementar as recomendações dirigidas às suas autoridades, em particular para “assegurar que as regras sobre a acção penal *ex parte* e *ex officio* de crimes de violência sexual e de violência física estão em conformidade com o Artigo 55, parágrafo 1, da Convenção”.

Em conclusão, parece-nos, e socorrendo-nos das palavras de Pedro Caeiro, que “«não depender inteiramente» significa, na leitura mais exigente, que *não pode haver nenhum caso em que a não apresentação da queixa por parte da vítima impeça o início de um procedimento penal* — e esse desiderato é rigorosamente cumprido pelo art. 178.º, n.º 2”⁴¹. Ou seja, a vítima não tem a possibilidade de impedir o início de um procedimento penal.

³⁶ Cf. O parágrafo 222 do Relatório do Grupo de Peritos sobre o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (GREVIO) do Conselho da Europa, publicado no dia 21 de janeiro de 2019, disponível em https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/newsroom/-/asset_publisher/anlnZ5mw6yX/content/grevio-publishes-its-reports-on-portugal-and-swed-1?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Fen%2Fweb%2Fistanbul-convention%2Fnewsroom%3Fp_id%3D101_INSTANCE_anlnZ5mw6yX%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D2, p. 61 (tradução nossa): “While the Portuguese legislation conforms to this requirement for most of the forms of violence concerned, this is not the case for two types of offence. The first is the offence of simple bodily injury regulated under Article 143 of the PCC. Indeed, upon its ratification of the Istanbul Convention, Portugal did not enter a reservation which would have exempted it from the obligation to subject all acts of physical violence against women, including minor offences, to *ex officio* investigation and prosecution. The second is constituted by the crimes against sexual liberty, namely sexual coercion and rape regulated by Articles 163 and 164 of the PCC respectively: criminal proceedings for these crimes require the lodging of a complaint unless they were committed against a minor or resulted in the suicide or death of the victim. More precisely, crimes against sexual liberty qualify as semi-public crimes for which the prosecution services may discretionally decide whether or not to open an enquiry within the maximum term of six months from the moment they were notified of the crime, where they consider that doing so is in the interest of the victim”.

³⁷ Cf. parágrafo 223 (tradução nossa): “GREVIO urges the Portuguese authorities to amend their legislation to make it conform with the rules regarding *ex parte* and *ex officio* prosecution set out in Article 55, paragraph 1, of the

Istanbul Convention, as regards in particular the offences of physical and sexual violence”.

³⁸ Como adianta Pedro Caeiro (p. 670), “...parece resultar do relatório a interpretação segundo a qual aqueles crimes requerem sempre a queixa, cabendo depois ao Ministério Público abrir inquérito se considerar que é esse o interesse da vítima”.

³⁹ Ver Reporting form on the implementation of the recommendations addressed to state parties, disponível em <https://rm.coe.int/pt-recommendations-cop-reporting-2022/1680a5b42c>, p. 56 “Lastly, in respect of recommendation included in paragraph 223, we would like to highlight that articles no. 163 and 164 of the Criminal Code referring to crimes of sexual coercion and rape, respectively, were recently amended by Law No. 101/2019, of 6 September, adapting them to the provisions of the Convention of Istanbul. The amendments in question centres the basic conduct on the lack of consent, qualifying its practice with recourse to violence or serious threat as an aggravating factor of the legal type of crime”.

⁴⁰ Ver Conclusions on the implementation of recommendations in respect of Portugal adopted by the Committee of the Parties to the Istanbul Convention, publicado em 8 de junho de 2022, disponível em <https://rm.coe.int/ic-cp-inf-2022-4-eng-cop-conclusions-portugal/1680a6d17>: “B. Encourages the Government of Portugal to take further measures to implement the recommendations addressed to its authorities, in particular by: (...) 3. amending the criminal code to fully align it with Articles 36 and 40 of the Istanbul Convention and to ensure the rules on *ex parte* and *ex officio* prosecution of offences of sexual violence and bodily injury are in line with Article 55, paragraph 1, of the Convention”.

⁴¹ Cfr. Pedro Caeiro, “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 29, n.º 3, 2019, p. 670.

Têm sucessivamente existido iniciativas parlamentares no sentido, nomeadamente, de tornar pública a natureza de determinados crimes sexuais, como os crimes de coação sexual e de violação contra adultos, em linha com a Convenção de Istambul⁴², estando ainda no “estaleiro jurídico” em discussão o Projeto de Lei n.º 59/XV(BE)⁴³. Normalmente, os argumentos apontados em prol da publicização da natureza do crime centram-se na maior proteção da vítima, num contexto de dificuldade de conhecimento da prática do facto (praticado em regra num local de intimidade) e de vulnerabilidade, “onde a

ascendência do agressor sobre a vítima e as relações de poder se verificam de forma especialmente intensa”, como se destaca neste Projeto de Lei⁴⁴.

Como sublinha Cláudia Cruz Santos, “A opção sobre a natureza processual de vários crimes voltou a ser objecto de controvérsia político-criminal, a propósito de crimes como a coacção sexual e violação, relativamente aos quais se vem assistindo a uma tendência para o fortalecimento da componente pública ainda que, paradoxalmente, com o argumento da necessidade de protecção da vítima concreta”⁴⁵.

⁴² Ver, entre outros, os Projetos de Lei mais recentes: os Projetos de Lei n.ºs: 522/XII/3.ª (BE), que «Altera a previsão legal dos crimes de violação e coacção sexual no Código Penal»; 664/XII/4.ª (BE), que «Altera a previsão legal dos crimes de violação e coacção sexual no Código Penal»; 665/XII/4.ª (BE), que «Altera a natureza do crime de violação, tornando-o público»; 1047/XIII/4.ª (PAN), que «Altera o Código Penal, nomeadamente o crime de violação, adaptando a legislação à Convenção de Istambul»; 1058/XIII/4.ª (BE), que «Procede à alteração dos crimes de violação e coacção sexual no código penal, em respeito pela Convenção de Istambul». Ver também os Projetos de Lei n.ºs 250/XIV/1.ª, 701/XIV/2.ª, 702/XIV/2.ª e 772/XIV/2.ª.

⁴³ Ver, por fim, a iniciativa mais recente (ainda em discussão) - Projeto de Lei n.º 59/XV (BE) - Consagra os crimes de violação, de coacção sexual e de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência como crimes públicos (55.ª alteração ao Código Penal), tendo as respetivas partes I e III sido aprovadas por unanimidade, na ausência da DURP do PAN e DURP do L, na reunião de 15 de junho de 2022 da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias (disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=121435>). Com muito interesse ver os pareceres aí constantes. Ver o *Contributo da APAV sobre o Projecto de lei n.º 59/XV/1ª do Bloco de Esquerda consagra os crimes de violação, de coacção sexual e de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência como crimes públicos*, disponível em https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Contributo_APAV_projeto-lei_59_XV_BE_crimes_sexuais_publicos_Junho22.pdf (p. 3) – “Entende-se que, qualquer que seja a opção quanto à natureza do crime, a mesma deverá ser mitigada, ou híbrida, de modo a permitir ao sistema de justiça a flexibilidade suficiente para acomodar em simultâneo e na medida possível o interesse público, sobretudo ao nível da prevenção geral e especial, e a vontade e as necessidades da vítima concreta” (sublinado do autor). Aí se destaca (p. 4) que “(...) [as] duas “brechas” na natureza semipública do crime consubstanciam precisamente a mitigação referida, afigurando-se especificamente a segunda – a consideração do interesse da vítima – como uma “válvula de escape” que visa permitir uma ponderação em concreto das necessidades daquela”. E ainda (p. 6): “Importa ainda sublinhar o seguinte: o sucesso de qualquer uma das opções em discussão depende de fatores que extravasam a natureza do crime, prendendo-se sim com a forma como a vítima é atendida,

avaliada, informada, protegida e encaminhada por parte do sistema de justiça. Concretizando: para que o interesse da vítima seja fator de ponderação, esta deve ser alvo de avaliação, designadamente ao nível do trauma e do risco. Para que a vontade da vítima seja atendível, deve ser manifestada de forma livre e esclarecida. E para que isso suceda, a vítima tem não apenas que estar devidamente informada mas tem ainda que estar, e que se sentir, protegida”. Ver também o parecer do Conselho Superior da Magistratura e o Parecer do Conselho Superior do Ministério Público, todos disponíveis em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=121435>. De referir que a Ordem dos Advogados emitiu um parecer favorável à alteração da natureza do crime, alterando a perspetiva anteriormente apresentada: “Sobre o Projeto Lei em causa, o nosso Parecer é que o mesmo, face ao alargamento das situações de violência sexual e, bem assim, as consequências deste nas vítimas, nomeadamente o receio que incute nestas de repetição ou retaliação do agressor e o facto de pôr em causa a dignidade humana aliado à ideia de sentimento de impunidade por parte dos violadores, justifica a consideração destes crimes como de natureza pública”.

⁴⁴ Como se destaca neste projeto “A maioria das vezes os autores do crime são pessoas que fazem parte das relações familiares ou de proximidade das vítimas (16,6% são familiares; 50,8% são pessoas conhecidas; 2,3% pessoas que prestam assistência ou formação; dados do RASI 2020). Este é, portanto, um crime onde a ascendência do agressor sobre a vítima e as relações de poder se verificam de forma especialmente intensa, motivo pelo qual é também uma violência entregar a vítima à sua sorte, dizendo-lhe que a decisão de investigar e acusar o crime por si sofrido, depende apenas da sua vontade” – cf. Projeto de Lei n.º 59/XV (BE) - Consagra os crimes de violação, de coacção sexual e de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência como crimes públicos (55.ª alteração ao Código Penal) disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=121435>.

⁴⁵ Ver o parecer relativo ao Projeto de Lei n.º 59/XV (BE) - Consagra os crimes de violação, de coacção sexual e de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência como crimes públicos (55.ª alteração ao Código Penal) (relatora Cláudia Cruz Santos), p. 9 e Cláudia Cruz Santos, *O Direito Processual*

Em apertada síntese, e socorrendo-nos das palavras de Figueiredo Dias, a propósito de uma das triplas funções da queixa (e da acusação particular) que aqui parece estar em causa, “que pode servir a função de específica **protecção da vítima** (ofendido) do crime. É esse o caso, nomeadamente, dos crimes que afectam de maneira profunda a **esfera da intimidade**. Quem seja vítima de um crime que penetra profundamente em valores da intimidade – nomeadamente, mas não só, da esfera sexual... – deve poder, em princípio decidir se ao mal do crime lhe convém juntar o que pode ser o mal do desvelamento da sua intimidade e da consequente estigmatização processual; sob pena, de outra forma, de poderem frustrar-se as intenções político-criminais que, nesses casos, se pretendem alcançar com a criminalização”⁴⁶.

1.2 O regime brasileiro

A ação penal para apuração dos crimes sexuais historicamente era de ação privada, entretanto, com a lei 12015/09 entrando em vigor houve a alteração do art. 225, *caput*, do Código Penal, classificando a ação penal para os crimes contra a dignidade sexual como de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Isto é, era necessário que o ofendido no prazo de 06 (seis) meses assinasse o termo de representação⁴⁷.

A partir desse momento, ainda importa a vontade da vítima do crime, mas ela não precisa tomar à frente do polo ativo da demanda, não havendo a necessidade dessa vítima se expor ainda mais, já que a ação penal será oferecida pelo Ministério Público. Frise-se ainda que a

persecução penal, sendo de interesse da vítima, estará também mais fortalecida, afinal de contas o Ministério Público possui prerrogativas públicas que não estão disponíveis para o particular⁴⁸.

A discussão se aprimora no Brasil com o advento da Lei 13.718 de 2018 que interferiu substancialmente no que tange a vontade da vítima levar adiante um inquérito e uma ação penal quando for vítima de estupro.

A alteração legislativa passa a considerar os crimes contra a dignidade sexual como sendo de ação penal pública incondicionada

Para Cunha essa alteração legislativa pode ser considerada como um retrocesso, ao tirar da vítima a capacidade e liberdade de escolha. Contudo, igualar todas as formas pelas quais o crime pode ser praticado para retirar da vítima qualquer capacidade de iniciativa parece ser um retrocesso⁴⁹.

A opção legislativa foi drástica, vale dizer, considerar sempre a ação pública incondicionada no cenário dos delitos sexuais. Afinal, sempre se contou com a vontade da vítima em processar o agente no âmbito dessa espécie de criminalidade, visto envolver a intimidade e a honra das pessoas⁵⁰.

A vista disso, o denominado *strepitus iudicii* escândalo do processo foi colocado em segundo plano, a vítima que foi sexualmente agredida não pode mais ocultar o caso, evitando especulações inconvenientes.

Strepitus iudicii vem da expressão latina que significa o comentário de fatos íntimos de alguém, debatidos no processo, isto é, significa o barulho, o ruído, o escândalo decorrente do julgamento⁵¹.

Penal Português em Mudança – Rupturas e Continuidades, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 103 e ss.

⁴⁶ Figueiredo Dias, *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, 2.ª Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 667/668 (negrito do Autor). Igual entendimento tem Maria João Antunes, “Comentário ao Art. 178.º”, in Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, p. 896. Cf. o parágrafo 223 do Relatório do Grupo de Peritos sobre o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (GREVIO) do Conselho da Europa citado (“223. GREVIO urges the Portuguese authorities to amend their legislation to make it conform with the rules regarding *ex parte* and *ex officio* prosecution set out in Article 55, paragraph 1, of the Istanbul Convention, as regards in particular the offences of physical and sexual violence”).

⁴⁷ Leonardo Barreto Moreira ALVES, “A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a lei 12.015/09”, disponível

em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/99401/a-acao-penal-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-apos-a-lei-12015-09>>. Acesso em: 14.05.2020.

⁴⁸ *Idem, ibidem*.

⁴⁹ Rogerio Sanches Cunha, “Atualização Legislativa: Lei 13.718/2018”, disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a717a7b72e63e04daed4a6ff7491c46b.pdf>>. Acesso em: 19.05.2020.

⁵⁰ Guilherme de Souza Nucci, *Curso de direito penal parte especial: arts. 213 a 361 do código penal*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 220.

⁵¹ Silvia Chakian de Toledo Santos, “Novos crimes sexuais, a Lei 13.718/18 e a questão de gênero na aplicação do Direito”, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-04/silvia-chakian-novos-crimes-sexuais-lei-137182018>>. Acesso em: 19/05/2020.

Ocorre que, quando uma mulher é vítima de um crime de estupro, durante o procedimento, como no primeiro momento que é instaurar o inquérito policial e, posteriormente, uma ação penal, infelizmente gera uma exposição do seu caso na família, amigos em geral e nas localidades próxima a essa vítima⁵².

Por conseguinte, mesmo que o processo corra em sigilo conforme expõe art. 234-B do Código de Penal, é normal que a notícia acerca da existência da ação penal se torne conhecida de outras pessoas, fazendo com que essa vítima se sinta envergonhada, gerando sem dúvida mais sofrimento a essa vítima⁵³.

Nucci entende que não andou bem o legislador ao padronizar a publicidade da ação penal, eis que ao tirar o poder de decisão dessa vítima maior e capaz, o Estado está usurpando a decisão interna e assim, o que fez foi menosprezar sua capacidade de decisão, escolha e conveniência⁵⁴.

Diante o exposto, acredita-se que a privação do direito da vítima de representação seja indevida, dado o fato que a representação não necessita de qualquer formalidade, ou seja, trata-se se mera manifestação de vontade, fazendo-se necessário reconhecer a flagrante violação do ao artigo 5º inciso X da Constituição Federal que ressalta serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação⁵⁵.

Para Almeida,

São atributos da dignidade humana, os seguintes: a) respeito à autonomia da vontade, b) não coisificação do ser humano, c) garantia do mínimo existencial e d) respeito à integridade física e moral. Esses atributos estão ligados pela noção básica de respeito ao outro, que sintetiza todo o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em contraste com os princípios constitucionais da privacidade e dignidade humana da vítima de delitos sexuais, resta considerar a gravidade e lesividade de tais crimes e ainda o embate com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também previsto no artigo 5º da Constituição Federal e que dispõe que: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito⁵⁶.

Alexy defende, com base na jurisprudência, o uso das técnicas da ponderação e proporcionalidade como solução para colisão entre princípios.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre por exemplo quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido- um dos princípios terá que ceder⁵⁷.

Para tanto, não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção⁵⁸.

Nos tipos de delito supracitados, em que a violência afeta diretamente a intimidade e

⁵² Rogerio Sanches Cunha, “Atualização Legislativa: Lei 13.718/208”, disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a717a7b72e63e04daed4a6ff7491c46b.pdf>>. Acesso em: 19.05.2020.

⁵³ Silvia Chakian de Toledo Santos, “Novos crimes sexuais, a Lei 13.718/18 e a questão de gênero na aplicação do Direito”, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-04/silvia-chakian-novos-crimes-sexuais-lei-137182018>>. Acesso em: 19/05/2020.

⁵⁴ Aury Jr LOPES, “O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.781/18?”, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118#_edn1>. Acesso em: 15.05.2020.

⁵⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa Do Brasil 1988, Artigo 5 inciso X. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19.05.2020.

⁵⁶ Mariana Carneiro ROSA, “Ação Penal Pública Incondicionada Aos Crimes Contra A Dignidade Sexual Instituída Pela Lei 13.718/18: Privacidade Da Vítima Versus O Interesse Coletivo Na Persecução Penal”, disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/acao-penal-publica-incondicionada-aos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-instituida-pela-lei-13-718-18-privacidade-da-vitima-versus-o-interesse-coletivo-na-persecucao-penal/>>. Acesso em: 21.05.2020.

⁵⁷ Robert Alexy. Tradução de Virgílio Afonso Da Silva, *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Alemã, Suhrkamp Verlag, 2006, p. 93

⁵⁸ Mariana Carneiro Rosa, “Ação Penal Pública Incondicionada Aos Crimes Contra A Dignidade Sexual Instituída Pela Lei 13.718/18: Privacidade Da Vítima Versus O Interesse Coletivo Na Persecução Penal”, disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/acao-penal-publica-incondicionada-aos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-instituida-pela-lei-13-718-18-privacidade-da-vitima-versus-o-interesse-coletivo-na-persecucao-penal/>>. Acesso em: 21.05.2020.

privacidade, além da liberdade sexual, é muito importante que haja a autorização da vítima⁵⁹.

Conforme elucidado por Alexy, durante a avaliação dos princípios é preciso levar em conta se os interesses da vítima que se opõe a intervenção do Estado e perseguição criminal de seu agressor tem peso maior que os interesses que levaram a alteração da titularidade da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual⁶⁰.

Essa ponderação visa afastar sua revitimização, perniciosa e com consequências imprevisíveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No direito penal português vigente, o crime de violação tem uma natureza semipública (mitigada). Neste sentido, o procedimento criminal depende da apresentação de queixa por parte da vítima, salvo se, nos termos do n.º 1 do art.º 178.º do Código Penal, for praticado contra menor ou deles resultar suicídio ou morte da vítima. Além disso, nos termos do novo n.º 2 deste artigo (introduzido em 2015), pode o Ministério Público dar início ao procedimento criminal sempre que o interesse da vítima o aconselhe. Justificando como *leitmotiv* o reforço da proteção das vítimas de crimes sexuais e a dissuasão da sua prática, têm surgido iniciativas legislativas no sentido de promover a natureza de crime público aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

No direito penal brasileiro a redação do artigo 225 do Código Penal alterada pela Lei 13.718, de 2018 passou a determinar que a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual seja ação penal pública incondicionada, ou seja, inicia-se a perseguição penal sem que haja qualquer manifestação da vontade da vítima.

Nesse sentido, verifica-se o confronto entre a vontade da vítima, a proteção à sua intimidade e a inafastabilidade da ação penal.

Sendo esta uma opção de política criminal, cremos que a solução do legislador português é uma solução equilibrada, e que permite que seja

realizada – em concreto – uma ponderação dos vários interesses e as necessidades da vítima (concreta).

Não obstante, uma eventual (nova) alteração legislativa que ultrapasse a necessidade de cumprimento dos deveres internacionais do Estado português (vertidos na segunda parte do artigo 55.º, n.º1, da Convenção de Istambul), espera-se que seja fundamentada em dados empíricos que fortemente a sustentem.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

André Lamas Leite, “As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas”, *Julgar*, n.º 28, 2016, p. 62.

Aury Jr LOPES, “O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.781/18?”, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118#_edn1>. Acesso em: 15.05.2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa Do Brasil 1988, Artigo 5 inciso X. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19.05.2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Artigo 214. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 01.05.2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Artigo 213. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 04.05.2020.

Daniel Lima, José Muniz Neto, “Estupro e Gênero: evolução histórica e perspectivas futuras do tipo penal no Brasil”, disponível em: <canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/614901883/estupro-e-genero-evolucao-historica-e-perspectivas-futuras-do-tipo-penal-no-brasil>.

⁵⁹ Sávio Silva de Almeida, “Para além da moral do macho: a dignidade sexual no código penal brasileiro”, *Revista Gênero e Direito*, v.6, nº02, Paraíba, 2017. Págs. 195/227. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/download/27925/18380>>. Acesso em: 20.05.2020.

⁶⁰ Mariana Carneiro Rosa, “Ação Penal Pública Incondicionada Aos Crimes Contra A Dignidade Sexual

Instituída Pela Lei 13.718/18: Privacidade Da Vítima Versus O Interesse Coletivo Na Perseguição Penal”, disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/acao-penal-publica-incondicionada-aos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-instituida-pela-lei-13-718-18-privacidade-da-vitima-versus-o-interesse-coletivo-na-persecucao-penal/>>. Acesso em: 21.05.2020.

Daniel Lima, José Muniz Neto, “Estupro e Gênero: evolução histórica e perspectivas futuras do tipo penal no Brasil”, disponível em: <canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/614901883/estupro-e-genero-evolucao-historica-e-perspectivas-futuras-do-tipo-penal-no-brasil>.

Daniela Bastos Soares, “Análise jurídica do crime de Estupro”, *Conteúdo Jurídico*, Brasília mar., 2015. disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43517/analise-juridica-do-crime-de-estupro>>. Acesso em: 04.05.2020.

Figueiredo Dias, *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, 2.ª Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 667/668 (

Guilherme de Souza Nucci, *Curso de direito penal parte especial: arts. 213 a 361 do código penal*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 220.

Italo Barros Santos, “O crime de estupro e a sua evolução no sistema jurídico- penal”, *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 16, n. 108, jan. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-crime-de-estupro-e-a-sua-evolucao-no-sistema-juridico-penal/#_ftnref3>. Acesso em: 04.05.2020

Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário ao art.º 163.º”, in Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, 2.º Edição, p. 716 (negrito do Autor).

José Renato Martins, “O Delito de Estupro Após o Advento da Lei 12.015/09: Questões Controvertidas em Fase das Garantias Constitucionais”, disponível em <<http://www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf>>. Acesso em: 14.05.2020.

Leonardo Barreto Moreira ALVES, “A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a lei 12.015/09”, disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/99401/a-acao-penal-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-apos-a-lei-12015-09>>. Acesso em: 14.05.2020.

Maria do Carmo Silva Dias, “Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos «crimes contra a

liberdade sexual»”, *Revista do CEJ*, Lisboa, n.º 8, 2008.

Mariana Carneiro ROSA, “Ação Penal Pública Incondicionada Aos Crimes Contra A Dignidade Sexual Instituída Pela Lei 13.718/18: Privacidade Da Víctima Versus O Interesse Coletivo Na Persecução Penal”, disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/acao-penal-publica-incondicionada-aos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-instituida-pela-lei-13-718-18-privacidade-da-vitima-versus-o-interesse-coletivo-na-persecucao-penal/>>. Acesso em: 21.05.2020.

MARTINS, José Renato. **O Delito de Estupro Após o Advento da Lei 12.015/09: Questões Controvertidas em Fase das Garantias Constitucionais.** Disponível em <<http://www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf>>. Acesso em: 14.05.2020.

Naiara Machado, “Uma breve história sobre o crime de estupro”, disponível em <<https://jus.com.br/artigos/51014/uma-breve-historia-sobre-o-crime-de-estupro>>. Acesso em: 14.05.2020.

Pedro Caeiro, “Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, set-dez 2019, p. 639.

Renato Marcão, *Crimes contra a dignidade sexual: comentários aos títulos VI do Código Penal.*, 2ª ed. Saraiva. São Paulo. 2015. Disponível em: <www.editorasaraiva.com.br/direito>. Acesso em 14.05.2020

Robert Alexy. Tradução de Virgílio Afonso Da Silva, *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Alemã, Suhrkamp Verlag, 2006, p. 93

Rogério Sanches Cunha, “Atualização Legislativa: Lei 13.718/208”, disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a717a7b72e63e04daed4a6ff7491c46b.pdf>>. Acesso em: 19.05.2020.

Sávio Silva de Almeida, “Para além da moral do macho: a dignidade sexual no código penal brasileiro”, *Revista Gênero e Direito*, v.6, nº02, Paraíba, 2017. Págs. 195/227. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/download/27925/18380>>. Acesso em: 20.05.2020.

Silvia Chakian de Toledo Santos, “Novos crimes sexuais, a Lei 13.718/18 e a questão de gênero na aplicação do Direito”, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-04/silvia-chakian-novos-crimes-sexuais-lei-137182018>. Acesso em: 19/05/2020.

O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL EM PAÍSES EM VIAS DO DESENVOLVIMENTO

Nelson Ernesto Cossa¹
Alcides Malavone Alberto Nobela²

INTRODUÇÃO

“Um Estado falido não pode efectivar direitos fundamentais”¹.

A efectivação dos direitos sociais ou de liberdade, constitui um compromisso de todas as nações que assumem a tarefa de defender e promover os direitos humanos. O Estado Moçambicano não foge a regra e assume na alínea e) do artigo 11 da Constituição que é objectivo fundamental do Estado “a defesa e a promoção dos direitos humanos e da igualdade dos cidadãos perante a lei”.

Entretanto, embora haja um generalizado reconhecimento dos direitos fundamentais (nas Constituições internas, como nas Convenções Internacionais) e elevado compromisso entre os Estados para assegurar à todos o gozo efectivo destes direitos, a verdade é que os mesmos, sendo social, económica e culturalmente tão diversos, não respondem da mesma forma aos desafios emergentes do reconhecimento desses direitos, incluindo no que respeita à protecção e efectivação dos direitos sociais.

É incontestável a disparidade de efectivação dos direitos sociais nos países em vias de desenvolvimento e nos países desenvolvidos, pois, a sua efectivação exige prestações positivas que acarretam gastos financeiros por parte do Estado. Nos países em vias de desenvolvimento, dada a conhecida escassez de recursos, assiste-se

a um cenário em que os direitos (sociais) são meramente proclamados e inexistem mecanismos viáveis para a sua efectivação. A esse respeito, na contraposição entre os direitos de liberdade e direitos sociais, num sentido um pouco pessimista, Miranda chega a dizer que “Os direitos de liberdade podem existir em países em desenvolvimento, os direitos sociais não têm aí condições de efectivação”².

Daí que, torna-se premente perceber até que medida, atendendo a natureza e a magnitude dos problemas que os países em vias de desenvolvimento tal como Moçambique enfrentam na efectivação dos direitos sociais, garantem o mínimo e em caso afirmativo, partindo da premissa de que na efectivação dos direitos sociais deve se ter em conta a capacidade orçamental do Estado, torna-se imprescindível perceber o conteúdo deste mínimo existencial.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES E CONCEPTUAIS

Pelo critério normativo-formal, os direitos fundamentais e os direitos humanos, conforme o âmbito espacial de protecção, são divididos em dois grupos essenciais, designadamente os direitos, liberdades e garantias (direitos de liberdade) e direitos económicos, sociais e culturais (direitos sociais). O presente artigo discorre a respeito dos segundos, também referidos como direitos da segunda dimensão.

¹ Nelson Ernesto Cossa é Advogado Associado, Pesquisador, Docente Universitário e Coordenador do Departamento do Contencioso-II na Lei & MNSV – Sociedade de Advogados, Lda. nelson.cossa0@gmail.com ou nelsoncossa@leiaassociados.com

² Alcides Malavone Alberto Nobela é Advogado, Sócio e Director Técnico na Lei & MNSV – Sociedade de Advogados, Lda, Mestre em “International Business Law” pela Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Doutorando em “Mercantile Law” na Universidade de Pretória; Investigador Assistente na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e Assessor Jurídico de Sua Excelência Secretária de Estado na Província de Maputo. alcidesnobela@leiaassociados.com ou alcides.nobela@uem.mz ou ainda alcidesnobela@gmail.com

¹ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*, Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Faculdade de Direito de Alagoas, Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2009. p. 36.

²MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 5ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 106.

Os direitos sociais, como quaisquer outros direitos fundamentais, são “[direitos] inerentes à pessoa humana (...)”³ e actualmente acham-se positivados em diversas Constituições e tratados internacionais, podendo se falar de um reconhecimento universal dos mesmos.

Segundo Gouveia⁴, esta distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais, floresce em múltiplos efeitos de natureza prática, principalmente, quanto a questão de aplicabilidade directa e possibilidade de restrição dos mesmos, pois, na lógica do autor:

Diversamente dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, os direitos económicos, sociais e culturais são posições subjectivas em múltiplos domínios da actividade do poder público, mas cuja força jurídica fica dependente das condições fácticas propiciadas – sociais, económicas ou outras – pela realidade constitucional⁵.

Portanto, enquanto os direitos de liberdade requerem do Estado uma simples abstenção para se terem por efectivados, os direitos sociais requerem a criação e conjugação de condições económicas, dado que, muitas vezes a sua efectivação é mediante a disponibilização de serviços públicos para a satisfação das necessidades públicas.

Entretanto, apesar da distinção referida e das diferenças de regime que implicam, tanto os direitos, liberdades e garantias como os direitos sociais partilham a mesma dignidade jus – fundamental. Ambos são direitos fundamentais⁶ e as pessoas são titulares tanto de uns como dos outros.

É por isso que vale a afirmação do Professor Jorge Miranda⁷ que refere que “A existência das pessoas é afectada tanto por uns como por outros direitos”, pois, todos são titulares tanto dos direitos de liberdade, bem como dos direitos sociais, até porque estes últimos são os que propiciam as condições para

beneficiar das vantagens que os direitos de liberdade concedem.

Os direitos sociais são consagrados por normas programáticas e “têm de ser seguidos não só de lei como de modificações económicas, sociais, administrativas⁸” para os tornar efectivos, sendo de per si inexecutáveis. Porquanto, a efectividade integral dos direitos sociais se dá principalmente através da implementação de acções positivas e não por mera abstenção do Estado como acontece com os direitos de liberdade.

É, particularmente elucidativa a explicação de Jorge Reis Novais a propósito das normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais, segundo a qual:

(...) uma vez que respeitam a bens de que as nossas sociedades não dispõem em abundância, mas que são indispensáveis ao bem-estar e a uma vida digna, tais normas impõem ao Estado, não apenas o dever de respeitar e proteger o acesso a tais bens que os particulares alcançam através de meios próprios, não apenas a garantia geral e abstracta de acesso a esses bens por parte de todos os indivíduos, como acontece com todos os direitos fundamentais, mas também a realização de prestações fácticas destinadas a promover o acesso a esses bens económicos, sociais ou culturais a quem não dispõe de recursos próprios para o alcançar⁹.

A doutrina contemporânea defende que esta divisão entre direitos de liberdade e direitos sociais é ilusória, ou pelo menos, não pode ser levada ao extremo, pois, entre os dois grupos de direitos existe uma relação de indissociabilidade.

Neste sentido, vai a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (CADHP) que no seu preâmbulo, de forma inovadora e rompendo a visão tradicional sobre o assunto, reconhece a existência duma incidível relação entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais económicos e culturais, consagrando o princípio da indissociabilidade entre as duas categorias de direitos, no sentido de que

³ CHIPANGA, António Salomão. *Manual: Lições de Direitos Fundamentais no quadro jurídico-constitucional de Moçambique*. Cidade de Maputo: Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Vol. I, 2011. p. 15.

⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Moçambique*, IDiLP, Maputo, 2015, p. 318.

⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Moçambique*, p. 359.

⁶ BOTELHO, Catarina Santos, *40 anos de direitos sociais: uma reflexão sobre o papel dos direitos fundamentais sociais no século XXI*, Revista Julgar, n.º 29, 2016, p. 209.

⁷ MIRANDA, Jorge, *Os novos paradigmas do Estado social*, Conferência proferida em 28 de Setembro de 2011, em Belo Horizonte, no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, p. 4.

⁸ MIRANDA, Jorge, *Os novos paradigmas do Estado social*, p. 113.

⁹ NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais: Teoria Jurídica Dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, 1.ª ed, Coimbra Editora, 2010, p. 42.

os direitos civis e políticos são indissociáveis dos direitos económicos, sociais e culturais, tanto na sua concepção como na sua universalidade, e que a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais garante o gozo dos direitos civis e políticos.

Este entendimento vem se consolidando nos domínios legislativo, jurisprudencial e doutrinário, pois, reconhece-se que “ninguém pode exercer livre e conscientemente direitos civis e políticos se e enquanto não tiver a titularidade dos direitos económicos, sociais e culturais¹⁰”. A actual Constituição Moçambicana traz um rol de direitos sociais que objectivam garantir uma existência digna ao cidadão. Tal como bem observou Gouveia¹¹, a consagração constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais em Moçambique é abundante, tal a profusão de tipos de direitos que são formulados, abrangendo os principais sectores da vida humana colectiva, tais como o direito ao trabalho, direito à educação, direito à saúde, direito ao ambiente, direito à habitação, direito à educação física e ao desporto, entre outros. Assim, é dever do Estado a efectivação dos direitos sociais, de modo a garantir a concretização do da dignidade humana, fundamento da vida digna e da construção da República de Moçambique enquanto Estado De Direito Democrático.

2. EFECTIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E FINANÇAS PÚBLICAS

Mais do que proclamar direitos, é necessário efectivá-los sob pena de transformar em letra morta as normas que os consagram. Segundo Alcantra¹² efectivar é possibilitar que as pessoas gozem efectivamente das prerrogativas que os direitos fundamentais lhes concedem. Com efeito, para a autora:

Efetivação é a ação de efetivar. Efetivar é tornar efetivo. Efetivo é o que produz um efeito real, positivo. A efetivação dos direitos fundamentais seria tornar real o conjunto de normas relativas a esses direitos. É um fenômeno que depende da eficácia e

aplicação das normas de direitos fundamentais, de uma programação ideal, do campo do dever ser. Mas vai além disso, uma vez que deve produzir resultados sentidos no campo real do ser. E ainda mais, tais resultados deverão ser positivos, ou seja, iguais ou superiores ao esperado, ao que fora idealizado nas normas.

A interface entre as finanças públicas e os direitos fundamentais no âmbito da efectivação dos direitos sociais é hoje uma realidade incontestável, dado que a sua concretização não depende de simples e pura aplicação das normas que os consagram, dependendo de condições económico-financeiras, administrativas, institucionais e socioculturais.

Com efeito, esta efectivação implica gasto dos fundos públicos, sendo de longe tidos como direitos extremamente onerosos, pese embora essa não seja uma particularidade dos mesmos, pois, conforme defendido, entre outros, por Catarina Botelho¹³ todos direitos tem implicações orçamentais na sua efectivação:

Em boa verdade, os direitos fundamentais, quer os direitos, liberdades e garantias, quer os direitos sociais possuem custos financeiros públicos, pelo que não existem “direitos fundamentais gratuitos, direitos fundamentais de borla.

Na lógica desta autora, todos os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos têm “implicações orçamentais”¹⁴, quer sejam direitos de liberdade, quer sejam direitos sociais.

Corroborando deste entendimento, compreendemos que é exactamente nas implicações orçamentais dos direitos sociais onde reside a interface dos mesmos com as finanças públicas, pois, a satisfação das necessidades públicas por meio dos serviços públicos corresponde a efectivação destes direitos:

A sociedade contemporânea incumbe ao cidadão o dever de contribuir com recursos financeiros para sustentar o funcionamento do Estado. Em contrapartida, o Estado deve reverter os recursos financeiros em serviços públicos. Estes serviços

¹⁰ BRITO, Wladimir, *Comentário ao Preâmbulo da Carta Africana*, in JERÓNIMO, P, et. al (Coords), *Comentário lusófono à carta africana dos direitos humanos e dos povos*, 2018, p. 27.

¹¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Moçambique*, p. 359.

¹² ALCÂNTARA, Michele Alencar da Cruz. *O papel das finanças públicas na efectivação dos direitos fundamentais*, Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Ceará,

Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza/CE, 2007, p. 79.

¹³ BOTELHO, Catarina Santos, *Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social?* Revista da Ordem dos Advogados, Vol. 75, N.º 1, 2015, 259-293, p. 269.

¹⁴ BOTELHO, Catarina Santos, *Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social?*, p. 269.

públicos são as prestações estatais devidas e relativas aos direitos de segunda dimensão¹⁵.

Assim, percebe-se desde já que a efectivação dos direitos sociais acha-se sujeita a um conjunto de variados princípios, tais como o conteúdo (mínimo) essencial ou núcleo essencial (também chamado de mínimo existencial); a disponibilidade de recursos; desrealização progressiva e a reserva do possível e o princípio do não retrocesso¹⁶.

É, portanto, pelas implicações orçamentais dos direitos sociais, que se tem dito (e observado) que a sua efectivação está dependente da disponibilidade de recursos, principalmente, os recursos financeiros, de tal modo que a realização dos direitos sociais está condicionada pelo “financeiramente possível”.

A escassez dos recursos à disposição do Estado já é um fenómeno que acompanha a humanidade, daí que o mesmo tenha sempre de fazer escolhas, estabelecendo as prioridades e os critérios a serem seguidos, por meio da implementação de políticas públicas. Canotilho chama atenção para o facto de que a limitação da efectivação dos direitos sociais ao economicamente possível não os faz perder a sua força normativa e muito menos libera o Estado do seu dever de os efectivar:

Não obstante se falar aqui da efectivação dentro de uma ‘reserva possível’, para significar a dependência dos direitos económicos, sociais e culturais dos ‘recursos económicos’ a efectivação dos direitos económicos sociais e culturais não se reduz a um simples ‘apelo’ ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações económicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para efectivação desses direitos¹⁷.

Em boa verdade, independentemente da quantidade de recursos disponíveis e impossibilidade de efectivação imediata, o Estado

continua obrigado a efectivar os direitos sociais, devendo fazê-los de forma progressiva:

A implantação das cadeias de protecção social previstas nas constituições hodiernas pressupõe o elemento da progressividade, isto é, a implementação das políticas públicas que resguardem tais direitos sociais será feita de maneira paulatina e gradual, não estando sujeitas a adopção imediata, ampla e irrestrita¹⁸.

A respeito do desiderato, Liebl e Demarchi defendem que se o Estado não viabiliza a concretização desses direitos, ele estará lesionando ou ameaçando de lesão os direitos fundamentais protegidos constitucionalmente e por consequência, comete uma inconstitucionalidade por omissão:

“É certo que ao descumprir a imposição ditada pela Constituição Federal, o Estado assume um comportamento grave no aspecto político-jurídico, pois com tal postura ele põe em xeque a aplicação dos postulados garantidos na Carta Magna e, mais do que isso, ameaça lesionar direitos que representam o fundamento do próprio Estado Democrático. E mais grave ainda, abstendo-se de cumprir o seu dever traçado no texto constitucional, o ente público possibilita a violação aos direitos assegurados pelo legislador constituinte, por intermédio da inconstitucionalidade por omissão¹⁹”.

Para estes autores, sendo os direitos sociais consagrados constitucionalmente, as normas que os consagram gozam de características próprias das normas e dos princípios de natureza constitucional, o que significa que a sua não concretização equivale a violação directa da Constituição, mormente uma inconstitucionalidade por omissão.

Entretanto, a ordem jurídica moçambicana, não reconhece a inconstitucionalidade por omissão. Como assertivamente nota Edson Macuácuá²⁰, o modelo de fiscalização da constitucionalidade em Moçambique possui, entre outras, as seguintes características:

¹⁵ ALCÂNTARA, Michele Alencar da Cruz. *O papel das finanças públicas na efetivação dos direitos fundamentais*, p. 38.

¹⁶ OLIVEIRA, Bárbara Nazareth, *Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste: Teoria e Prática*, 1.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 267.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª Ed. Almedina, Coimbra, 1999. p. 448.

¹⁸ PIERDONÁ, Zélia Luiza, et. al., *Direitos Sociais em Tempos de Crise: vedação ao retrocesso social e moderação*

judicial, REVISTA JUSTIÇA DO DIREITO, v. 34, n. 1, p. 57-75, Jan./Abr. 2020, p. 58.

¹⁹ FONSECA, Cláudia de Oliveira, *A concretização dos direitos sociais: o mínimo existencial e a reserva do possível em face do princípio da dignidade da pessoa humana*, Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas, Vitória da Conquista-BA, n. 14 (especial), p. 39-58, 2013, p. 46.

²⁰ MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco, *A (in)eficácia da tutela dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional em Moçambique*, Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS | v. 24 | n. 47 | Jan./Jun. 2022. p. 119.

É uma fiscalização da inconstitucionalidade por acção, pois não inclui a fiscalização por omissão, limitando-se apenas à fiscalização da violação da Constituição por acção; É uma fiscalização da inconstitucionalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado, que não abrange a inconstitucionalidade por violação dos direitos fundamentais ou por actos não normativos.

O autor argumenta que esta constitui uma das principais fragilidades da tutela dos direitos fundamentais na ordem jurídica Moçambicana, pois, a inacção do Estado em concretizar os direitos sociais não passa do crivo do Conselho Constitucional.

Terminando, Macuacua defende que a jurisdição constitucional em Moçambique não garante uma tutela efectiva dos direitos fundamentais, pois, o Conselho Constitucional não fiscaliza a inconstitucionalidade por omissão legislativa, o que leva a que a Constituição não esteja completamente regulamentada, gerando assim omissões legislativas que lesam os direitos fundamentais dos cidadãos²¹, particularmente os direitos sociais.

Portanto, emerge aqui um desafio, pois, deixar a efectivação dos direitos sociais totalmente à disposição da boa vontade do legislador não se mostra melhor acertado. É que, como defende Paulo SCHIER e Adriana SCHIER²²:

Se isso fosse admitido, tal significaria negar força normativa à constituição e aos direitos sociais (...). Por consequência, seria preciso reconhecer que, como norma jurídica, os direitos sociais devem produzir algum tipo de eficácia, ainda que mínima, que não fique na dependência de decisões governamentais. E essa eficácia mínima dos direitos sociais seria o mínimo existencial (embora certa doutrina e jurisprudência defendam, aqui, que a eficácia positiva mínima deva estar vinculada com uma concepção mais ampliada de dignidade humana).

Na visão destes autores, um mínimo existencial deve ser realizado mesmo sem lei, mesmo sem orçamento, mesmo sem política pública ou, inclusive contra a política pública instituída, pois, esta é uma exigência que decorre da força normativa da Constituição.

Nos seus ensinamentos do Módulo I de Finanças Públicas e Fiscalidade, não publicados, Waty²³, nosso juriconsulto na área, defende que a garantia desses bens de sobrevivência digna é da obrigação da função pública e legítima a cobrança de impostos. Por fim, o nosso juriconsulto termina defendendo que o mínimo existencial embora obrigação do Estado só pode ser cumprido por Estados Cumpridores. Na sua óptica, o Estado Cumpridor entende-se segundo o autor, por um Estado Ético (respeita os grandes valores superior da ética fiscal pública manifestado através da justiça tributária), competente (capaz de resolver os problemas de forma mais simples), etéreo (que não desperdiça recursos, incluindo os locais), forte (com capacidade de produzir políticas fiscais sem recorrer ao aumento de tributação e criar uma máquina executiva pequeno e competente).

3. O MÍNIMO EXISTENCIAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em razão destas particularidades, já vem se defendendo que actualmente vive-se um período de relativa ineficácia prestacional dos direitos sociais devido a falta de verbas estatais para a total efectivação desses direitos. Entretanto, a todos os Estados é exigido a realização de uma parcela mínima de cada direito.

Essa parcela mínima dos direitos fundamentais é o chamado Mínimo Existencial, que é um princípio que foi criado para dar efectividade ao fundamento da possibilidade digna, ou da dignidade da pessoa humana, a ser garantido pela sociedade e pelo Estado²⁴.

A nível internacional, o Comité de Direitos Económicos, Sociais e Culturais em comentário ao Pacto Internacional dos Direitos Económicos e Sociais estabeleceu que pesa sobre os Estados “a obrigação de assegurar a satisfação de níveis essenciais mínimos de cada um dos direitos²⁵” reconhecidos pelo Pacto Internacional dos

²¹ MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco, *A jurisdição constitucional em Moçambique*, CEDIPRE Online— 44, Coimbra, Abril de 2022, p. 30.

²² SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação*, A&C – R. de Dir. Adm. Const., Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 67-96, out./dez. 2018, p 76-77.

²³ WATY, Teodoro Andrade. Aula ministrada na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, no âmbito do

VI Curso de Mestrado em Ciências Jurídico- Económicas no dia 27 de Maio de 2021. Não Publicada.

²⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível*, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005, p. 445.

²⁵ Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral N.º 3: Artigo 2.º Número 1 (A

Direitos Sociais, Económicos e Culturais. Embora o Comité não tenha avançado nenhuma explicação sobre o conteúdo desse mínimo essencial, a doutrina tem entendido que este compreende, pelo menos, o mínimo para uma vida decente e compatível com a dignidade humana. A dignidade da pessoa humana pela sua subjectividade pode ser visto de várias primas possíveis, quer na ausência de dor, da fome, na satisfação de prazeres, quer no exercício das liberdades, mas, para este trabalho, somos de analisar a dignidade humana tendo em conta as prerrogativas do cidadão de exigir o cumprimento de comportamentos negativos ou positivos do Estado e sociedade. Quanto ao seu conteúdo, deve, também, variar tendo as condições específicas do contexto do lugar da efectivação.

Canotilho, constitucionalista português, defende que das normas consagradas dos direitos sociais se pode deduzir um princípio estruturantes: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (minimum core of economic and social rights) na ausência do qual o estado se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas²⁶.

Porquanto, a dignidade humana impõe que o Estado efective este núcleo básico de direitos sociais (minimum core of economic and social rights), pois, tal conteúdo mínimo dos direitos sociais é imprescindível para a existência da própria dignidade. Nesta lógica, o mínimo existencial representa o limite ao atendimento dos direitos sociais pelo Estado, uma espécie duma quota que o Estado tem de assegurar sempre e cuja falta de realização traduz-se em autêntica e directa violação da Constituição.

No mesmo sentido, Miranda defende que:

Se nem todos os direitos económicos, sociais e culturais puderem ser tornados plenamente operativos em certo momento ou para todas as pessoas, então haverá que determinar com que prioridade e em que medida o deverão ser. O contrário redundaria na inutilização dos comandos constitucionais: querer fazer tudo ao mesmo tempo e nada conseguir fazer. Seja como for, o conteúdo essencial de todos os direitos deverá sempre ser

assegurado, e só o que estiver para além dele poderá deixar ou não de o ser em função do juízo que o legislador vier a emitir sobre a sua maior ou menor relevância dentro do sistema constitucional e sobre as suas condições de efectivação²⁷

Porquanto, nesta visão do Professor Jorge Miranda, o Estado é obrigado a efectivar tudo que seja possível, por isso, o autor propõe a compreensão das normas que consagram os direitos sociais em três enunciados fundamentais:

- a) Quando se verificarem condições económicas favoráveis, essas normas devem ser interpretadas e aplicadas de modo a delas se extrair o máximo de satisfação das necessidades sociais e a realização de todas as prestações;
- b) Não se deparando tais condições – em especial por causa de recessão ou de crise financeira – as prestações têm de ser adequadas ao nível de sustentabilidade existente, com eventual redução dos seus beneficiários ou dos seus montantes;
- c) Situações de escassez de recursos ou de excepção constitucional podem provocar a suspensão destas ou daquelas normas – não a das normas constitucionais atributivas dos direitos a que se reportam, mas elas não-de retomar a sua efectividade, a curto ou a médio prazo, logo que restabelecida a normalidade da vida colectiva.

3.1 Direitos sociais nos países em vias de desenvolvimento e problemática do mínimo existencial

Nas secções anteriores destacamos o papel imprescindível que as finanças públicas desempenham na efectivação dos direitos sociais e claramente que, de longe, poder-se-á dizer que o ideal é que houvesse um superávit, isto é, as receitas públicas superassem as despesas para haver uma efectivação integral dos direitos sociais. Mas, a realidade é completamente diferente, principalmente nos países em vias de desenvolvimento. Aquém da verdade, sabe-se que as finanças públicas dos países em vias de desenvolvimento estão, diga-se, em crise, por diversos factores, pois, não é surpresa para

Natureza Das Obrigações Dos Estados Partes), Quinta Sessão, 1990, para. 10.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, pág. 203.

²⁷ MIRANDA, Jorge, Os novos paradigmas do Estado social, p. 14.

ninguém que os recursos financeiros nestes países, tal como é Moçambique, são insuficientes para atender às necessidades públicas (aliás, a escassez de recursos é extensiva a todos os países: desenvolvidos e não desenvolvidos) e, conseqüentemente, efectivar os direitos fundamentais.

Segundo Alcantra, a problemática da efectivação dos direitos fundamentais não é jurídica, mas sim social e económica.

A falta ou carência de efetividade dos direitos fundamentais não é um problema somente jurídico; ao contrário, o menor problema seria o jurídico, pois os direitos fundamentais têm aplicação jurídica imediata. É um problema principalmente social e financeiro. Social, porque todos, mas principalmente Estado e cidadão, devem concorrer para efetivar os direitos fundamentais. O problema social reside na falta ou ineficaz participação do Estado e do cidadão. Financeiro, porque a realização de ditos direitos tem custos e prescinde de investimento financeiro. E a crise financeira surge como um dos maiores problemas a ser solucionado²⁸.

Para a autora, a falta de efectivação dos direitos fundamentais é demonstrada por diversos problemas sociais, tais como a fome, miséria, desemprego, desigualdades regionais, deficiências no sistema público de saúde e educacional, dentre tantos outros²⁹.

A título preliminar, pode-se dizer que, assim como os demais países que nas suas Constituições reconhecem direitos sociais, Moçambique também é obrigado a realizar um núcleo mínimo desses direitos, que interna e internacionalmente reconhecem e se obriga a efectivar. Não obstante, nosso entendimento é que o mínimo existencial para Moçambique tem que ser exigido tendo em conta o contexto histórico, social e económico do país, de tal modo que quando se fala em uma prestação mínima no âmbito da saúde, não se afigura razoável exigir do Estado moçambicano o mesmo tipo de prestação que se exige dos Estados Unidos de América, já que neste país, a qualidade de saúde é classificada como melhor em virtude de sua

melhor condição socioeconómica. Entretanto, atente a diversos factores que condicionam a realização dos direitos sociais, há que indagar quais as prestações que integram o mínimo existencial de cada direito social em Moçambique? Como visto na nossa abordagem anterior, não se pode responder a esta questão sem antes tecer algumas considerações sobre alguns aspectos políticos, sociais e económicos sobre Moçambique.

Para começar, a história de Moçambique tem sido marcada por ciclos de violência armada. Com efeito, o período imediatamente posterior à proclamação da independência de Moçambique ano 1975 foi marcado pela eclosão de uma guerra civil devastadora que opunha a Resistência Nacional de Moçambique (RENAMO) às forças governamentais. No dia 4 de Outubro de 1992, as principais partes em conflito, nomeadamente o Governo moçambicano liderado pelo Partido FRELIMO e a RENAMO assinaram o Acordo Geral de Paz (AGP), colocando fim à guerra civil que durou 16 anos. Estima-se que a guerra civil tenha causado cerca de um milhão de mortes, um milhão e setecentos mil refugiados no estrangeiro, cerca de quatro milhões de deslocados internos, profundas fracturas sociais e a destruição de infra-estruturas económicas e sociais do país³⁰.

Dois décadas depois da assinatura do Acordo Geral de Paz, o conflito armado ressurgiu entre 2012 a 2016, envolvendo os mesmos actos de diferença de pilotes (líderes máximos), tendo-se concentrado na zona Centro do país. Este conflito culminou com assinatura de dois acordos, um primeiro no dia 05 de Setembro de 2014, designado de acordo de cessação das hostilidades, assinado pelas suas excelências Armando Emílio Guebuza e Afonso Macacho Marceta Dhlakama, em representação do Governo de Moçambique e RENAMO, respectivamente³¹. Outro no dia 6 de Agosto de 2019, designado Acordo De Paz Definitiva E Reconciliação Nacional,³² assinados pelas suas

²⁸ ALCÂNTARA, Michele Alencar da Cruz. *O papel das finanças públicas na efectivação dos direitos fundamentais*, p. 114.

²⁹ ALCÂNTARA, Michele Alencar da Cruz. *O papel das finanças públicas na efectivação dos direitos fundamentais*, p. 81.

³⁰ GUJAMO, Rufino Carlos, *A Transição Democrática e a Manutenção da Paz em Moçambique entre 1992 e 2004*,

Tese de Doutoramento, Universidade de Lisboa & ISCTE, 2016. pp. 5-6.

³¹ Disponível em: <https://www.rfi.fr/pt/africa/20140905-acordo-de-cessacao-das-hostilidades-assinado-em-mocambique>.

³² Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/mo%C3%A7ambique-assinado-o-acordo-de-paz->

excelências Filipe Jacinto Nyusi e Ossufo Momad e transformado em Lei.

Há 5 de Outubro de 2017, eclodiu um outro conflito armado na província moçambicana de Cabo-Delgado, zona norte do país, já qualificado como terrorismo, que assola as Províncias de Cabo Delgado, Niassa e Nampula, cujos efeitos económicos, sociais e políticos são graves e preocupantes. Em todos conflitos, a morte, a fome, a miséria e a pobreza foram características comuns.

Em Moçambique, como em muitos países em via de desenvolvimento, existe muita pobreza, tal entendida como sendo incapacidade dos indivíduos de assegurar para si e os seus dependentes um conjunto de condições mínimas para a sua subsistência e bem-estar, segundo as normas da sociedade. O Relatório da Evolução do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)³³ aponta que Moçambique está entre os piores no ranking mundial, na análise efectuada entre 1992 e 2019. Dos 189 países analisados, Moçambique está entre os 10 países com o IDH mais baixo. Entre 2014 e 2019, teve uma melhoria de duas posições, encontrando-se na posição 181^a desde 2018.

Num estudo sobre Microcrédito e Pobreza Urbana, Adelino Jane³⁴ destacou que a pobreza não resulta de uma única causa, mas de um conjunto de factores, como:

- I. Factores político-legais: corrupção, inexistência ou mau funcionamento de um sistema democrático, fraca igualdade de oportunidades;
- II. Factores económicos: sistema fiscal inadequado, representando um peso excessivo sobre a economia ou sendo socialmente injusto; a própria pobreza, que prejudica o investimento e o

desenvolvimento, economia dependente de um único produto.

- III. Factores socioculturais: Reduzida instrução, discriminação social relativa ao género ou à raça, valores predominantes na sociedade, exclusão social, crescimento muito rápido da população.
- IV. Factores naturais: Desastres naturais, climas ou relevos extremos, doenças.
- V. Problemas de Saúde: Adesão a droga ou alcoolismo, doenças mentais, doenças da pobreza como a SIDA e a malária; deficiências físicas.
- VI. Factores históricos: Colonialismo, passado de autoritarismo político.
- VII. Insegurança: Guerra, genocídio, crime.

Neste quesito, Moçambique partilha das características que são comuns aos países africanos envolvidos em conflitos ou em situação recente de reconstrução pós-conflito avançados por Miguel Domingos Bembe³⁵, designadamente: Deterioração dos indicadores sociais e crescente desigualdade na distribuição dos rendimentos, da riqueza e das oportunidades; Défice fiscal elevado e grave desequilíbrio na balança de pagamentos; Descoordenada e insustentável dívida externa e serviço da dívida; Inflação elevada e controlo ineficiente das despesas públicas, com despesas importantes não incluídas no orçamento e com desfasamento nas contas fiscais; Quase total destruição das infra-estruturas físicas e sociais; Sérias rupturas no mercado e desagregação regional e provincial; Total desconfiança nas reformas económicas e insatisfação generalizada com a corrupção ao nível do Estado, do Governo e das Forças Armadas.

A isso acresce o facto de que historicamente, o orçamento do Estado (OE) moçambicano foi sempre deficitário³⁶ como

[definitiva-e-reconcilia%C3%A7%C3%A3o-nacional/a-49919241.](https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2020overviewportuguese.pdf)

³³ Disponível em: <https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2020overviewportuguese.pdf>.

³⁴ JANE, Adelino Samuel, *Microcrédito e a pobreza urbana na cidade de Maputo: estudo de caso da SOCREMO*, Dissertação de mestrado, ISCTE, Lisboa, 2011, p. 33.

³⁵ BEMBE, Miguel Domingos, *Os grandes desafios dos governos africanos para o século XXI*, Revista Angolana de Ciências Sociais, Volume VI, N.º 12, pp. 73-90.

³⁶ Nota-se que o Orçamento do Estado moçambicano para o ano de 2022 apresenta um défice primário de 13.9%, correspondente a 156.660.265,08 mil Meticais, que com a ajuda das doações reduz-se para 1.6%. Cfr: N.º 5 da Lei n.º 6/2021 de 30 de Dezembro, conjugado com o conteúdo da página 108 do mesmo diploma legal que aprova o Plano Económico e Social e Orçamento do Estado para o ano de 2022.

consequência da reduzida base tributária da economia, combinada com a contínua necessidade de investimentos públicos em resultado das condições conjunturais e estruturais da economia de Moçambique³⁷. O contínuo défice das contas públicas têm obrigado o Governo Moçambicano a se endividar, tanto ao nível interno (dívida pública interna) como ao nível externo (dívida pública externa), uma dívida que, de acordo com estudos publicados, já é insustentável³⁸.

No que diz respeito a corrupção, que tem sido frequentemente descrita como o maior obstáculo ao desenvolvimento de qualquer país, portanto, empecilho de realização dos direitos sociais, Moçambique se localiza entre os países mais corruptos da África e do mundo. Em 2017, o Índice de Percepção da Corrupção classificou Moçambique no 153º lugar entre 180 países. Recentemente terminou a fase de produção de prova (audiência de discussão e julgamento) daquele que é considerado o maior escândalo de corrupção em Moçambique, designado por “Dívidas Ocultas”. Para Edson Cortês, Aslak Orre, et. al, os efeitos colaterais deste escândalo de corrupção já podem ter custado a Moçambique USD 11 biliões – quase todo o PIB do país em 2016 – e quase 2 milhões de pessoas foram empurradas para a pobreza³⁹.

Assim, retomando a questão sobre as prestações que integram o mínimo existencial de cada direito social em Moçambique, há que concordar com Ezpinosa, quando o mesmo defende que por sua relação com as necessidades concretas de uma comunidade em determinada época, o conteúdo do mínimo existencial não deve se restringir a fixação de um catálogo rígido de prestações⁴⁰, pelo que, deve permanecer em aberto, permitindo que em cada época e de acordo com as condições económicas de cada país, se possa garantir o mínimo de cada direito

que permita que os cidadãos desse Estado tenham acesso ao mínimo que lhes permita viver de forma decente e digna.

Neste sentido, dos direitos sociais tradicionais já avançados acima, como o direito ao conhecimento como um bem público (educação de qualidade), o direito à assistência médica e medicamentosa de qualidade (saúde), o direito a um tecto condigno (habitação), o direito as necessárias e mínimas três refeições por dia, pequeno-almoço, almoço e jantar (alimentação), entre outros, parece-nos que, não podemos e nem é razoável, avançar um catálogo que deve compor o mínimo essencial a ser assegurado pelo Estado Moçambicano ou por qualquer outro Estado em vias de desenvolvimento, o mais importante, pelo contrário, é o Estado moçambicano continuar empenhado na erradicação da pobreza e melhorar os aspectos que inviabilizam o desenvolvimento e concretização dos direitos sociais. Aliás, vale lembrar que, na ordem constitucional moçambicana, há uma cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais, inserida no artigo 42, que permite o reconhecimento de um bloco de constitucionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscamos perceber, ao longo do artigo, em que medida os países em vias de desenvolvimento garantem o mínimo existencial no âmbito da efectivação dos direitos sociais. Foi possível concluir através da nossa análise que a efectivação dos direitos sociais, por serem aqueles que impõem ao Estado uma obrigação de fazer, de ofertar prestações positivas em favor dos indivíduos que lhe são cidadãos, implica gasto dos dinheiros públicos, sendo de longe tidos como direitos extremamente onerosos, daí a sua interface com as finanças públicas enquanto

³⁷ CENTRO PARA DEMOCRACIA E DESENVOLVIMENTO, *Que preço os moçambicanos estão a pagar pela dívida pública insustentável?* Desenvolvimento Review (DesR) Maputo, 25 de NOVEMBRO, 2019 Número 3.

³⁸ Vide, entre outros, Manoela M. Sylvestre, Constantino P. Marrengula & Titos O. Quive, *Dinâmica da Sustentabilidade das Finanças Públicas em Moçambique (2000-2016)*; GMD, *Dívida Pública e Privada de Moçambique*, Maputo, 2010; GMD, *Guia de Capacitação para a Percepção dos Desafios do Orçamento do Estado e Monitoria da sua Eficiência e Eficácia*, 2011, Maputo; GMD, *Governança Financeira e Dívida Pública em*

Moçambique, 2017, Maputo; Ossemame, R. (2010). *Quadro de Análise da Sustentabilidade da Dívida dos Países de Baixo Rendimento: o Caso de Moçambique*, 2018. Disponível http://www.iese.ac.mz/lib/publication/livros/economia/I_ESE_EconExt_2.QuaAna.pdf.

³⁹ CORTÊS, Edson, ORRE, Aslak, et. al, *Custos e consequências das Dívidas Ocultas para Moçambique*, Chr. Michelsen Institute, Bergen & Maputo, 2021, pp. 6-8.

⁴⁰ ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz, *A doutrina do mínimo existencial*, Interfaces Científicas - Humanas e Sociais, Aracaju, V.6, N.1, p. 101 – 112, Jun. 2017, p. 110.

actividade dirigida à satisfação das necessidades públicas.

Percebemos que os recursos financeiros do Estado são escassos, principalmente nos países em vias de desenvolvimento, de tal modo que o Estado só está obrigado a efectivar os direitos sociais na medida que for possível, mas, sempre, todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (minimum core of economic and social rights) na ausência do qual o Estado se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. Mais, se concluiu que, o conteúdo do mínimo existencial não deve se restringir a fixação de um catálogo rígido de prestações, pelo que, deve permanecer em aberto, permitindo que em cada época e de acordo com as condições económicas de cada país, se possa garantir o mínimo de cada direito que permita que os cidadãos deste Estado tenham acesso ao mínimo que lhes permita viver de forma decente e digna.

Não poderíamos deixar de salientar, como uma das grandes fragilidades, a ausência de mecanismos legais para responsabilização do obrigado (Estado) por omissão no cumprimento dos direitos da sua obrigação de proporcionar o mínimo das condições necessárias para uma vida com dignidade dos moçambicanos.

Aliada às fragilidades mencionadas, vale recordar que o Estado moçambicano não ractificou o segundo protocolo facultativo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que concede aos indivíduos partes dos Estados convencionados, de forma individual, a faculdade de peticionarem, no sistema internacional de protecção dos humanos (direitos fundamentais no prisma interno) constantes do Pacto, os seus Estados por violação destes direitos. Este protocolo facultativo vegeta há anos no Executivo e limita as garantias de protecção destes direitos, o que acaba restringindo a sua protecção ao sistema interno.

Outro aspecto concorrente tem que ver, com a pirâmide de repartição do OE, que a nosso ver, coloca em crise a ideia básica e tradicional de

que as finanças públicas visam satisfação do bem-estar colectivo, pois, tal só se alcança com comportamentos positivos do Estado por meio de colocação à disposição do cidadão dos bens e serviços públicos essenciais para uma vida humana com dignidade (direitos sociais). Alcança-se com a distribuição das verbas do OE⁴¹ que a maior preocupação do Estado moçambicano, podemos aqui considerar objectivo principal das finanças públicas, passa, em primeiro lugar, por satisfazer a sua existência, da máquina funcional do Estado. Assim, pela verba destinada às preocupações sociais e prestação de serviços e bens, pode-se concluir que o Estado moçambicano, à semelhança de muitos em via de desenvolvimento alimenta-se da actividade financeira usando a metáfora dos que cumprem necessidades colectivas.

Por último, tendo em conta os critérios avançados pelo Waty, pode-se concluir que o Estado moçambicano não se mostra suficientemente competente para ser classificado como um Estado Cumpridor na vertente de provedor obrigatório do mínimo existencial, pese embora verificar-se melhorias significativas no geral.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALCÂNTARA, Michele Alencar da Cruz. *O papel das finanças públicas na efetivação dos direitos fundamentais*, Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza/CE, 2007. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15691/1/2007_dis_macalcantara.pdf. Acessado no dia 10 de Setembro de 2022.

BEMBE, Miguel Domingos, *Os grandes desafios dos governos africanos para o século XXI*, Revista Angolana de Ciências Sociais, Volume VI, N.º 12, pp. 73-90. Disponível em: file:///C:/Users/Nelson/Downloads/Os_grandes_desafios_dos_governos_african.pdf. Acessado no dia 25 de Setembro.

⁴¹ Dos 100% das despesas previstas no Orçamento do Estado (OE), cerca de 40,1%, estão direccionadas às despesas de funcionamento. Ora, estas dispensas (de funcionamento) subdividem-se em: despesas correntes 25,3%; despesas com pessoal, como salários, 13,7 %; despesas relativas aos bens e serviços 4,1 %; as relativas aos encargos e dívidas 4.0%; e as de transferências correntes 3,1%. Nota-se que

as despesas com bens e serviços, que de certa forma são determinantes para o provimento de direitos sociais têm a menor consideração orçamental. Cfr: página 112, do mesmo diploma legal que aprova o Plano Económico e Social e Orçamento do Estado para o ano de 2022.

BOTELHO, Catarina Santos, *40 anos de direitos sociais: uma reflexão sobre o papel dos direitos fundamentais sociais no século XXI*, Revista Julgar, n.º 29, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Nelson/Downloads/JULGAR-36-10-CB.pdf>. Acessado no dia 10 de Setembro de 2022.

BOTELHO, Catarina Santos, *Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social?* Revista da Ordem dos Advogados, Vol. 75, No. 1, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Nelson/Downloads/SSRN-id2911142.pdf>. Acessado no dia 28 de Agosto de 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª Ed. Almedina, Coimbra, 1999.

CENTRO PARA DEMOCRACIA E DESENVOLVIMENTO, *Que preço os moçambicanos estão a pagar pela dívida pública insustentável?* Desenvolvimento Review (DesR) Maputo, 25 de NOVEMBRO, 2019. Disponível em: <https://cddmoz.org/que-preco-os-mocambicanos-estao-a-pagar-pela-divida-publica-insustentavel/>. Acessado no dia 10 de Setembro de 2022.

CHIPANGA, António Salomão. *Manual: Lições de Direitos Fundamentais no quadro jurídico-constitucional de Moçambique*. Cidade de Maputo: Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Vol. I, 2011.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*, Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Faculdade de Direito de Alagoas, Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2009. Disponível em: <https://www.repositorio.ufal.br/bitstream/riufal/3899/1/Despesa%20p%20c%20bublica%20estrutura%20fun%20a%20a%20e%20controle%20judicial.pdf>. Acessível no dia 29 de Setembro de 2022.

Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral N.º 3: Artigo 2.º Número 1 (A Natureza Das Obrigações Dos Estados Partes), Quinta Sessão, 1990. Disponível em: <http://dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhp>

<araiba/2/c3.html>. Acessado no dia 30 de Agosto de 2022

Constituição da República de Moçambique de 2004, pontualmente revista e republicada pela Lei n.º 1/2018, de 01 de Junho, BR n.º 115, I Série, 2º Suplemento.

CORTÊS, Edson, ORRE, Aslak, *et. al, Custos e consequências das Dívidas Ocultas para Moçambique*, Chr. Michelsen Institute, Bergen & Maputo, 2021. Disponível em: <https://www.cmi.no/publications/8282-custos-e-consequencias-das-dividas-ocultas-para-mocambique>. Acessado no dia 29 de Setembro de 2022.

Disponível em: <https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2020overviewportuguese.pdf>. Acessado no dia 18 de Setembro de 2022. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/mo%3%A7ambique-assinado-o-acordo-de-paz-definitiva-e-reconcilia%3%A7%C3%A3o-nacional/a-49919241>. Acessado no dia 10 de Setembro de 2022.

Disponível em: <https://www.rfi.fr/pt/africa/20140905-acordo-de-cessacao-das-hostilidades-assinado-em-mocambique>. Acessado no dia 10 de Setembro de 2022.

ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz, *A doutrina do mínimo existencial*, Interfaces Científicas - Humanas e Sociais, Aracaju, V.6, N.1, p. 101 – 112, Jun. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/318612243_A_DOCTRINA_DO_MINIMO_EXISTENCIAL. Acessado no dia 20 de Outubro de 2022.

FONSECA, Cláudia de Oliveira, *A concretização dos direitos sociais: o mínimo existencial e a reserva do possível em face do princípio da dignidade da pessoa humana*, Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas, Vitória da Conquista-BA, n. 14 (especial), p. 39-58, 2013. Disponível em: https://redib.org/Record/oai_articulo2680745-a-concretiza%3%A7%C3%A3o-dos-direitos-sociais-o-m%3ADnimo-existencial-e-a-reserva-do-poss%3ADvel-em-face-do-princ%3ADpio-da-dignidade-da-pessoa-humana. Acessado no dia 26 de Agosto de 2022.

GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Moçambique*, IDiLP, Maputo, 2015.

GUJAMO, Rufino Carlos, *A Transição Democrática e a Manutenção da Paz em Moçambique entre 1992 e 2004*, Tese de Doutoramento, Universidade de Lisboa & ISCTE, 2016. Disponível em:

https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/26319/1/ulsd730210_td_Rufino_Gujamo.pdf.

Acessado no dia 30 de Setembro de 2022.

JANE, Adelino Samuel, *Microcrédito e a pobreza urbana na cidade de Maputo: estudo de caso da SOCREMO*, Dissertação de mestrado, ISCTE, Lisboa, 2011. Disponível em: <https://1library.org/document/q5vwwmrq-microcredito-pobreza-urbana-cidade-maputo-estudo-caso-socrema.html>. Acessado no dia 25 de Setembro de 2022.

JERÓNIMO, P, *et. al* (Coords), *Comentário lusófono à carta africana dos direitos humanos e dos povos*, 2018. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/61267>. Acessado no dia 29 de Agosto de 2022.

Lei n.º 6/2021 de 30 de Dezembro, conjugado com o conteúdo da página 108 do mesmo diploma legal que aprova o Plano Económico e Social e Orçamento do Estado para o ano de 2022, BR, N.º 252, I SÉRIE.

MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco, *A (in)eficácia da tutela dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional em Moçambique*, Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS | v. 24 | n. 47 | Jan./Jun. 2022. p. 119. Disponível em: https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_atual/artigos/artigo07.pdf. Acessado no dia 20 de Setembro de 2022.

MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco, *A jurisdição constitucional em Moçambique*, CEDIPRE Online— 44, Coimbra, Abril de 2022. Disponível em:

https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_44.pdf.

Acessado no dia 02 de Setembro de 2022.

MIRANDA, Jorge, *Os novos paradigmas do Estado social*, Conferência proferida em 28 de Setembro de 2011, em Belo Horizonte, no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Disponível em:

<https://www.icip.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>. Acessado no dia 20 de Agosto de 2022.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 5ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais: Teoria Jurídica Dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, 1.ª ed, Coimbra Editora, 2010, p. 42.

OLIVEIRA, Bárbara Nazareth, *Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste: Teoria e Prática*, 1.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015. Disponível em: file:///C:/Users/Nelson/Downloads/Direitos_Fundamentais_em_Timor_Leste_Teo.pdf. Acessado no dia 29 de Setembro de 2022.

PIERDONÁ, Zélia Luiza, *et. al.*, *Direitos Sociais em Tempos de Crise: vedação ao retrocesso social e moderação judicial*, REVISTA JUSTIÇA DO DIREITO, v. 34, n. 1, p. 57-75, Jan./Abr. 2020. Disponível:

https://pdfs.semanticscholar.org/1b72/c879cae_b62338d97428a72e592d70f90872e.pdf?ga=2.53767980.508788307.1668600305-2008592266.1632916296. Acessado no dia 06 de Setembro de 2022.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível*, **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaMinistro&pagina=CarmenLuciaArtigosRevistas>. Acessado no dia 10 de Outubro de 2022.

SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação*, A&C – R. de Dir. Adm. Const., Belo Horizonte, 2018, n. 74, p. 67-96, out./dez. 2018, p. 76-77. Disponível em:

<https://scaff.adv.br/site/wp-content/uploads/2020/07/Direitos-sociais-reserva-do-poss%C3%ADvel-e-o-m%C3%ADnimo-existencial-a-aporias-do-meio-adequado-de-satisfa%C3%A7%C3%A3o-1.pdf>.

Acessado no dia 05 de Outubro de 2022.

WATY, Teodoro Andrade. Aula ministrada na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, no âmbito do VI Curso de Mestrado em Ciências Jurídico- Económicas no dia 27 de Maio de 2021. Não Publicada.

AS SOLUÇÕES DA LEI DA PROcriAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA, EM ESPECIAL O SEU ART. 15.º, E O DIREITO DA CRIANÇA (CONSTITUCIONALMENTE CONSAGRADO) AO CONHECIMENTO DA SUA ORIGEM GENÉTICA

Cristina Dias¹

INTRODUÇÃO

A Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho - LPMA) sofreu alterações sucessivas nos últimos tempos (v., Leis n.º 59/2007, de 4 de setembro, n.º 17/2016, de 20 de junho, n.º 25/2016, de 22 de agosto, n.º 58/2017, de 25 de julho, n.º 49/2018, de 14 de agosto, n.º 48/2019, de 8 de julho, n.º 72/2021, de 12 de novembro, e n.º 90/2021, de 16 de dezembro - LPMA), desde o alargamento do leque de beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida (PMA) à admissibilidade da gestação de substituição em certos casos e ao reconhecimento do direito ao conhecimento da origem genética.

O Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 225/2018, de 24 de abril, pronunciando-se quanto à constitucionalidade de algumas das normas da LPMA, decidiu “[d]eclarar (...) a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, com o artigo 26.º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa”.

Procuraremos, assim, analisar a LPMA e as suas soluções articuladas com o reconhecimento constitucional do direito ao conhecimento da origem genética. Incidiremos, por isso, a nossa análise em especial sobre o art. 15.º da LPMA na sua mais recente redação.

1. O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 225/2018, DE 24 DE ABRIL, E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA CONFIDENCIALIDADE DA IDENTIFICAÇÃO DO DADOR DE GÂMETAS

O atual art. 15.º (norma que - na redação anterior, dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto - foi objeto de análise quanto à sua inconstitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional, como analisaremos) exige que quem, por alguma forma, tomar conhecimento da identidade de participantes em técnicas de PMA, incluindo as situações de gestação de substituição, está obrigado a manter o sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA (n.º 1). As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, bem como, desde que possuam idade igual ou superior a 18 anos, obter junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida informação sobre a identificação civil do dador (n.º 2). Ademais, as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA, com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, desde que possuam idade igual ou superior a 16 anos, podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento (n.º 3). E, para efeitos do n.º 2, por identificação civil entende-se o nome completo

¹ Professora Catedrática da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação

do dador ou dadora (n.º 4). Ainda, e sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial (n.º 5). Todavia, o assento de nascimento não pode, em caso algum, incluindo nas situações de gestação de substituição, conter indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA (n.º 6).

Na versão anterior, este artigo 15.º dispunha que todos aqueles que, por alguma forma, tomassem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos, ficavam obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA. As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podiam, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes dissessem respeito, excluindo a identificação do dador (n.º 2). Além disso, podiam tais pessoas obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento, junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, exceto se este expressamente o permitisse (n.º 3). Podiam ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial (n.º 4). O assento de nascimento não podia, em caso algum, incluindo nas situações de gestação de substituição, conter indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA (n.º 5 do art. 15.º).

Verificamos, logo aqui, uma evolução entre as duas redações no que aos limites da confidencialidade diz respeito. Tal surge na sequência do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 7 de maio, e que levou à alteração deste art. 15.º pela mão da Lei n.º 48/2019, de 8 de julho.

A procriação medicamente assistida toca várias questões que não são apenas jurídicas e a forma de as solucionar denota um dado posicionamento ético do legislador. Veja-se, por exemplo, as soluções encontradas quanto ao

destino dos embriões excedentários ou quanto à inseminação *post mortem* (v., arts. 22.º e segs.).

Lê-se no relatório do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 as razões da apreciação da inconstitucionalidade de algumas das normas da LPMA¹. Assim, a declaração de inconstitucionalidade decorre de um pedido apresentando por um grupo de trinta Deputados à Assembleia da República, ao abrigo do disposto no art. 281.º, n.º 1, al. a), e n.º 2, al. f), da CRP, que requereu a declaração da inconstitucionalidade, “com força obrigatória geral, dos seguintes preceitos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na redação dada pelas Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto:

a) Artigo 8.º, sob a epígrafe «Gestação de substituição», n.ºs 1 a 12, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição), do dever do Estado de proteção da infância (artigo 69.º, n.º 1, da Constituição), do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição); e, conseqüentemente, «das normas ou de parte das normas» da LPMA que se refiram à gestação de substituição (artigos 2.º, n.º 2, 3.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, 14.º, n.ºs 5 e 6, 15.º, n.ºs 1 e 5, 16.º, n.º 1, 30.º, alínea p), 34.º, 39.º e 44.º, n.º 1, alínea b));

b) Artigo 15.º, sob a epígrafe «Confidencialidade», n.ºs 1 e 4, em conjugação com os artigos 10.º, n.ºs 1 e 2, e 19.º, n.º 1, por violação dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (artigo 26.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição), do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição), do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição);

c) Artigo 20.º, sob a epígrafe «Determinação da parentalidade», n.º 3, por violação dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (artigo 26.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição), do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição), do princípio da igualdade (artigo

¹ O acórdão está publicado em Diário da República (1.ª série, n.º 87, de 7 de maio de 2018) e disponível em

<https://dre.pt/application/conteudo/115226940>, consultado a 7 de setembro de 2022.

13.º da Constituição) e do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição)”.

Consideram, assim, os requerentes “que a considerável abertura à inseminação heteróloga com sémen de dadores, que é levada a cabo pela nova redação dos artigos 10.º e 19.º da Lei da PMA, quando interpretada em conjunto com a norma do artigo 15.º da mesma Lei, que condiciona a obtenção de conhecimento sobre a identidade do dador – por parte de pessoa nascida de PMA – à instauração de processo judicial e à existência de razões ponderosas para a quebra do regime de confidencialidade, têm potencial para violar o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1.º e artigo 67.º, n.º2, alínea e) da Constituição da República Portuguesa; o princípio da igualdade, previsto no art.º 13.º da Constituição da República Portuguesa; o princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa; e, bem assim, o conteúdo fundamental do direito à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, previstos no artigo 26.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa e o direito à identidade genética previsto no n.º 3 dessa mesma disposição constitucional.

Pelas mesmas exatas razões, consideram os signatários que a nova redação do artigo 20.º, n.º 3, da Lei da PMA, na parte em que dispensa a instauração da averiguação oficiosa da paternidade quando apenas houve lugar ao consentimento da pessoa sujeita a PMA, violam igualmente as referidas disposições da Constituição da República Portuguesa.

Consideram ainda os requerentes que a nova redação do artigo 8.º, bem como toda a regulamentação da gestação de substituição que no mesmo é vertida, não salvaguarda adequadamente os direitos da criança e da mulher gestante, admitindo que a mesma é suscetível de violar o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1.º e artigo 67.º, n.º 2, alínea e) da Constituição da República Portuguesa; o princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa; do direito à proteção da infância por parte do Estado, previsto no artigo 69.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa; e, bem assim, do conteúdo fundamental do direito à

identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, previstos no artigo 26.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa e o direito à identidade genética previsto no n.º 3 dessa mesma disposição constitucional”.

Tratando-se de normas constantes do mesmo diploma e de a gestação de substituição pressupor o recurso a técnicas de PMA, considerou o Tribunal Constitucional existir uma conexão entre as normas cuja apreciação da inconstitucionalidade se pretende. Todavia, entendeu o mesmo tribunal efetuar uma apreciação autónoma das três questões em causa: 1) a admissibilidade do direito a constituir família com recurso à gestação de substituição, nos casos em que o projeto de parentalidade não seja concretizável de outro modo em consequência de situações clínicas impeditivas da gravidez; 2) o direito daqueles que nascem em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões de conhecerem a identidade do ou dos dadores e, bem assim, no caso de pessoas nascidas através do recurso à gestação de substituição, de conhecerem a identidade da respetiva gestante; e, 3) a legitimidade da dispensa da instauração da averiguação oficiosa da paternidade relativamente a criança nascida de uma mulher que tenha recorrido, a título individual, ou seja, fora do contexto de um casamento ou de uma união de facto, a técnicas de PMA para engravidar. E a justificação para tal tratamento autónomo das referidas questões, “primariamente fundado na sua própria natureza e nos diferentes grupos de interesses em causa relativamente a cada uma delas, surge reforçada atentas as vicissitudes dos procedimentos legislativos que culminaram na LPMA na versão ora em análise e, outrossim, em virtude de a questão do conhecimento da identidade dos dadores de gâmetas já ter sido objeto de apreciação por parte deste Tribunal, ainda que num contexto jurídico-normativo diferente (cfr., o Acórdão n.º 101/2009, acessível (...) em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>)”.

Como já referimos a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, foi objeto de alterações subsequentes efetuadas, para o que aqui releva, pelas Leis n.º 17/2016, de 20 de junho, e n.º 25/2016, de 22 de

agosto. E é a redação das normas resultante destas alterações legislativas que se questiona².

A Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, alargou o âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA, com o objetivo de garantir o acesso de todas as mulheres à PMA. Para esse efeito, passou a prever-se, no art. 4.º, n.º 3, da LPMA, que as técnicas de PMA podem ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade, e, no art. 6.º, n.º 1, que podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.

Por seu lado, a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, regulou o acesso à gestação de substituição, limitando-o aos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez ou, ainda, em situações clínicas que o justifiquem.

Como pode também ler-se no acórdão em análise, o Tribunal Constitucional apreciou a inconstitucionalidade das normas da LPMA: 1) que admitem o recurso à gestação de substituição e que constam dos n.ºs 1 a 12 do art. 8.º (“e, consequentemente, das normas ou de parte das normas que se refiram à gestação da maternidade de substituição, a saber: arts. 2.º, n.º 2, 3.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, 14.º, n.ºs 5 e 6, 15.º, n.ºs 1 e 5, 16.º, n.º 1, 30.º, al. p), 34.º, 39.º e 44.º, n.º 1, al. b)”); 2) que impedem o direito daqueles que nascem em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões de conhecerem a identidade do ou dos dadores e, bem assim, no caso de pessoas nascidas através do recurso à gestação de substituição, de conhecerem a identidade da respetiva gestante, ou seja, as dos seus arts. 15.º, n.ºs 1 e 4, em conjugação com os arts. 10.º, n.ºs 1 e 2, e 19.º, n.º 1; e, 3) que dispensam a instauração da averiguação oficiosa da paternidade relativamente a criança nascida em

consequência do recurso a técnicas de PMA, nos termos do respetivo art. 20.º, n.º 3.

Não sendo possível, no contexto deste congresso, uma análise detalhada de todas as matérias³, debruçar-nos-emos sobre o direito daqueles que nascem em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões de conhecerem a identidade do ou dos dadores e, bem assim, no caso de pessoas nascidas através do recurso à gestação de substituição, de conhecerem a identidade da respetiva gestante.

Nesse sentido, foi requerido ao Tribunal Constitucional a fiscalização da constitucionalidade das normas dos n.ºs 1 e 4 do art. 15.º da LPMA, em conjugação com os seus arts. 10.º, n.ºs 1 e 2, e 19.º, n.º 1, na medida em que as mesmas não permitiam à pessoa fruto de técnicas de PMA heteróloga ou nascida através do recurso à gestação de substituição o conhecimento da sua ascendência genética e/ou da identidade da mulher que a deu à luz. Repare-se que não se requereu a inconstitucionalidade de toda a norma, apenas dos n.ºs 1 e 4 do art. 15.º (apesar de os n.ºs 2 e 3 também estabelecerem a confidencialidade do dador). Por isso, o tribunal, antes de se pronunciar quanto à inconstitucionalidade de tais normas, advertiu que, resultando de uma eventual declaração de inconstitucionalidade a eliminação da obrigação de sigilo absoluto constante do n.º 1 do art. 15.º, relativamente a quem nasceu em consequência de processos de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição (e, desse modo, afastando também a impossibilidade absoluta de acesso à identidade da gestante de substituição por parte da pessoa nascida com recurso à gestação de substituição), e a consequente eliminação da necessidade de apresentação de “razões ponderosas” para que o interessado pudesse ter acesso à identidade dos dadores, na altura, prevista no n.º 4 daquele preceito, “será conveniente uma intervenção legislativa destinada não apenas a eliminar as contradições sistémicas que podem resultar da combinação da

² Como já referido *supra*, a LPMA foi também alterada pelas Leis n.º 58/2017, de 25 de julho, n.º 49/2018, de 14 de agosto e n.º 48/2019, de 8 de junho. Contudo, para a análise que, neste momento, importa atentamos nas alterações de 2016.

³ Para uma análise mais detalhada de todas as matérias em causa no acórdão do Tribunal Constitucional v., o nosso

texto, em coautoria com Rossana Martingo Cruz, “Avanços e recuos na procriação medicamente assistida e gestação de substituição em Portugal”, in AAVV, *A Constituição por Elas: A Interpretação Constitucional Sob a Ótica das Mulheres*, São Paulo, Editora Uninove, 2021, pp. 1323-1365 (<https://www.uninove.br/biblioteca-ebooks>).

permanência em vigor do artigo 15.º, n.ºs 2 e 3, com os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mas também a regular os termos em que os interessados poderão aceder às informações necessárias ao conhecimento das suas origens”.

A questão da inconstitucionalidade assenta na incompatibilidade da redação de então da lei “com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais à identidade e ao desenvolvimento da personalidade da pessoa nascida através do recurso a técnicas de PMA heteróloga, incluindo nas situações de gestação de substituição”.

O Tribunal Constitucional começou, a este propósito, por apreciar os interesses fundamentais em conflito, ou seja, por um lado, estará o direito da pessoa que nasce por recurso a técnicas de PMA heterólogas, incluindo gestação de substituição, de conhecer a sua origem genética, e, por outro lado, o interesse na manutenção da paz e tranquilidade da família em que essa pessoa se integra, bem como a manutenção do anonimato por parte de quem tenha sido o doador do material genético ou de quem tenha sido a gestante de substituição. “De um lado, invoca-se o interesse dos pais em nada contar. Durante muito tempo, prevaleceu a ideia da necessidade de proteger a intimidade da vida privada e familiar. Além disso, argumenta-se, o anonimato encoraja a doação de gâmetas e é uma garantia para os pais da impossibilidade de o dador reclamar quaisquer direitos sobre o filho biológico. Ademais, a revelação da identidade dos dadores de gâmetas poderia conduzir ao surgimento de relações de paternidade e maternidade despidas de um projeto real de assunção dessas mesmas relações, o que seria uma situação a evitar. Por fim, sustenta-se ainda que a regra do anonimato dos dadores é um elemento essencial para assegurar a existência de dadores e, conseqüentemente, a própria viabilidade da PMA heteróloga.

Do outro lado, defende-se o direito da pessoa a conhecer a sua história e a sua identidade, sendo a origem biológica e genética

uma parte importante dessa mesma identidade. Com a mudança das concepções sociais e uma maior aceitação do recurso aos tratamentos de infertilidade, o interesse dos pais em guardar segredo sobre o recurso à PMA começa, agora, a dar lugar a uma maior atenção aos direitos da pessoa nascida na sequência da utilização de técnicas de PMA. Disso mesmo é exemplo a evolução de várias ordens jurídicas, no sentido de uma progressiva abertura à tutela do direito ao conhecimento das próprias origens, e até ao abandono, por completo, da regra do anonimato dos dadores”.

Depois da devida análise do direito internacional e das soluções de outros ordenamentos jurídicos⁴ e da doutrina e jurisprudência nacionais, concluiu o tribunal no sentido de a confidencialidade prevista no art. 15.º não ser, como está prevista, incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas violar os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética. Analisando a evolução verificada neste contexto, reconhece o tribunal que “de um tempo em que o segredo sobre as origens se considerava justificado e até desejável, passou-se a um quadro concetual que promove a transparência nas relações humanas, incluindo as relações familiares. Por toda a Europa se assiste a um progressivo reconhecimento, em termos amplos, do direito a aceder aos dados sobre a própria origem, incluindo a identidade dos dadores, como decorrência necessária da proteção constitucional conferida ao direito à identidade e à historicidade pessoal.

Assim, é difícil compreender que o legislador português (...) continue a optar por uma solução que se centra nos gâmetas, isoladamente considerados, apagando, por regra, a identidade do dador, e presumindo, sem que para tal se descortine fundamento suficiente, que este rejeitará o reconhecimento do seu papel na criação de vida humana, ou que a assunção da sua existência pode minorar, de alguma forma, o essencialíssimo papel dos pais – pais no plano jurídico e no plano fáctico – da pessoa nascida de

⁴ A questão do anonimato dos dadores e do direito da pessoa que nasce com recurso a técnicas de PMA a conhecer a sua origem genética é controversa e as soluções encontradas nos ordenamentos jurídicos europeus são muito díspares. P. ex., na Alemanha o conhecimento da origem genética é reconhecido como um direito fundamental decorrente da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade

constitucionalmente garantidos. No mesmo sentido, apontam os ordenamentos jurídicos do Reino Unido ou da Suíça, Holanda, Suécia, Noruega, Islândia ou Finlândia (estes últimos aboliram completamente a regra do anonimato dos dadores). Pelo contrário, em Espanha ou em França vigora a regra do anonimato.

PMA com recurso a gâmetas de terceiro”. E estas considerações aplicam-se igualmente para a questão do conhecimento da identidade da gestante de substituição. A “gestação é uma vivência pessoal diferenciadora, pelo que é compreensível a pretensão de conhecer a identidade de quem a suportou, por razões análogas às que fundamentam a pretensão do conhecimento das origens genéticas”.

Reconhece ainda o Tribunal Constitucional que as próprias conceções políticas e sociais nacionais também têm evoluído naquele sentido, sendo de destacar, a esse propósito, “a garantia do acesso ao conhecimento das origens, a solicitação expressa do adotado com idade igual ou superior a 16 anos, consagrada no artigo 6.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro (cfr. também o artigo 1990.º-A do Código Civil, aditado pela referida Lei)”.

Assim, a opção seguida pelo legislador no art. 15.º, n.ºs 1 e 4, da LPMA, de estabelecer como regra, ainda que não absoluta, o anonimato dos dadores, no caso da procriação heteróloga, e, bem assim, o anonimato das gestantes de substituição (e aqui como regra absoluta), merece censura constitucional. “Efetivamente, mal se compreende, hoje, que o regime regra permaneça o do anonimato, que constitui uma afetação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no artigo 26.º, n.º 1, da CRP. Combinando as exigências emanadas do núcleo essencial destes direitos com o padrão imposto pelo princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, e repetidamente mobilizado e explicado por este Tribunal, afigura-se desnecessária tal opção, mesmo no que respeita à salvaguarda de outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente protegidos, que sempre poderão ser tutelados de maneira adequada, através de um regime jurídico que consagre a regra inversa: a possibilidade do anonimato dos dadores e da gestante de substituição apenas – e só – quando haja razões ponderosas para tal, a avaliar casuisticamente”.

Entendeu o Tribunal Constitucional limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade

das normas que analisou, ou seja, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não se aplicam aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida. Na verdade, reconheceu o tribunal que, atendendo ao período decorrido entre a entrada em vigor das alterações ao art. 8.º da LPMA e a apreciação pelo tribunal da constitucionalidade, é possível que se encontrassem já em execução contratos de gestação de substituição. Assim, “no caso de já terem sido iniciados os processos terapêuticos de PMA em execução de contratos de gestação de substituição autorizados pelo CNPMA, é elevada a probabilidade de já existirem gâmetas recolhidos ou embriões formados em vista da concretização de processos concretos de gestação de substituição. É igualmente possível que já tenha ocorrido a transferência uterina de embriões com a consequente gravidez.

Dado o valor intrínseco de todos esses bens, e outrossim o respeito pela saúde e integridade física de quem já foi objeto de atos médicos correspondentes à utilização de técnicas de PMA, justifica-se, por imperativos de segurança jurídica, tendo em conta os valores fundamentais envolvidos, em especial, nos casos em que já exista vida humana extrauterina ou intrauterina, o dever do Estado de proteção da infância, limitar os efeitos da declaração da inconstitucionalidade dos n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da LPMA relativamente a tais contratos e, bem assim, da inconstitucionalidade consequente dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo; assim como, limitar os efeitos da declaração da inconstitucionalidade do n.º 8 desse artigo, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, e, por isso, também da inconstitucionalidade consequente do n.º 7 do citado artigo 8.º”. Repare-se que a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade abrange apenas a problemática da gestação de substituição, não se estendendo à questão da confidencialidade do art. 15.º⁵. Não sabemos, assim, o que acontece com o material genético de dador já recolhido e criopreservado, o que

⁵ Em algumas das declarações de voto de vencido do acórdão em análise alerta-se precisamente para o facto de que a decisão da limitação dos efeitos deveria ter-se estendido à

declaração de inconstitucionalidade do art. 15.º, n.ºs 1 e 4, da LPMA.

inevitavelmente gera uma grande instabilidade e insegurança aos dadores (que doaram material genético numa altura em que vigorava a confidencialidade) e às clínicas que praticam técnicas de PMA. Teria sido conveniente estender a limitação de efeitos também à questão da confidencialidade do dador.

Assim, e a título de resumo, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do art. 15.º da LPMA, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do art. 18.º, n.º 2, com o art. 26.º, n.º 1, ambos da Constituição da República portuguesa (CRP). Determinou ainda, ao abrigo do disposto no art. 282.º, n.º 4, da CRP, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas referidas não se apliquem aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida.

Esta decisão do Tribunal Constitucional foi objeto de várias declarações de voto que podem ler-se no próprio acórdão, mas que não inviabilizam o resultado principal da posição do tribunal, ou seja, todos os juízes do tribunal Constitucional votaram unanimemente a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas dos n.ºs 4, 8, 10 e 11 do art. 8.º da LPMA, e, conseqüentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, o que impossibilita a celebração de negócios de gestação de

substituição nos termos previstos no art. 8.º da LPMA. Na verdade, apenas os n.ºs 1, 5, 6, e 9 (norma de remissão)⁶ não foram objeto de uma declaração de inconstitucionalidade, mas também não têm qualquer aplicação sem as normas declaradas inconstitucionais.

Perante tal declaração de inconstitucionalidade, coube ao legislador efetuar a necessária alteração da lei, adequando a gestação de substituição à decisão do tribunal. Na verdade, não se pôs em causa a admissibilidade da gestação de substituição, mas apenas as concretas soluções jurídicas plasmadas no art. 8.º da LPMA. Foi o que fez a Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, trazendo uma nova redação ao art. 8.º, que, todavia, não analisaremos (sem prejuízo de uma nota final que deixaremos adiante), já que cingimos este estudo ao regime da confidencialidade nas técnicas de PMA e ao art. 15.º da LPMA, que abordaremos no ponto seguinte.

2. O PONTO DA SITUAÇÃO APÓS O IMPASSE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Nº 225/2018: ALGUMAS PALAVRAS SOBRE A LEI N.º 48/2019, DE 8 DE JULHO, E O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 465/2019, DE 18 DE SETEMBRO

Conforme já tivemos oportunidade de explanar, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril, pôs em causa vários aspetos relativos à gestação de substituição. Desde então, já tivemos algumas iniciativas legislativas e jurisprudenciais dignas de nota⁷.

Sobre a problemática referente ao regime de confidencialidade nas técnicas de procriação medicamente assistida, a Lei n.º 48/2019, de 8 de julho, altera o art. 15.º da LPMA como, aliás, já referimos supra.

Este art. 15.º, na sua versão originária, continha uma “orientação mitigada do anonimato do dador”⁸, na medida em que, em regra, impunha o sigilo quanto à identidade dos participantes nos processos de PMA, mas permitia exceções: por razões ponderosas reconhecidas por sentença e para informação

⁶ As normas constantes dos n.ºs 7 e 12 do art. 8.º da LPMA foram também consideradas inconstitucionais, mas tal declaração não foi unânime.

⁷ Não referiremos a alteração legislativa levada a cabo pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, uma vez que esta veio apenas

proceder à eliminação dos institutos da interdição e inabilitação e a sua substituição pelo regime do maior acompanhado.

⁸ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo*, 7.ª ed. Coimbra, Gestlegal, 2020, p. 214.

sobre eventual existência de impedimento matrimonial.

Na redação dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, a alteração deste art. 15.º foi, essencialmente, no sentido de o conformar face à gestação de substituição. Nessa medida, o n.º 1 passava a dispor que: “Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA.” Os n.ºs 2, 3 e 4 (na versão de então) não sofreram alterações e o n.º 5 contemplava que “[o] assento de nascimento não pode, em caso algum, incluindo nas situações de gestação de substituição, conter indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA”.

Como vimos, em 2018, o Tribunal Constitucional decidiu pela inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do n.º 1 e do n.º 4 deste art. 15.º por violação de direitos fundamentais, como a identidade pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade.

Em consequência, surge a redação dada pela Lei n.º 48/2019, de 8 de julho, que, pese embora mantenha o sigilo, sagra agora uma “exceção ampla”⁹ no n.º 2, sem prejuízo das já existentes exceções agora previstas nos n.ºs 3 e 5. Vejamos, de seguida, a atual redação do art. 15.º.

Se alguém, por alguma forma, tomar conhecimento da identidade de participantes em técnicas de PMA, incluindo as situações de gestação de substituição, estará obrigado a manter o sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA (n.º 1). Por sua vez, agora, as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dâdiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, não só obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito (como sucedia anteriormente), mas também, desde que possuam idade igual ou superior a 18 anos, obter junto do Conselho

Nacional de Procriação Medicamente Assistida informação sobre a identificação civil do dador (n.º 2). Por identificação civil entende-se o nome completo do dador ou dadora (n.º 4).

As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA, com recurso a dâdiva de gâmetas ou embriões, desde que possuam idade igual ou superior a 16 anos, podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento (n.º 3). Ainda, e sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial (n.º 5). Todavia, o assento de nascimento não pode, em caso algum, incluindo nas situações de gestação de substituição, conter indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA (n.º 6).

Assim, e ainda que se mantenha, como regra, o sigilo sobre a identidade do dador de gâmetas, o art. 15.º da LPMA reconhece o direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade das crianças que nasçam em consequência do recurso a técnicas de PMA com recurso a dâdiva de gâmetas ou embriões, reconhecido constitucionalmente no art. 26.º da CRP, permitindo que tais pessoas possam, desde que possuam idade igual ou superior a 18 anos, obter junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida informação sobre a identificação civil do dador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos problemas, e o mais relevante, abordado pelo Tribunal Constitucional no acórdão que analisámos é o da (in)admissibilidade da gestação de substituição. Não nos debruçámos sobre o mesmo, mas convém, nesta parte final, deixar umas notas, uma vez que a questão da confidencialidade ou o direito ao conhecimento da origem genética por parte da criança que nasce por recurso a técnicas de PMA poderá também estar em causa em relação à gestante.

A gestação de substituição é proibida na generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus e até em alguns estados dos EUA¹⁰. Essa

⁹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo*, p. 215.

¹⁰ De facto, e ainda que com diferentes modelos legislativos, proibindo expressamente ou não, a gestação de substituição

não é admitida, por exemplo, na Alemanha, Áustria, Espanha, França, Itália, Bulgária, Malta, Noruega, Dinamarca, Finlândia, Suécia, etc. Para uma análise breve de alguns destes ordenamentos jurídicos, v., o acórdão do

proibição não impede, todavia, o recurso à gestação de substituição em países que a admitem e os problemas daí decorrentes, ou seja, o estabelecimento da filiação de uma criança assim gerada. Estará em causa a transcrição do registo de nascimento de uma criança nascida em país que admite a gestação de substituição (como é o caso, por exemplo, da Rússia, da Ucrânia, dos EUA)¹¹ e cuja maternidade e paternidade estão estabelecidas a favor dos beneficiários da gestação de substituição¹².

A abertura dada pelo nosso ordenamento jurídico, na redação da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, no art. 8.º da LPMA, à admissibilidade da gestação de substituição não traduzia nem traduz qualquer aceitação de todos os contratos de gestação de substituição ou o “aluguer de útero”. Na verdade, a sua admissibilidade estava e está restrita a situações excecionais e claramente definidas na lei (e que exigiam uma resposta médica e científica no contexto da PMA).

Ainda antes da declaração de inconstitucionalidade da referida norma, pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, apontámos algumas fragilidades à referida regulamentação¹³. Destacámos o facto de o art. 8.º, n.º 8, da LPMA, remeter para o art. 14.º, quanto aos requisitos do consentimento, determinando que o consentimento prestado para a gestação de substituição, nomeadamente pela gestante de substituição, era livremente revogável até ao início dos processos terapêuticos (n.º 4). O Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, veio referir, no art. 3.º, n.º 3, al. j), que o contrato de gestação de substituição deve prever os termos da revogação do consentimento e as suas consequências, e

acrescentar, no art. 4.º, a possibilidade de revogação das declarações negociais até ao início dos processos terapêuticos de PMA, mas sem prejuízo da possibilidade conferida à gestante de substituição de interromper voluntariamente a gravidez, por sua opção, nas primeiras 10 semanas de gravidez. Daqui podiam decorrer alguns problemas, já que a gestante de substituição que interrompesse a gravidez, ainda que coberta legalmente e, portanto, licitamente, não cumpria o contrato celebrado com o casal beneficiário, pelo que seria importante saber que cláusulas contratuais quanto a esta matéria seriam aceites pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

Um outro problema que poderia surgir, ainda que não específico deste contrato de gestação de substituição, seria o do conhecimento da mãe gestante pelo filho. O art. 15.º da LPMA incluía, como vimos, as situações de gestação de substituição no âmbito do dever de sigilo ou confidencialidade quanto à identidade da gestante, não tendo, assim, o filho possibilidade de conhecer a identidade da sua mãe de gestação (e em qualquer exceção, ao contrário da possibilidade excecional de conhecer a identidade do dador de gâmetas). Reconhecendo o art. 26.º da CRP o direito à identidade pessoal, onde se inclui o conhecimento da origem genética, poderia, também neste domínio da gestação de substituição (como noutros), invocar-se essa garantia constitucional face à confidencialidade prevista no referido art. 15.º da LPMA.

Finalmente, poderia (e pode ainda na nova redação da norma) também problematizar-se o facto de resultar do art. 8.º da LPMA a limitação

Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril, anteriormente citado, e disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/115226940>.

¹¹ Outros países admitem a gestação de substituição mas com algumas restrições quanto aos beneficiários, exigindo que se trate de nacionais ou estrangeiros legalmente residentes no país (é o caso da Índia, do Nepal ou da Tailândia).

¹² Quanto a esta questão os tribunais nacionais de vários países, que proibem a gestação de substituição, têm decisões contraditórias e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem admitido o estabelecimento da filiação quando exista uma relação genética com a criança. O TEDH tem entendido que o não reconhecimento da filiação a favor dos beneficiários implica para a criança um dano intolerável para o seu direito à vida privada. De destacar os casos *Mennesson v. França* (Queixa n.º

65192/11), de 26 de junho de 2014, *Labassee v. França* (Queixa n.º 65941/11), de 26 de junho de 2014, *Foulon v. França* (Queixa n.º 9063/14), de 21 de julho de 2016, e *Bouvet v. França* (Queixa n.º 10410/10), de 21 de julho de 2016. Para um resumo quanto a esta questão e ao posicionamento de alguns ordenamentos jurídicos, v., o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril, anteriormente citado, e disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/115226940>.

¹³ V., CRISTINA DIAS, “Gestação de substituição – breves notas sobre a sua admissibilidade no ordenamento jurídico português”, *Anuário de Direitos Humanos, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, ebook*, ano 0, dezembro de 2017, pp. 29-44 (disponível em http://www.jusgov.uminho.pt/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_numero_0_2017_iss_n.pdf).

dos beneficiários no acesso à gestação de substituição. Isto é, da redação do art. 8.º da LPMA deduz-se que apenas podem recorrer à gestação de substituição casais (do mesmo ou de diferente sexo), uma vez que se refere a “beneficiários”. Assim, apesar de o art. 6.º da LPMA permitir o acesso a técnicas de procriação medicamente assistida a mulheres sós, estas não poderão recorrer à gestação de substituição, ainda que preenchendo os estritos requisitos da lei, o que poderá configurar uma diferenciação e tratamento discriminatório.

Como vimos, e concluindo, o Tribunal Constitucional veio declarar a inconstitucionalidade de algumas normas da LPMA, em especial, a admissibilidade da gestação de substituição nos termos previstos na então redação do seu art. 8.º, bem como a regra da confidencialidade do dador e da gestante de substituição (regulada no art. 15.º da mesma lei). Em relação a esta última, vimos a evolução legal em conformidade, pela mão da Lei n.º 48/2019, de 8 de julho. Está, assim, reconhecido no atual art. 15.º da LPMA o direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade das crianças que nasçam em consequência do recurso a técnicas de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, permitindo que as mesmas possam, desde que atinjam a idade de 18 anos,

obter junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida informação sobre a identificação civil do dador. Aguardemos algum tempo para avaliar as repercussões que tal solução trará no recurso a técnicas de PMA heterólogas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

DIAS, Cristina, “Gestação de substituição – breves notas sobre a sua admissibilidade no ordenamento jurídico português”, Anuário de Direitos Humanos, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, ebook, ano 0, dezembro de 2017, pp. 29-44 (disponível em http://www.jusgov.uminho.pt/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_numero_0_2017_issn.pdf).

DIAS, Cristina/CRUZ, Rossana Martingo, “Avanços e recuos na procriação medicamente assistida e gestação de substituição em Portugal”, in AAVV, **A Constituição por Elas: A Interpretação Constitucional Sob a Ótica das Mulheres**, São Paulo, Editora Uninove, 2021, pp. 1323-1365 (<https://www.uninove.br/biblioteca-ebooks>).

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O direito da família contemporâneo**, 7.ª ed. Coimbra, Gestlegal, 2020.

OS DESAFIOS DO HIDROGÊNIO VERDE DISTRIBUIÇÃO E ARMAZENAMENTO, COMO INSTRUMENTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NOS PAÍSES LUSÓFONOS

Gina Vidal Marcílio Pompeu¹
Izadora Barbosa Fernandes Gonçalves²

INTRODUÇÃO

A dependência da energia elétrica é uma das principais características da sociedade, onde o crescente consumo de energia é condição para o desenvolvimento econômico, matriz da geração de riqueza e manutenção de um bem-estar social. Ocorre que, o modelo energético utilizado por vários países não se mostra o mais adequado para um desenvolvimento sustentável, uma vez que ocasiona uma série de problemas ambientais e sociais.

Dessa forma, com foco na sustentabilidade, desde o acordo de Paris celebrado em 2015¹, até a 26ª Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas (COP-26)² ocorrida em 2021, as nações se comprometeram a implementar mudanças sustentáveis como, por exemplo, ampliar a produção de energia renovável sustentável para reduzir as emissões de gases de efeito estufa até a data limite do ano de 2030.

Nesse sentido, a mudança climática é o desafio atual de preocupação socioambiental em evidência, uma vez que houve aumento da temperatura do planeta terra com a queima de combustíveis fósseis. Assim, tendo em foco a diminuição dos impactos dessa atividade, se busca o aumento da utilização de fontes

renováveis limpas, com o objetivo de descarbonizar³ a matriz energética.

Os países lusófonos marcaram presença na COP26⁴, momento em que líderes nacionais registraram que o investimento em energias renováveis limpas é uma das alternativas que podem de fato auxiliar no desenvolvimento sustentável.

Todavia, em algum dos países lusófonos o modelo energético ainda utilizado possui foco na matriz energética voltada para fontes ainda que renováveis, causadoras de impactos ambientais e emissão de gases geradores do efeito estufa, como é o caso da energia hidroelétrica na Angola

¹ <http://lattes.cnpq.br/5158462383888889>

² <http://lattes.cnpq.br/6631069076760016>

¹ O Acordo de Paris é um tratado mundial que possui um único objetivo: reduzir o aquecimento global. Ele foi discutido entre 195 países durante a COP21, em Paris. O compromisso internacional foi aprovado em 12 de dezembro de 2015 e entrou em vigor oficialmente no dia 4 de novembro de 2016. Um tempo recorde para um acordo climático dessa envergadura.

² A maior e mais importante conferência sobre o clima do mundo. Aconteceu na cidade escocesa de Glasgow, e reuniu quase 200 países para acelerar a ação em direção aos objetivos do Acordo de Paris e da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.

³ A chamada descarbonização da matriz energética, consiste na redução da dependência dos combustíveis fósseis emissores de gases de efeito estufa em favor de fontes menos emissoras como solar e eólica.

⁴ Informações da ONU.
<https://news.un.org/pt/story/2021/11/1769052#:~:text=BR&text=Brasil%20anuncia%20subs%C3%ADdios%20para%20redu%C3%A7%C3%A3o,ao%20uso%20de%20energias%20renov%C3%A1veis>.

(56%)⁵, Moçambique (79%)⁶, Brasil (63,02)⁷ e energia proveniente de fontes fósseis em Cabo Verde (79%)⁸ e Portugal (40%)⁹.

Nesse cenário de descarbonização da matriz energética, destacam-se a energia solar, eólica e o hidrogênio verde, que apareceram como opções para auxiliar na redução de carbono. São alternativas vantajosas, porém devem ser analisadas as condições de montagem e de manutenção. O hidrogênio verde apresenta-se com um futuro promissor e potencial de contribuir com mudanças significativas no setor energético, com vantagens relacionadas à tecnologia de produção e utilização.

Assim, considerando o potencial de utilização da energia renovável limpa para a descarbonização da matriz energética, com destaque para a fonte eólica e solar fotovoltaica nos países lusófonos, tem-se que no Brasil, o avanço se da implementação ocorre sobremaneira no Estado do Ceará, em razão da sua localização e espaço geográficos. Verifica-se ser o Brasil (no Ceará), o primeiro país da lusofonia a ter um projeto para a instalação de um HUB de produção de hidrogênio verde (H2V).

Nesse viés, constitui objetivo principal da pesquisa, apresentada neste artigo, compreender o arcabouço jurídico em que se encontra inserida a geração de energia elétrica pela fonte do “Hidrogênio Verde”, notadamente analisando as normas que regulamentam esta fonte de energia, sua transmissão e armazenamento.

A metodologia envolve uma pesquisa interdisciplinar, com orientação epistemológica crítica, documental e bibliográfica. Articula economia, direito ambiental e direito constitucional. Neste trabalho percebe-se que a ausência de legislação específica implica na falta de segurança jurídica para avançar na

implementação da tecnologia do Hidrogênio Verde, em especial no Brasil.

Diante do quesito inovação, por se tratar de uma nova fonte de energia limpa, persiste a ausência de legislação no âmbito dos países lusófonos. Sendo assim, a proposta desse artigo consiste em compreender o arcabouço jurídico em que se encontra inserido a geração de energia elétrica pela fonte do “Hidrogênio Verde”, notadamente analisando as normas que regulamentam esta fonte de energia, sua transmissão e armazenamento.

Tem-se como resultados esperados promover a discussão e a elaboração de legislações adequadas à instalação e manutenção de energias limpas nos países lusófonos, dentre elas, regulamentar a fabricação, utilização, transporte, armazenamento e comercialização do hidrogênio verde em todas as suas formas.

1. ENERGIA RENOVÁVEL

Nesta seção aborda-se a energia renovável limpa e a sua utilidade no Brasil e nos Países Lusófonos, no que condiz sua porcentagem de atuação, com destaque para energia eólica e solar.

A Energia renovável é aquela que se utiliza de recursos naturais disponíveis, a água dos rios (energia hídrica), os diferentes tipos de matéria orgânica (biomassa) e o calor do interior da Terra (energia geotérmica). Trazendo vantagens como menor produção de gases de efeito estufa, podendo ter baixo custo de manutenção e impacto ao solo.

Energia renovável limpa é aquela que produz energia que exclui qualquer tipo de poluição, principalmente por emissão de gases de efeito estufa como o CO₂, causadores das mudanças climáticas. Portanto, as energias

⁵ Informação do portal “Energy Capital & Power”. Plataforma de investimento líder mundial centrada na África para o setor energético. <https://energycapitalpower.com/angola-quer-atingir-60-de-eletrificacao-ate-2025-atraves-de-expansao-das-renovaveis%EF%BF%BC/#:~:text=das%20Renov%C3%A1veis%EF%BF%BC-,Angola%20Quer%20atingir%2060%25%20de%20Elet%C3%A7%C3%A3o%20at%C3%A9%202025,de%20expans%C3%A3o%20das%20Renov%C3%A1veis%EF%BF%BC&text=O%20governo%20angolano%20tem%20reiterado,renov%C3%A1veis%20para%2070%25%20em%202025.>

⁶ Informação de um documento publicado pela associação lusófona de energias renováveis.

https://www.lerenovaveis.org/contents/lerpublication/aler_mar2021_resumo-renovaveis-em-mocambique-2021.pdf

⁷ Informações do portal solar. Maior portal de energia solar do Brasil. <https://www.portalsolar.com.br/fontes-de-energia-alternativas>.

⁸ Informações do portal Dados Mundiais. <https://www.dadosmundiais.com/afrika/cabo-verde/orcamento-energia.php>

⁹ Informações da Associação de energias renováveis. <https://www.apren.pt/pt/energias-renovaveis/producao#:~:text=em%202022,4%20%25%20foam%20de%20origem%20renov%C3%A1vel.>

renováveis limpas, são atualmente as principais apostas para promover o progresso na preservação do meio ambiente, no que condiz a descarbonização da matriz energética.

Nesse sentido, a energia solar é uma fonte alternativa, renovável e sustentável, ou seja, limpa, que não emite gases poluentes e não produz resíduos tóxicos, gerada através da conversão direta da radiação solar em eletricidade. Isto se dá, por meio de um dispositivo conhecido como célula fotovoltaica que atua utilizando o princípio do efeito fotoelétrico ou fotovoltaico (IMHOFF,2007).

Também, destaca-se a energia eólica, como aquela de origem cinética formada nas massas de ar em movimento”. Seu aproveitamento é feito por meio de conversão da energia cinética de translação, em energia cinética de rotação. Para a produção de energia eólica, são utilizadas turbinas também conhecidas como aerogeradores. (BERMANN, 2008).

Com o destaque para essas duas fontes de energia renovável limpa, nos países lusófonos, já existe algumas lideranças positivas e estratégias de implementação de descarbonização da matriz energética, como é o caso de Portugal que já opera com quase 30% de energia eólica¹⁰ e em Cabo Verde pretende-se chegar a 2030 com mais de 50% em utilização de energia renovável¹¹, que atualmente opera com 20%¹².

Nesse sentido, o Brasil também avança para com as fontes renováveis limpas, mais notoriamente na Região Nordeste, onde se destaca o Estado do Ceará, estado com a maior incidência de ventos do Brasil, em face da grande capacidade de geração de energia por fontes eólica e solar. Haja vista a baixa produção de nuvens e forte incidência solar durante todo ano, o Estado do Ceará é conhecido como pioneiro em energia eólica no país¹³.

De acordo com dados da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), as fontes eólicas e solar juntas representam 58% da matriz local do Estado do Ceará, ou seja, mais da metade da

energia produzida no Ceará é de fontes renováveis limpas, possuindo destaque para a energia eólica que é responsável pela produção de 48,32%.

Assim, por sua capacidade de geração de energia limpa em escala considerável, considerou-se a possibilidade de interligação das fontes eólicas e solar, para implementar o primeiro HUB de Hidrogênio Verde no estado e com isso, atuar na geração, transporte, distribuição e armazenamento dessa nova fonte de energia limpa.

Em agosto de 2021, o governo do estado do Ceará realizou um acordo com a Federação das Indústrias do Estado do Ceará (Fiec) e a Universidade Federal do Ceará (UFC) para a construção de um local para a produção e armazenamento de hidrogênio verde, no Complexo Industrial e Portuário do Pecém. Além disso, houve diversos investimentos empresariais privados, com o objetivo de realizar uma parceria público-privada. (LOPES, 2022).

Em março de 2022, o governo do estado do Ceará continuou avançando nas negociações e informou que já existem 17 protocolos celebrados entre empresas investidoras em hidrogênio verde. Nessa ocasião, houve negociações de empresas que pretendiam instalar parques de energia fotovoltaica no estado voltadas para a produção do hidrogênio verde. (CRUZ, 2022).

Além do Brasil, Portugal está no topo dos países com condições para contribuir com o mercado do Hidrogênio Verde, pois existe a possibilidade de implementar um HUB de hidrogênio verde em Sines, cidade que fica no sudoeste de Portugal, distrito de Setúbal, província do Alentejo, e já possui projetos com a finalidade de fabricar, distribuir e armazenar essa nova fonte de energia.¹⁴

Apesar das vantagens citadas acima, ainda é tênue a investigação e projetos de produção do hidrogênio verde na maioria dos países da Lusofonia. Atualmente o que existe é um estudo e análise da instalação no Brasil, especificamente

¹⁰ Informações da APREN, mencionada anteriormente.

¹¹ ONU. <https://news.un.org/pt/story/2020/09/1727842>

¹² Informações do Sistema de gestão de informação energética de Cabo Verde. <https://www.portalenergia.cv/producaoelctricidade>

¹³ Dados de fevereiro de 2022. <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/negocios/m>

[ais-da-metade-da-energia-produzida-no-ceara-e-de-fontes-renovaveis-veja-grafico-1.3187818](https://www.verdesmares.com.br/ais-da-metade-da-energia-produzida-no-ceara-e-de-fontes-renovaveis-veja-grafico-1.3187818)

¹⁴ Informações do jornal português diário de notícias. <https://www.dn.pt/dinheiro/ha-uma-corrida-aos-fundos-para-produzir-hidrogenio-em-portugal-14999142.html>

no Estado do Ceará, no que condiz a tecnologia para a produção, armazenamento e distribuição.

Assim, para a implementação dessa nova fonte de energia renovável limpa, se questiona a carência de arcabouço legal nos países da lusofonia, em especial no Brasil, para que se possa avançar na produção, distribuição e armazenamento a fim de assegurar a sua prática.

2. DO HIDROGÊNIO VERDE

Nesta seção, estuda-se a origem, desenvolvimento e razões de defesa da utilização do hidrogênio verde. O termo “verde” é dado por ser fabricado com a utilização de fontes elétricas provenientes de energia renovável limpa, que podem ser solar ou eólica, livre de emissões de gases poluentes, elaborado por meio de um processo químico conhecido como eletrólise.

De acordo com os dados informados pela empresa Iberdrola¹⁵, o hidrogênio é o elemento químico que mais existe na natureza e é 100% sustentável, armazenável, versátil, transportável e o hidrogênio verde já é uma realidade em países como Estados Unidos, Rússia, China, França e Alemanha, utilizado como combustível.

O hidrogênio verde necessita de uma infraestrutura específica para sua produção, armazenamento e transporte. Dito isso, segundo o portal do hidrogênio verde (2021), que explica toda a cadeia de produção, é necessário um parque com a disponibilidade de energia eólica e/ou fotovoltaica para a sua produção e posteriormente, seu armazenamento.

Após a produção, por questões de logística, o hidrogênio verde deverá ficar armazenado adequadamente no mesmo local, e depois ser considerado o seu transporte. O transporte do hidrogênio pode ser por meio de tubulações ou por meio de navios para outros locais. E pode ser transportado por longas distâncias.

A sua utilidade para substituir outros elementos, em diversas situações, já é uma realidade, como por exemplo para as turbinas de avião, geradores de energia, abastecer carros

elétricos, carregar baterias e pilhas. Diminuindo a descarbonização da matriz energética, de motores e indústrias¹⁶.

Dessa forma, o país mais avançado da lusofonia nas negociações do hidrogênio verde é o Brasil, no qual possui dois pré-contratos e duas dezenas de memorandos de entendimento com o Governo do Estado do Ceará e diversas empresas para este fim, especificamente no segundo maior porto do Nordeste brasileiro, o Complexo Industrial e Portuário do Pecém (CIPP).

3. DOS DESAFIOS PARA INSERÇÃO NA MATRIZ ENERGÉTICA RENOVÁVEL NOS PAÍSES DA LUSOFONIA

Nesta seção, menciona-se quais desafios dificultam para a inserção do hidrogênio verde na matriz energética, pois há questões que precisam ser superadas para que se possa produzir essa nova fonte de energia renovável limpa, nos países lusófonos e em especial no Brasil.

Destaca-se que o cenário mundial é favorável para a implementação do Hidrogênio Verde, uma vez que em 2022, há mais de 200 projetos relacionados a essa demanda em mais de 30 países, de acordo com o Portal do Hidrogênio Verde. No Brasil, em especial no estado do Ceará existem 24 documentos voltados para produção de hidrogênio verde.¹⁷

Um dos desafios é a produção em si. Nem todos os países da lusofonia possuem de imediato um local com espaço geográfico favorável, infraestrutura, acordos de investimento e disponibilidade de fontes de energia renováveis limpas com capacidade de serem utilizadas para este fim.

O Brasil, como mencionado, possui um local determinado para a implementação do hidrogênio verde, o Complexo Industrial e Portuário do Pecém (CIPP), por ser um local com espaço geográfico propício, com disponibilidade de fontes de energia renovável limpa e é um local estratégico para a distribuição, estabelecido no Estado do Ceará.

¹⁵ Iberdrola. Empresa espanhola, com mais de 170 anos de trajetória, o grupo Iberdrola é hoje líder do setor energético global, a primeira geradora eólica e uma das maiores empresas de energia elétrica em valor de mercado do mundo. <https://www.iberdrola.com/quem-somos>

¹⁶ Informações tiradas do Mapeamento do Setor de Hidrogênio Brasileiro, elaborado pela Câmara de Indústria e Comércio Brasil-Alemanha do Rio de Janeiro.

¹⁷ Informações retiradas do portal do Governo do Estado do Ceará. <https://www.ceara.gov.br/2022/10/26/governo-do-ceara-chega-a-24-memorandos-de-entendimento-assinados-sobre-energia-renovavel/#:~:text=O%20Governo%20do%20Cear%C3%A1%20assinou,de%20energia%20renov%C3%A1vel%20do%20pa%C3%ADs.>

Nesse contexto, Correa, Clark e Frias (2021, 369-386) mencionam que considerando o cenário animador para a geração da energia no Brasil e a busca do desenvolvimento sustentável, é necessária a realização do planejamento, para a promoção de uma mudança efetiva na geração de energia elétrica. O planejamento estatal é um instrumento do Direito Econômico por meio do qual o Estado define as políticas econômicas, sociais, tecnológicas, ambientais e energéticas a serem por ele desenvolvidas, possuindo caráter vinculante e direto.

No que corresponde à legislação nos países lusófonos, não há legislação voltada para esse fim específico. Dessa forma, a dificuldade de uma análise mais aprofundada do hidrogênio verde nesses países, se dá com a ausência de marcos regulatórios que são imprescindíveis para a atuação.

No caso do Brasil, em âmbito nacional, existe o Programa Nacional de Hidrogênio (PNH2), criado através do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), publicado em setembro de 2022. O programa almeja contribuir para que o país caminhe na rota do desenvolvimento sustentável com o aumento da competitividade e da participação do hidrogênio na matriz energética brasileira, tendo em vista sua importância social e ambiental para o desenvolvimento.¹⁸

O programa foi regulamentado através da Resolução Normativa nº 6, de 23 de junho de 2022, aprovada em 3 de agosto de 2022. A resolução autoriza o programa a criar Câmaras Temáticas para desenvolver assuntos técnicos com enfoque para arcabouço legal e regulatório-normativo, planejamento energético, abertura e crescimento do mercado e competitividade e cooperação internacional.

Também se possui um projeto de lei de nº 725, de 2022, em trâmite no Senado Federal, de autoria do Senador Jean Paul Prates (PT/RN), para disciplinar a inserção do hidrogênio como fonte de energia no Brasil, e estabelecer parâmetros de incentivo ao uso do hidrogênio sustentável, que se justifica pela busca de geração de energia para fontes menos poluentes, como forma de tentativa de auxílio para descarbonização dos combustíveis automotores.

Em âmbito estadual, existe a resolução da Superintendência Estadual do Meio Ambiente, nº 3 de 10 de fevereiro de 2022, publicada em 14 de fevereiro de 2022. Trata-se da resolução sobre os procedimentos, critérios e parâmetros aplicáveis ao licenciamento ambiental no âmbito da Superintendência Estadual do Meio Ambiente - Semace para empreendimentos de produção de hidrogênio verde no Estado do Ceará. (COEMA, 2022).

Com isso, a única legislação aplicável de fato para o hidrogênio verde é voltada para o licenciamento do local para a sua produção, dessa forma, não há ainda legislações a fim de resguardar os direitos e deveres de todos os sujeitos envolvidos na relação produtor e consumidor do hidrogênio verde.

Nesse mesmo pensamento da busca pela preservação, Leff (2001, p. 36-41) destaca a preocupação que os Estados devem ter com a condução do crescimento econômico, no sentido de que pode implicar no aniquilamento das riquezas biológicas e aquecimento do planeta, que é justamente o cenário que se encontra o planeta. O cuidado com a ecologia é essencial à preservação e à qualidade de vida das populações, a partir de uma racionalidade ambiental que permita um desenvolvimento diversificado e atento ao futuro da humanidade.

Assim, neste capítulo, restou evidente a dificuldade da falta de legislação regulatória para a prática do hidrogênio verde, que é imprescindível para segurança jurídica da cadeia de consumo, de acordo com o desenvolvimento sustentável da descarbonização da matriz energética

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após exposição acerca das energias utilizadas, com o modelo energético ainda pouco diversificado, com altos custos para manutenção e utilização, além da busca pela efetivação dos compromissos firmados na Conferência das Nações Unidas sobre a mudança climática (COP26), percebe-se que é necessário continuar a investir na implementação de energias renováveis limpas com a pretensão da descarbonização da matriz energética.

¹⁸ Programa Nacional do Hidrogênio. <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/noticias/mme-apresenta-ao-cnpe-proposta-de-diretrizes-para-o->

programa-nacional-do-hidrogenio-pnh2/HidrognioRelatriodiretrizes.pdf

Um setor energético renovável e limpo é estratégico para o desenvolvimento de um país, então os países citados neste trabalho devem-se aproveitar ao máximo sua capacidade de expansão e investimento alavancando assim, a economia local, realizando esse processo com consciência sustentável, empenhando-se na direção da melhoria socioambiental, com crescimento voltado para a descarbonização da matriz energética.

A solidificação do desenvolvimento tecnológico nos países da lusofonia, com avanço em investimento para ampliar não apenas a renda, mas o desenvolvimento dos países, com o auxílio da utilização do hidrogênio verde, contribuindo para um mundo mais livre de carbono no ar, não poderá avançar sem que a sua segurança jurídica seja garantida com a elaboração de regulamentação específica para este propósito.

A falta de legislações aplicáveis que regulamentam a fabricação, utilização, transporte, armazenamento e comercialização do hidrogênio verde em todas as suas formas, implica na dificuldade de se avançar com segurança jurídica na implementação do projeto existente, e dificulta a utilização dos investimentos já recebidos através dos protocolos de acordos entre o Estado do Ceará e seus investidores, nacionais e internacionais.

Isso resulta na demora na geração de empregos, no capital de giro econômico, na falta de políticas públicas do estado aplicáveis para facilitar pequenos investidores a ingressarem na corrida do hidrogênio verde, pensar-se-á também em falta de avanço em incentivos fiscais em municípios que possam começar a realizar trabalho de campo para estudar maneiras de criação de parques específicos para fabricação do hidrogênio verde.

Dessa maneira, faz-se necessário a elaboração de legislações aplicáveis nos países da lusofonia que tenham interesse nas negociações do Hidrogênio Verde. No caso do Brasil, o Programa Nacional do Hidrogênio não é suficiente para se utilizar como arcabouço jurídico-legal, a fim de assegurar a segurança jurídica e o desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALER, Associação Lusófona de Energias Renováveis. **Renováveis em Moçambique em**

2021. 2021. Disponível em < https://www.lerenovaveis.org/contents/lerpublication/aler_mar2021_resumo-renovaveis-em-mocambique-2021.pdf > Acesso em: 25 de setembro de 2022.

APREN, Associação de energias renováveis. **Balanco da produção de eletricidade de Portugal continental em 2022.** 2022. Disponível em < <https://www.apren.pt/pt/energias-renovaveis/producao#:~:text=em%202022,4%20%25%20foram%20de%20origem%20renov%C3%A1vel.> > Acesso em: 25 de setembro de 2022.

AYUKEGBA, Verner. **Angola Quer Atingir 60% de Eletrificação até 2025 através de expansão das Renováveis.** Energy Capital & Power. 2022. Disponível em < <https://energycapitalpower.com/angola-quer-atingir-60-de-eletrificacao-ate-2025-atraves-de-expansao-das-renovaveis%EF%BF%BC/#:~:text=das%20Renov%C3%A1veis%EF%BF%BC-,Angola%20Quer%20Atingir%2060%25%20de%20Eletrifica%C3%A7%C3%A3o%20at%C3%A9%202025,de%20expans%C3%A3o%20das%20Renov%C3%A1veis%EF%BF%BC&text=O%20governo%20angolano%20tem%20reiterado,renov%C3%A1veis%20para%2070%25%20em%202025.> > Acesso em: 25 de setembro de 2022.

BERMANN, Célio. **Crise ambiental e as energias renováveis.** Revista Ciência e Cultura, v.60, n.3, p.20-29, 2008.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 20 de setembro de 2022.

BRASIL, Ministério de Minas e Energia. **Programa Nacional do Hidrogênio.** 2022. Disponível em < <https://www.gov.br/mme/pt-br/programa-nacional-de-hidrogenio-2013-pnh2> > Acesso em: 26 de setembro de 2022.

BRASIL, Ministério de Minas e Energia. **Resolução nº 6, de 23 de junho de 2022.** 2022. Disponível em < https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/conselhos-e-comites/cnpe/resolucoes-do-cnpe/2022/res_cnpe-6-2022.pdf > Acesso em: 24 de setembro de 2022.

BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei nº 725 de 2022. 2022. Disponível em < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9096609&ts=1649252774766&disposition=inline> > Acesso em: 30 de outubro de 2022.

CEARÁ, Governo do Estado. **Governo do Ceará chega a 24 memorandos de entendimento assinados sobre energia renovável.** Disponível em < <https://www.ceara.gov.br/2022/10/26/governo-do-ceara-chega-a-24-memorandos-de-entendimento-assinados-sobre-energia-renovavel/#:~:text=O%20Governo%20do%20Cear%C3%A1%20assinou,de%20energia%20renov%C3%A1vel%20do%20pa%C3%ADs.> > Acesso em: 01 de novembro de 2022.

CEARÁ, **Resolução COEMA nº 3 de 10/02/2022.** Disponível em < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=427495> > Acesso em: 28 de maio de 2022.

CLARK, G.; CORRÊA, Leonardo Alves; FRIAS, L. S. **Energia Solar e Planejamento Estatal no Brasil: uma análise à luz do Direito Econômico.** RJLB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, v. 03, p. 369-386, 2021.

COELHO, Rute. **Há uma corrida aos fundos para produzir hidrogênio em Portugal.** Diário de Notícias. Lisboa, 07 de julho de 2022. Disponível em < dn.pt/dinheiro/ha-uma-corrída-aos-fundos-para-produzir-hidrogenio-em-portugal-14999142.html > Acesso em: 08 de outubro de 2022.

CRUZ, Joanna. **Hub de H2V: Governo do Ceará assina mais um Memorando de Entendimento para produção de Hidrogênio Verde.** Governo do estado do Ceará. Fortaleza, 17 de março de 2022. Disponível em < <https://www.ceara.gov.br/2022/03/17/hub-de-h2v-governo-do-ceara-assina-mais-um-memorando-de-entendimento-para-producao-de-hidrogenio-verde/> > Acesso em: 20 de maio de 2022.

FORBES, África Lusófona. **Angola inicia produção de hidrogênio verde dentro de três anos.** Disponível em < <https://www.forbesafricalusofona.com/angola-inicia-producao-de-hidrogenio-verde-dentro-de-tres-anos/> > Acesso em: 9 de outubro de 2022.

IBERDROLA. **Galán anuncia que a Iberdrola investirá 3 bilhões de euros em hidrogênio verde para acelerar o Pacto Verde Europeu.** Disponível em: < <https://www.iberdrola.com/sala-comunicacao/noticia/detalhe/galan-anuncia-iberdrola-investira-3-bilhoes-hidrogenio-verde-acelerar-pacto-verde-europeu> >. Acesso em: 28 de maio 2022.

IEMA, Instituto de energia e meio ambiente. **Prioridades para a integração das fontes renováveis variáveis no sistema elétrico.** Rio de Janeiro. Janeiro de 2016. Disponível em: < <http://energiaeambiente.org.br/produto/prioridades-para-a-integracao-das-fontes-renovaveis-variaveis-no-sistema-eletrico> > Acesso em 29 de maio de 2022.

IMHOFF, Johninon. **Desenvolvimento de Conversores Estáticos para Sistemas Fotovoltaicos Autônomos.** Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Engenharia Elétrica da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria. 2007. 146 f.

LEFF, Henrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder.** Tradução: Lúcia Mathilde Endlich Orth. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

LOPES, Roseli. **Ceará na vanguarda de solução limpa do hidrogênio verde.** Valor econômico. São Paulo, 29 de abril de 2022. Disponível em < <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2022/04/29/ceara-na-vanguarda-de-solucao-limpa-do-hidrogenio-verde.ghtml> > Acesso em 25 de maio de 2022.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Cabo Verde quer chegar a 2030 com mais de 50% de energia renovável.** 2021. Disponível em < <https://news.un.org/pt/story/2020/09/1727842> > Acesso em: 26 de setembro de 2022.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Especial: Países lusófonos rumo ao combate às alterações do clima.** 2021. Disponível em < <https://news.un.org/pt/story/2021/11/1769052#:~:text=BR&text=Brasil%20anuncia%20subs%C3%ADdios%20para%20redu%C3%A7%C3%A3o,ao%20uso%20de%20energias%20renov%C3%A1veis.> > Acesso em: 25 de setembro de 2022.

SEN, A. **Desenvolvimento como Liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SINTAF, Sindicato dos Fazendários do Ceará. **Nordeste bate recorde em geração de energia renovável.** 2022. Disponível em < <https://www.sintafce.org.br/nordeste-bate-recorde-em-geracao-de-energia-renovavel/> > Acesso em: 26 de setembro de 2022.

SOLAR, portal. **Fontes de Energia Alternativas.** 2020. Disponível em <

<https://www.portalsolar.com.br/fontes-de-energia-alternativas> > Acesso em: 25 de setembro de 2022.

ZAMBAM, Neuro José. **A teoria da justiça de Amartya Sen:** liberdade e desenvolvimento sustentável. 2009. 189 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

A TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO EM MOÇAMBIQUE

Almeida Machava*

INTRODUÇÃO

O sistema de defesa do consumidor é desenhado tendo como premissa principal a fragilidade, formal e material, em que o consumidor se encontra na relação de consumo. É tendo em conta esta ideia base que todo o sistema procura garantir a tutela “eficaz” dos interesses do consumidor, numa estrutura que busca, tradicionalmente, evitar o desequilíbrio económico na esfera jurídica do consumidor.

O quadro normativo que sustenta a defesa do consumidor em Moçambique não se afasta dessa realidade. Com efeito, o sistema moçambicano de protecção do consumidor parte da consagração dos direitos do consumidor como direitos fundamentais, institucionalizados no artigo 92 da Constituição da República de Moçambique. Entretanto, uma das maiores preocupações desse sistema normativo decorre do facto de, não obstante a sua positivação, várias serem as situações que atentam contra não só os interesses económicos do consumidor, mas como também contra a própria pessoa do consumidor, em particular os seus direitos de personalidade, enquanto manifestação da dignidade da pessoa humana.

O presente ensaio analisa o quadro jurídico que forma o sistema de protecção do consumidor em Moçambique buscando os fundamentos para a tutela da dignidade dos consumidores enquanto pessoas, ou seja, procura demonstrar que o desenvolvimento de relações de consumo não pode colocar em causa a dimensão intrínseca do consumidor enquanto pessoa.

Partido da premissa de saber se o princípio da dignidade da pessoa humana aplicável às relações de consumo e que condutas constituem

violação da dignidade do consumidor, o texto procura dar resposta às várias inquietações dos consumidores quanto ao grau de protecção que o sistema normativo instituído lhes confere.

1. RELAÇÕES DE CONSUMO E PRINCÍPIOS ORIENTADORES

A sociabilidade do homem exige que tenha de estabelecer relações com os demais para a sua subsistência, no sentido de suprir as suas necessidades quotidianas. É neste contexto que se integra a relação de consumo, enquanto, numa categoria mais ampla, relação jurídica, ou seja, “uma relação da vida social disciplinada pelo direito mediante atribuição a uma pessoa de um direito subjectivo e a imposição a uma outra pessoa de um dever jurídico ou uma sujeição”¹, na sua acepção restrita.

Tradicionalmente, a relação de consumo é definida em atenção aos seus elementos constitutivos, designadamente os sujeitos e o objecto². Com efeito, quando falamos de relação de consumo reportamo-nos a um vínculo jurídico que se estabelece entre o fornecedor, que, nos termos da Lei de Defesa do Consumidor moçambicana é um empresário comercial, no exercício da sua actividade empresarial, e o consumidor, tido como o destinatário final, que tem por objecto produtos e/ou serviços³. Nesta lógica, a relação de consumo irá assentar num negócio jurídico de Direito privado de natureza contratual, o contrato de consumo, “*que incide sobre uma coisa, um serviço ou um direito destinado a uso não profissional de um dos contraentes*”⁴.

A preocupação do Direito pelas relações de consumo vai além da simples consideração como

*Doutor em Direito, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Eduardo Mondlane, Moçambique.

¹ PINTO, Carlos A. da Mota; *Teoria Geral do Direito Civil*, reimpressão da 4ª edição, Coimbra editora, 2012, pág. 177.

² Neste sentido vide, entre outros, NUNES, Luíz António Rizzato, *Curso de direito do Consumidor*, 8ª. ed. Rev. e actual. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

³ As definições legais de consumidor e fornecedor acham-se previstas no Glossário da Lei de Defesa do consumidor, a Lei nº 22/2009, de 28 de setembro.

⁴ CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 7ª Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2021, p. 71.

relação jurídica, ela assenta, em grande medida, na própria estrutura da relação de consumo, em particular na posição jurídica do consumidor, tradicionalmente apresentado como a parte mais fraca da relação de consumo, que resulta do “desequilíbrio técnico, jurídico e fático existente entre as partes”⁵.

É esta particularidade da relação de consumo que, no Direito moçambicano as bases da regulação das relações de consumo se acham na Lei-mãe, a Constituição da República. Com efeito, o legislador constituinte de 2004 veio consagrar no artigo 92 da Constituição os direitos do consumidor como integrando o catálogo dos Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais.

A constitucionalização do princípio geral de protecção e defesa do consumidor deve ser vista como um mecanismo de, nas palavras de Borges⁶, garantia do cumprimento do objectivo da relação de consumo, ou seja, o fornecimento de bens e serviços pelos produtores e prestadores de serviço e o atendimento das necessidades do consumidor, haja vista o necessário equilíbrio entre este e o fornecedor.

A relação de consumo rege-se por uma série de princípios orientadores, sendo de destacar os seguintes⁷:

O princípio da boa-fé – que traduz a exigência de probidade, lealdade, solidariedade e cooperação entre as partes na relação de consumo. Nesta perspectiva, o princípio da boa-fé vai desempenhar uma função de regra de conduta e de comportamento ético e/ou social, ou seja, vai moldar a forma como cada uma das partes deverá pautar a sua actuação numa relação de consumo. Na sua dimensão objectiva,

a boa-fé irá servir para interpretar o conteúdo da relação de consumo, ao mesmo tempo que limita qualquer actuação abusiva das partes e estabelece padrões de conduta que as partes tenham de seguir no relacionamento entre si⁸.

Ainda que especialmente previsto no conteúdo do direito à protecção dos interesses económicos do consumidor, artigo 11 da Lei de Defesa do consumidor de moçambique, o princípio da boa-fé tem uma aplicabilidade mais ampla, devendo informar a materialização dos demais direitos especiais do consumidor.

Princípio da vulnerabilidade do consumidor – no geral, este é o princípio que sustenta toda a regulação da relação de consumo, na medida em que, conforme referimos acima, terá sido a condição de vulnerabilidade do consumidor a justificar a sua tutela legal em busca do equilíbrio entre as partes na relação. “O princípio da vulnerabilidade do consumidor é o grande alicerce do microsistema, pois suas regras foram construídas com a finalidade de harmonizar as relações de consumo entre fornecedores e consumidores”⁹, devendo, como assevera Francisco Araújo¹⁰, a vulnerabilidade ser vista de forma ampla, já que ela não representa apenas uma escassez financeira, abarca outros factores.

Ainda que não expressamente previsto, o princípio da vulnerabilidade do consumidor informa todo o sistema moçambicano de protecção do consumidor em Moçambique.

É preciso ressaltar aqui a observação feita por Luís Borges¹¹, no sentido de que

Não se pode confundir a vulnerabilidade com a hipossuficiência. Uma vez que a primeira trata-se de um conceito de direito geral e material, enquanto a

⁵ Leonardo de Medeiros Garcia, *apud*, SILVA, Michael César e DOS SANTOS, Wellington Fonseca, *O Direito do Consumidor nas Relações de Consumo Virtuais*, Revista da Faculdade Mineira de Direito, v.12, n. 23, jan./jun. 2011, p. 125. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2012v15n30p119/4669>, último acesso a 16 de outubro de 2022.

⁶ BORGES, Luís Roberto, *A Vulnerabilidade do Consumidor e os Contratos De Relação de Consumo*, Direito da Universidade Marília, 2010, p. 12. Texto disponível em www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp150326.pdf, último acesso em 16 de outubro de 2022.

⁷ Para uma abordagem mais alargada sobre os princípios orientadores da relação de consumo vide, entre outros, BORGES, Luís Roberto, *A Vulnerabilidade do Consumidor e os Contratos De Relação de Consumo*, pp. 38 e seguintes.

⁸ Neste sentido, Leonardo de Medeiros Garcia, *apud*, SILVA, Michael César e DOS SANTOS, Wellington Fonseca, *O Direito do Consumidor nas Relações de Consumo Virtuais*, p. 129.

⁹ José RAGAZZI *apud* BORGES, Luís Roberto, *A Vulnerabilidade do Consumidor e os Contratos De Relação de Consumo*, p. 59.

¹⁰ ARAÚJO, Francisco Gustavo Alves, *A violação da dignidade da pessoa humana à luz das relações consumeristas*, Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 dez 2021, 04:34. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/57948/a-violao-da-dignidade-da-pessoa-humana-luz-das-relaes-consumeristas>. Último acesso em: 17 de outubro de 2022.

¹¹ BORGES, Luís Roberto, *A Vulnerabilidade do Consumidor e os Contratos De Relação de Consumo*, pp. 60-63.

segunda é um conceito particularizado e processual. [Com efeito], o princípio da hipossuficiência decorre desta desvantagem que o consumidor tem frente ao fornecedor, prevista no princípio da vulnerabilidade. O que diferencia é que o hipossuficiente além de ser vulnerável por ser mais fraco, principalmente, tecnicamente em relação ao fornecedor, está mais propenso à má-fé de certos fornecedores por sua falta de informação, instrução e cultura.

O Princípio da Proteção do consumidor – conforme expõe Luís Borges “está ligado umbilicalmente ao princípio da vulnerabilidade do consumidor, pois é em vista de tal posição desfavorável que o Estado deve fornecer meios para que seja feita de forma efetiva a proteção do consumidor”¹², pelo que visa resguardá-lo dos riscos desconhecidos e salvaguardar os seus direitos, principalmente aqueles que se reportam à saúde, integridade física e à vida.

Na verdade, nas relações de consumo prevalecem mais os princípios do que as normas, por decorrentes dos fundamentos do próprio ordenamento positivado. Contudo, releva que a validade e eficácia dos princípios não estará dependente da sua expressão, ou seja, não é necessário que eles estejam expressamente apresentados na lei. Julgamos ser esse o caso do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de consumo e que trataremos dele no ponto seguinte.

2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEU REFLEXO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O princípio da dignidade da pessoa humana é tradicionalmente tratado no domínio do Direito Constitucional. Com efeito, no constitucionalismo moderno em que o reconhecimento dos direitos e liberdades é um valor constitucional, a dignidade da pessoa humana é apresentada como um dos princípios estruturantes do Estado. O legislador constituinte moçambicano não se alheou das dinâmicas

modernas do constitucionalismo e já no Preâmbulo da Constituição estabeleceu que a

Constituição reafirma, desenvolve e aprofunda os princípios fundamentais do Estado moçambicano, consagra o carácter soberano do Estado de Direito Democrático baseado no pluralismo de expressão ... e no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos¹³.

Esta consagração, depois foi concretizada em várias disposições constitucionais¹⁴ que integram a categoria dos princípios fundamentais, embora sem referência expressa à dignidade da pessoa humana.

Uma das preocupações do debate científico sobre o princípio da dignidade da pessoa humana está na precisão do próprio conceito. Com efeito, o que será dignidade da pessoa humana?

A primeira nota é de que desenhar uma definição não é um exercício simples, desde logo por se tratar de um conceito bastante abrangente por se vincular à condição humana e se responsabilizar pela tutela de toda a constelação dos mais variados bens jurídicos¹⁵.

Um traço de abordagem teórica sobre a dignidade da pessoa humana desde a antiguidade, passando por uma abordagem cristã e kantiana apresenta um traço comum de que ela “é um atributo do homem. É algo que do homem faz parte e o torna merecedor de um mínimo de direitos. Um valor que não pode ser trocado por nenhum outro porque não possui equivalentes. Um valor absoluto e interior”¹⁶. É esta perspectiva que, Karl LARENZ quis aflorar quando a apresentou como “a prerrogativa do ser humano de ser respeitado como pessoa, de não ter sua vida, corpo ou saúde prejudicados, e de gozar da sua própria existência”¹⁷.

Porém, para o nosso propósito releva a aproximação de SARLET, no sentido de que a dignidade da pessoa humana será

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo

¹² BORGES, Luís Roberto, *A Vulnerabilidade do Consumidor e os Contratos De Relação de Consumo*, p. 50.

¹³ Vide preâmbulo da Constituição da República de Moçambique de 2004, revista e republicada pela Lei nº 1/2018, de 12 de junho.

¹⁴ São os casos dos Artigos 3, 11, 40 e 41 da Constituição da República de Moçambique.

¹⁵ Nisto ARAÚJO, Francisco Gustavo Alves, *A violação da dignidade da pessoa humana à luz das relações consumeristas*.

¹⁶ SIQUEIRA, Alessandro Marques de. *Dignidade da pessoa humana: uma prerrogativa de todos*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2642, 25 set. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17485>. Último acesso em: 17 de outubro de 2022.

¹⁷ Em <https://jus.com.br/duvidas/7462>, último acesso em 17 de outubro de 2022.

respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer acto de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação activa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida¹⁸.

Disto decorre que, em rigor, a dignidade da pessoa humana é um valor fundamental no qual todos os demais direitos, incluindo os do consumidor, encontram a sua referência legal. Significa isto que a garantia da dignidade da pessoa humana estará vinculada à efectivação dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais perderão o seu sentido de existirem se não for garantida a dignidade dos seus titulares na concretização de cada um deles¹⁹.

A consequência imediata dessa assertiva é de que

a dignidade do ser humano deve ser reconhecida e não atribuída pelo ordenamento jurídico, pois ela é inerente a própria existência humana, seja qual for a situação em que se encontre a pessoa, esta possui uma dignidade inata, ou seja, a condição da espécie ser humano, já lhe atribui a dignidade, não é um conceito jurídico ou legal, é natural²⁰.

Assim, "é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o Ser Humano como tal e dele não pode ser destacado"²¹. O sistema de defesa do consumidor deve assim ser caracterizado como multidisciplinar, em que visando garantir a dignidade nas relações de consumo, engloba normas e princípios de diferentes ramos jurídicos

como é o caso do Direito Constitucional. Com efeito, concordaremos com a tese de que o princípio da dignidade da pessoa humana é um "super princípio", cuja presença não deve ser negada a qualquer que seja a situação jurídica"²², incluindo as situações de consumo.

Não devemos perder de vista que o Direito do consumo surge da necessidade de proteger o sujeito da relação de consumo que se apresenta numa posição de fragilidade, o consumidor. É esta exigência de protecção que elevou os direitos do consumidor à categoria de direitos fundamentais e, por isso, são reconhecidos como direitos elementares ou basilares à ordem constitucional.

Enquanto direitos fundamentais, os direitos dos consumidores integram a Terceira Geração (direitos trans-individuais) pois traduzem ideias de fraternidade e solidariedade, buscando o reconhecimento de novos valores de convivência harmoniosa. Neste sentido, o consumo deve ser visto como um mecanismo de inclusão social, na medida em que a condição de consumidor no mercado traz a cada sujeito a realização da sua liberdade e dignidade e, por isso, a efectividade das normas reguladoras das relações de consumo como factor de inclusão social e como garantia do acesso aos produtos e serviços considerados essenciais à existência digna de todo e qualquer ser humano²³.

Ora, se a dignidade da pessoa humana é um valor em si mesmo, absoluto, conclui-se que nas relações de consumo, o fornecimento de produtos e serviços não pode dar-se em detrimento da dignidade do homem consumidor, sobretudo de seus direitos da personalidade, como o direito à honra, ao bom nome, à intimidade, à integridade

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, *apud* BATISTA, Daniela Ferreira Dias, *O Direito do Consumidor e a Efectivação do Princípio da Dignidade Humana*. Disponível em www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8baf3a74f2ae5c8d, último acesso em 16 de outubro de 2022

¹⁹ Neste sentido, BATISTA, Daniela Ferreira Dias, *O Direito do Consumidor e a Efectivação do Princípio da Dignidade Humana*.

²⁰ BATISTA, Daniela Ferreira Dias, *O Direito do Consumidor e a Efectivação do Princípio da Dignidade Humana*.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**,

apud, SIQUEIRA, Alessandro Marques de. *Dignidade da pessoa humana: uma prerrogativa de todos*.

²² ARAÚJO, Francisco Gustavo Alves, *A violação da dignidade da pessoa humana à luz das relações consumeristas*.

²³ No mesmo sentido MARQUES, Cláudia Lima, Consumo como igualdade e inclusão social: a necessidade de uma lei especial para prevenir e tratar o "superendividamento" dos consumidores pessoas físicas. *Revista Jurídica da Presidência Brasília* v. 13 n. 101 Out. 2011/Jan. 2012 p. 405 a 424, p. 407. DOI: <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2012v13e101-119>

física, psíquica e à imagem, entre outros²⁴, “enquanto manifestações da sua imanente dignidade, logo, numa perspectiva ética e ontológica”²⁵, ou seja, os direitos de personalidade “constituem atributo da própria pessoa e que têm por objecto bens da sua personalidade física, moral e jurídica”^{26,27}.

É esta linha que o legislador moçambicano seguiu quando em 2004 consagrou o princípio geral da protecção do consumidor no artigo 92 da Constituição da República e estabeleceu que “os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”²⁸ e viria a materializar a sua consagração com a aprovação da Lei nº 22/2009, de 28 de setembro, a Lei de Defesa do Consumidor, onde veio prever o regime jurídico de cada um daqueles direitos do consumidor constitucionalmente consagrados.

Desta feita concordamos com a tese de que as regras previstas no sistema normativo do consumo são essenciais para efectivar o princípio da dignidade humana, pois buscam garantir o acesso aos produtos e serviços com qualidade e segurança, principalmente os essenciais, sem colocar a dignidade do consumidor em questão, ou seja, evitando que este seja vítima de práticas ardilosas e fraudulentas por parte dos fornecedores que agem de forma abusiva e com má-fé nas contratações.

Estado a dignidade intrinsecamente ligada à pessoa do consumidor nela estarão sustentados os direitos do consumidor que têm na própria pessoa do consumidor a protecção directa. Nesta categoria irão integrar-se, entre outros, o direito à qualidade dos bens e serviços, e o direito à protecção da vida, saúde e da segurança física,

regulado nos artigos 6 e 7, respectivamente, da Lei de Defesa do Consumidor de Moçambique.

É nesta linha proibitiva que o princípio da dignidade da pessoa humana traça para os sujeitos da relação de consumo que estarão várias situações que se verificam no quotidiano consumerista moçambicano.

Não ignoremos que tudo relacionado com a dignidade humana interage com os direitos da personalidade, cujo catálogo, parafraseando FARIAS e ROSENVALD, não está submetido a um rol taxativo (*numerus clausus*), sendo aberta a sua previsão, a partir da cláusula geral protectora, a dignidade da pessoa humana, daí que a conduta lesiva à dignidade do consumidor reflecte-se em sua personalidade²⁹.

Infelizmente não são raras as situações em que o consumidor se sujeita a uma relação de consumo e passa por uma experiência desagradável, seja no atendimento em um estabelecimento ou ainda em razão da aquisição de um bem ou serviço defeituoso, violando-se aqui o direito à qualidade dos bens. Pensemos na situação em que um consumidor adquire uma peça de roupa e na primeira vez que a usa e sai à rua rasga-se por o material usado ser de péssima qualidade.

Por outro lado, o fornecedor deve conservar a boa conduta em todas as suas relações com o consumidor. Essa exigência encontra base de sustentação na proibição de práticas abusivas, positivada no artigo 29 da LDC, em que o legislador demanda que o fornecedor se abstenha de determinadas condutas. Pensemos por exemplo, na chamada vasculha vexatória a que o consumidor estar habitualmente sujeito nos estabelecimentos comerciais em Moçambique, que a nosso entender atentam contra a dignidade do

²⁴ Neste sentido Fátima Nancy ANDRIGUI, *apud* BATISTA, Daniela Ferreira Dias, *O Direito Do Consumidor E A Efetivação Do Princípio Da Dignidade Humana*.

²⁵ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. I, 5ª Edição revista e actualizada*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, p. 221.

²⁶ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. I, p. 222*.

²⁷ Para algumas notas características dos direitos de personalidade enquanto manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana *vide*, entre outros, FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. I, pp. 220 e seguintes*; PINTO, Carlos A. da Mota; *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 206 e seguintes; CAMBULE, Gil,

Teoria Geral do Direito Civil I, W Editora, Maputo, 2018, pp. 159 e seguintes; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português I: Parte Geral, Tomo III, 2ª edição (revista e actualizada)*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 45 e seguintes.

²⁸ Cfr. nº 1 do artigo 92 da Constituição da República de Moçambique.

²⁹ *Apud* FILHO, Eujcio Coutrim Lima, *Dignidade do consumidor e direitos da personalidade*, in Revista **Consultor Jurídico**, 20 de julho de 2015, disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jul-20/eujcio-coutrim-dignidade-consumidor-direitos-personalidade> último acesso em 18 de outubro de 2022.

consumidor. Da mesma forma que poderá atentar contra a dignidade do consumidor uma prática do fornecedor que “repassar informação depreciativa, referente a acto praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos”³⁰

Conforme referimos anteriormente, o fornecimento de produtos e serviços não pode se dar em detrimento da dignidade do consumidor, sobretudo de seus direitos da personalidade, como o direito à honra, à intimidade, à integridade física, psíquica e à imagem, direitos pessoais constitucionalmente consagrados no artigo 41.

Vale aqui lembrar que a violação desses direitos inerentes ao homem configura um dano moral, entendido como

lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente³¹,

e o legislador moçambicano tratou de lhe reservar a respectiva tutela civil, criminal e administrativamente, e, por isso, deve ser reparado, conforme dispõe o artigo 33 da LDC.

Importa lembrar que a tutela geral civil acha-se nos artigos 70 e seguintes do código civil e a tutela criminal dos direitos de personalidade, enquanto a manifestação imediata da dignidade da pessoa humana encontrar-se-á na instituição de crimes sobre as pessoas como homicídio, ofensa à integridade física, calúnia e difamação³².

Esta tutela dos direitos de personalidade e, por conseguinte, da dignidade da pessoa do consumidor exige, no entanto, que o principal fundamento da protecção do consumidor – a sua vulnerabilidade – seja vista numa perspectiva mais ampla³³, pois só assim se atingirá o pleno das esferas jurídicas do consumidor a proteger, dentro da lógica de tutela geral segundo a qual “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa

ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade”³⁴.

Consubstanciando a violação da dignidade da pessoa do consumidor um dano (moral), conforme referimos, a doutrina geral civilista já lhe atribui tutela em sede da responsabilidade civil, nos termos dos artigos 483 e seguintes do Código Civil. Aliás, a tutela geral dos direitos de personalidade já assim o evidencia no nº 2 do artigo 70 do mesmo Código. É nesta base que a Lei de Defesa do Consumidor também veio consagrar o direito à reparação de danos no artigo 14, onde no seu nº 2 estatui que “o consumidor tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos”, num enquadramento especial que não deverá, em nosso entender, afastar em absoluto o regime geral do artigo 496 do Código Civil.

Segundo Gilberto Correia³⁵,

a responsabilidade civil por danos não patrimoniais, por assegurar essencialmente a defesa da integridade psicossomática da pessoa humana, ..., deverá conservar a responsabilidade subjectiva como seu principal alicerce.

No entanto, tal consideração sofrerá um desvio nas relações de consumo, pela sua natureza, devendo-se assumir a responsabilidade objectiva como regra.

Por outro lado, não se deve perder de vista também a permissão genérica que a tutela geral da personalidade atribui ao consumidor de poder “requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”³⁶ à sua personalidade e que encontra reflexo no artigo 12 da Lei de Defesa do Consumidor, onde se prevê o direito à acção inibitória, sob forma de processo sumário e isenta de custas, alargando-se assim o grau de tutela da pessoa do consumidor.

³⁰ Cfr. alínea f) do número 1 do artigo 29 da Lei de Defesa do Consumidor.

³¹ Neste sentido Filho GALIANO, *apud* ARAÚJO, Francisco Gustavo Alves, *A violação da dignidade da pessoa humana à luz das relações consumeristas*.

³² Vide CAMBULE, Gil, *Teoria Geral do Direito Civil I*, p. 160.

³³ No mesmo sentido ARAÚJO, Francisco Gustavo Alves, *A violação da dignidade da pessoa humana à luz das relações consumeristas*.

³⁴ Cfr. nº 1 do artigo 70 do Código Civil em vigor em Moçambique.

³⁵ CORREIA, Gilberto, *Da Responsabilidade Civil por Danos Não Patrimoniais no ordenamento Jurídico Moçambicano*, Qualitymark Editora, Rio de Janeiro, 2020, p. 85.

³⁶ Cfr. nº 2 do artigo 70 do Código Civil em vigor em Moçambique

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As situações de violação dos direitos de personalidade nas relações de consumo estão directamente associadas à limitação do direito à formação e educação para o consumo, previsto no artigo 8 da LDC e do direito à informação em geral que também assiste ao consumidor nos termos do artigo 9 da LDC, e que fragilizam mais ainda a situação de vulnerabilidade em que o consumidor se encontra.

Nesta componente não se deve ignorar a responsabilidade legal do Estado, ou se quisermos do poder público em geral, enquanto a quem se dirigem os direitos de personalidade dos consumidores e não só, que lhe impõem o dever de adoptar medidas necessárias e adequadas à sua concretização efectiva³⁷, mas também das entidades de promoção e tutela dos direitos do consumidor, nomeadamente as Associações de Consumidores, enquanto parceiros do poder público, nos termos dos artigos 34 e 35 da LDC e o Ministério Público enquanto garante dos interesses individuais e colectivos, nos termos do artigo 37 da LDC e do artigo 4 da Lei nº 1/2022, de 12 de janeiro, Lei Orgânica do Ministério Público e o Estatuto dos Magistrados do Ministério Público.

Em suma, a dignidade da pessoa humana nas relações de consumo não está desprovida de tutela legal por se traduzir no fundamento de toda a preocupação regulatória das relações de consumo, exigindo-se maior acção das entidades que garantem a promoção e tutela dos direitos do consumidor o cumprimento do seu mandato legal para a efectivação dos direitos dos consumidores.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARAÚJO, Francisco Gustavo Alves, *A violação da dignidade da pessoa humana à luz das relações consumeristas*, Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 dez 2021, 04:34. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/57948/a-violao-da-dignidade-da-pessoa-humana-luz-das-relaes-consumeristas>. Último acesso em: 17 de outubro de 2022.

BATISTA, Daniela Ferreira Dias, *O Direito Do Consumidor E A Efetivação Do Princípio Da Dignidade Humana*. Disponível em www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8baf3a

[74f2ae5c8d](#) , último acesso em 16 de outubro de 2022.

BORGES, Luís Roberto, *A Vulnerabilidade do Consumidor e os Contratos De Relação de Consumo*, Direito da Universidade Marília, 2010. Texto disponível em www.dominiopublico.gov.br/download/teste/args/cp150326.pdf , último acesso em 16 de outubro de 2022.

CAMBULE, Gil, *Teoria Geral do Direito Civil I*, W Editora, Maputo, 2018.

CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 7ª Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2021.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português I: Parte Geral, Tomo III, 2ª edição (revista e actualizada)*, Almedina, Coimbra, 2007.

CORREIA, Gilberto, *Da Responsabilidade Civil por Danos Não Patrimoniais no ordenamento Jurídico Moçambicano*, Qualitymark Editora, Rio de Janeiro

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. I, 5ª Edição revista e actualizada*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009.

FILHO, Eujecio Coutrim Lima, *Dignidade do consumidor e direitos da personalidade*, in Revista **Consultor Jurídico**, 20 de julho de 2015, disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jul-20/eujecio-coutrim-dignidade-consumidor-direitos-personalidade> último acesso em 18 de outubro de 2022

MARQUES, Cláudia Lima, *Consumo como igualdade e inclusão social: a necessidade de uma lei especial para prevenir e tratar o “superendividamento” dos consumidores pessoas físicas*. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 13 n. 101 Out. 2011/Jan. 2012 p. 405 a 424. DOI: <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2012v13e101-119>

NUNES, Luíz António Rizzatto, *Curso de direito do Consumidor*, 8ª. ed. Rev. e actual. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO, Carlos A. da Mota; *Teoria Geral do Direito Civil*, reimpressão da 4ª edição, Coimbra editora, 2012.

³⁷ Nisto FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. I, p. 237*.

SILVA, Michael César e DOS SANTOS, Wellington Fonseca, *O Direito do Consumidor nas Relações de Consumo Virtuais*, Revista da Faculdade Mineira de Direito, v.12, n. 23, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2012v15n30p119/4669> , último acesso a 16 de outubro de 2022.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. *Dignidade da pessoa humana: uma prerrogativa de todos*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2642, 25 set. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17485>. Último acesso em: 17 de outubro de 2022.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Marco Carvalho Gonçalves¹

INTRODUÇÃO

À luz dos arts. 10.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, todo o ser humano tem direito a um processo justo e equitativo.

Neste enquadramento, uma das principais manifestações do direito a um processo justo e equitativo traduz-se no princípio da igualdade, sendo que o art. 4.º do Código de Processo Civil Português estatui que o tribunal deve assegurar a igualdade entre as partes ao longo de todo o processo¹. O princípio da igualdade beneficia, aliás, de tutela constitucional, já que, nos termos do art. 13.º da Lei Fundamental Portuguesa, todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

Simplesmente, ao invés do que sucede no processo de declaração, no qual o princípio da igualdade das partes assume uma feição tendencialmente absoluta, em particular no que concerne ao exercício de faculdades, ao uso de meios de defesa e à aplicação de cominações ou de sanções processuais, no processo de execução assiste-se, pelo contrário, a um claro desequilíbrio entre a posição processual do exequente e a do executado, já que o legislador, partindo de um título executivo, o qual permite presumir a existência de um direito de crédito e o incumprimento da obrigação correlativa, coloca ao serviço do credor todo um conjunto de meios processuais que garantam a rápida tutela do seu direito².

De todo o modo, a satisfação coerciva do direito do credor não pode ser alcançada de forma ilimitada, à revelia dos mais elementares direitos e valores no domínio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o direito processual civil deve prever mecanismos adequados que permitam assegurar a proteção constitucional efetiva do devedor no processo de execução.

Neste contexto, partindo da análise dos principais meios processuais previstos no ordenamento jurídico português, tendentes a garantir a rápida satisfação do direito de crédito do exequente, e do seu confronto com as soluções vigentes nos demais países do Direito Lusófono, designadamente no ordenamento jurídico brasileiro, procuraremos aquilatar se esses mecanismos respeitam adequadamente as exigências jurídico-constitucionais de proteção da dignidade da pessoa humana no âmbito do processo de execução, e, bem assim, se é necessária a implementação de reformas legislativas que permitam garantir o desejável equilíbrio entre a tutela constitucional do direito à propriedade privada e o direito à dignidade da pessoa humana.

1. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENHORA

Diversamente do que sucede no modelo de execução universal e coletiva – de que o processo de insolvência constitui exemplo paradigmático –, em que a totalidade do património do devedor responde pela integralidade dos seus credores e

1 Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigador Integrado do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governança

¹ Cfr., a este respeito, JOAN PICÓ JUNOY, “Los principios constitucionales rectores del proceso civil”, in *Constitucionalización del Proceso Civil*, Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura, 2005, pp. 321 a 323.

² Vide, nesse sentido, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção Executiva Singular*, Lisboa, Lex, 1998, p. 27, J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 208, AUGUSTO TAVARES ROSA MARCACINI, *Estudo Sobre a Efetividade do Processo Civil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2010, pp. 238 e 239, ANTÔNIO PEREIRA GAIO JÚNIOR, *Direito Processual Civil: Cumprimento da Sentença, Processo de Execução, Processo Cautelar e Procedimentos Especiais*, vol. 2, Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2008, pp. 20 e 21, LUIZ GUILHERME DA COSTA WAGNER JUNIOR, *Processo Civil*, 2.ª ed. rev., atual. e ampl., Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2008, p. 397, bem como DANIEL CARNIO COSTA, *Execução no Processo Civil Brasileiro*, Curitiba, Juruá Editora, 2007, p. 22.

das suas dívidas – na execução civil, a penhora encontra-se sujeita ao princípio da proporcionalidade, segundo o qual a mesma deve limitar-se aos bens que sejam necessários e suficientes a garantir o pagamento da dívida exequenda e das despesas previsíveis da execução. Neste particular, a lei de processo civil portuguesa estabelece no seu art. 735.º, n.º 3, que, para o efeito de realização da penhora e sem prejuízo de ulterior liquidação, as despesas previsíveis da execução presumem-se no valor de 20%, 10% e 5% do valor da execução, consoante, respetivamente, este caiba na alçada do tribunal da comarca, a ultrapasse, sem exceder o valor de quatro vezes a alçada do tribunal da Relação, ou seja superior a este último valor³.

Sucede que o Código de Processo Civil Português estabelece diversas exceções a esta regra.

Com efeito, nos termos do art. 751.º, n.º 3, do CPC, ainda que não se adequa, por excesso, ao montante do crédito exequendo, é admissível a penhora de bens imóveis que não sejam a habitação própria permanente do executado, ou de estabelecimento comercial, desde que a penhora de outros bens presumivelmente não permita a satisfação integral do credor no prazo de seis meses.

Por sua vez, à luz do art. 751.º, n.º 4, do CPC, se o bem imóvel for a habitação própria permanente do executado, este só pode ser penhorado:

a) em execução de valor igual ou inferior ao dobro do valor da alçada do tribunal de 1.ª instância, ou seja, até € 10.000,00, se a penhora de outros bens presumivelmente não permitir a satisfação integral do credor no prazo de 30 meses; ou

b) em execução de valor superior ao dobro do valor da alçada do tribunal de 1.ª instância, ou

seja, em execuções cujo valor seja igual ou superior a € 10.000,01, se a penhora de outros bens presumivelmente não permitir a satisfação integral do credor no prazo de 12 meses.

O pensamento legislativo visa, portanto, privilegiar a celeridade da execução e a satisfação do direito de crédito do exequente nos casos em que o património do devedor não permita garantir o pagamento da dívida exequenda num determinado período de tempo.

Muito embora se compreenda essa lógica legislativa, a verdade é que o processo executivo português é, por regra, moroso, razão pela qual nem sempre a execução se extingue, pela satisfação do crédito exequendo, dentro do prazo presumido pelo legislador. Pode, por conseguinte, suceder que a casa de morada de família do executado venha a ser penhorada – ainda que este seja titular de outros bens suscetíveis de garantirem o pagamento da dívida exequenda –, pelo simples facto de, tendo a execução um valor superior a € 10.000,00, a penhora de outros bens não permitir, presumivelmente, a satisfação da dívida exequenda no prazo de 10 meses. Paralelamente, este sistema não deixa de ser altamente penalizador para o executado, na medida em que permite que a sua casa de morada de família seja penhorada, ainda que não exista qualquer garantia de que a quantia exequenda será, efetivamente, satisfeita no prazo de 10 meses.

2. ORDEM DA REALIZAÇÃO DA PENHORA

No que concerne à ordem de realização da penhora, o art. 751.º, n.º 1, do CPC estabelece a regra segundo a qual a penhora deve começar pelos bens cujo valor pecuniário seja de mais fácil realização e se mostrem adequados ao montante do crédito do exequente⁴.

³ Do mesmo modo, no ordenamento jurídico brasileiro, o art. 831.º do Código de Processo Civil estatui que a penhora deve “recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios”.

⁴ Com efeito, o novo Código de Processo Civil de 2013 abandonou o critério do *gradus executionis* que estava previsto no Código de Processo Civil de 1961, cujo art. 834.º, n.º 1, dispunha o seguinte: “1 -Independentemente da ordem pela qual o exequente indicou bens à penhora, do resultado das diligências prévias à penhora e dos bens nomeados à penhora pelo executado, o agente de execução deve efectuar a penhora daqueles bens preferencialmente pela seguinte ordem: a) Penhora de

depósitos bancários; b) Penhora de rendas, abonos, vencimentos, salários ou outros créditos se permitirem, presumivelmente, a satisfação integral do credor no prazo de seis meses; c) Penhora de títulos e valores mobiliários; d) Penhora de bens móveis sujeitos a registo se, presumivelmente, o seu valor for uma vez e meia superior ao custo da sua venda judicial; e) Penhora de quaisquer bens cujo valor pecuniário seja de fácil realização ou se mostre adequado ao montante do crédito do exequente”.

Diversamente, na lei de processo civil brasileira, o art. 835.º estabelece a ordem pela qual devem ser penhorados os bens do executado, sem prejuízo da possibilidade de o juiz alterar essa ordem pela forma que considere mais

De todo o modo, o n.º 2 do citado preceito legal estatui que o agente de execução deve respeitar as indicações do exequente sobre os bens que pretende ver prioritariamente penhorados. No que respeita, portanto, à agressão do património do devedor, prevalece a vontade do exequente, salvo se as indicações por ele dadas violarem normas legais imperativas, ofenderem o princípio da proporcionalidade da penhora ou infringirem, de forma manifesta, a regra da ordem da realização da penhora prevista no art. 751.º, n.º 1, do CPC⁵.

É um facto que o art. 751.º, n.º 5, al. a) do CPC prevê a possibilidade de o executado requerer ao agente de execução, no prazo de oposição à penhora, a substituição dos bens penhorados por outros que assegurem igualmente os fins a execução. Ocorre, porém, que essa substituição só é admissível desde que a ela não se oponha o exequente, pelo que a vontade do executado não é, por si só, suficiente para se operar a substituição dos bens penhorados⁶.

Ora, a circunstância de o agente de execução se encontrar vinculado às indicações dadas pelo exequente quanto à penhora de bens do executado, associada ao facto de o agente de execução ser nomeado pelo exequente (art. 720.º, n.º 1, do CPC) e de este – ainda que se encontre obrigado a expor o respetivo motivo – poder substituir o agente de execução a todo o tempo, colocam em causa a desejável equidade que deve existir no processo executivo, seja porque o executado não beneficia de igual prerrogativa, seja porque o agente de execução acaba por ficar involuntariamente colocado sob a dependência da vontade do exequente.

Observe-se, neste particular, que, à luz do princípio do juiz natural, as partes não têm a possibilidade de escolher o juiz que julgará a causa no âmbito do processo declarativo ou dos incidentes declarativos que sejam deduzidos no processo executivo.

Acresce que, à luz do art. 119.º do Estatuto da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, os agentes de execução, no exercício

das suas funções, “mantêm sempre e em quaisquer circunstâncias a sua independência, devendo agir livres de qualquer pressão, especialmente a que resulte dos seus próprios interesses ou de influências exteriores (...)”.

Será, por isso, importante que a lei de processo civil portuguesa seja revista, no sentido de o agente de execução, tal como sucede com o juiz, ser designado de forma independente e aleatória, assegurando-se, desse modo, que o mesmo não fique dependente da vontade do exequente.

3. IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA, RELATIVA E PARCIAL DE BENS

A lei de processo civil portuguesa consagra, em matéria executiva, o princípio da patrimonialidade, segundo o qual todo o património do devedor, que seja suscetível de penhora, responde pela satisfação das suas dívidas (art. 735.º n.º 1, do CPC).

Todavia, em certas condições, a lei impede ou limita a penhora de determinados bens, mediante a consagração de regimes de impenhorabilidade absoluta, relativa e parcial, nos termos dos arts. 736.º a 738.º.

No que em particular se refere à impenhorabilidade absoluta, a mesma encontra justificação em razões de natureza constitucional, social, humanitária ou religiosa, tal como sucede, nomeadamente, com a impenhorabilidade dos direitos de personalidade, dos objetos destinados ao tratamento de doentes, dos bens afetos ao culto público e dos bens cuja apreensão seria ofensiva dos bons costumes ou suscetível de causar vexame ou humilhação ao executado, atento o seu manifesto diminuto valor venal.

O regime da impenhorabilidade absoluta de bens assume, por conseguinte, particular relevância em matéria de proteção constitucional do executado, já que a satisfação do crédito exequendo não pode ser entendida de forma absoluta ou ilimitada.

Por sua vez, no que concerne à impenhorabilidade relativa, revestem especial destaque as limitações atinentes à

adequada em função das particularidades do caso em concreto.

⁵ Cfr., a este respeito, José Lebre de Freitas, *A Ação Executiva: à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 7.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2017, pp. 275 e 276.

⁶ Já assim não sucede no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto, nos termos do art. 829.º, § 2.º, a penhora deve recair sobre os bens indicados pelo exequente, salvo se outros forem indicados pelo executado e aceitos pelo juiz, mediante demonstração de que a constrição proposta lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente.

impenhorabilidade de bens de pessoas coletivas de utilidade pública, desde que esses bens se encontrem especialmente afetos à prossecução ou à satisfação dessa utilidade pública, à impenhorabilidade de instrumentos de trabalho do executado, bem como à impenhorabilidade dos bens que sejam imprescindíveis à economia doméstica.

Detenhamo-nos, com maior pormenor, nestes dois últimos regimes.

Nos termos do art. 737.º, n.º 2, do CPC, estão isentos de penhora os instrumentos de trabalho e os objetos que sejam indispensáveis ao exercício da atividade ou à formação profissional do executado⁷. Esta isenção é, no entanto, relativa, já que esses bens são suscetíveis de execução coerciva na eventualidade de o executado os indicar voluntariamente à penhora, a execução se destinar ao pagamento do preço da sua aquisição ou do custo da sua reparação, bem como se forem penhorados como elementos corpóreos de um estabelecimento comercial. A isenção de penhora quer dos instrumentos de trabalho, quer dos objetos que sejam indispensáveis ao exercício da atividade profissional do executado, assume especial relevância, na medida em que permite que o executado continue a exercer a sua atividade profissional, assegurando-se, dessa forma, a sua subsistência, bem como do seu agregado familiar.

A verdade, porém, é que a lei de processo civil portuguesa não só não discrimina se este regime é aplicável somente às pessoas singulares ou, pelo contrário, também às pessoas coletivas, nem especifica ou determina o tipo de bens compreendidos na aceção de “instrumentos de trabalho” ou “objetos indispensáveis ao exercício da atividade ou formação profissional do executado”.

Quanto à primeira dessas questões, a jurisprudência nacional tem vindo a entender que este regime não é aplicável às pessoas coletivas, porquanto, atento o princípio da especialidade do fim, previsto no art. 6.º do Código das Sociedades Comerciais, se assim fosse, os bens dessas pessoas nunca seriam passíveis de ser penhorados. Consequentemente, de acordo com este entendimento jurisprudencial, este regime apenas seria aplicável às pessoas singulares.

Simplesmente, este entendimento é suscetível de conduzir a uma aplicação contraditória do Direito perante situações perfeitamente análogas. Basta pensar, a título meramente exemplificativo, na possibilidade de o executado exercer uma pequena atividade de reparação de veículos automóveis, da qual resultam os rendimentos que garantem a sua subsistência, bem como da sua família. Na eventualidade de exercer essa atividade a título individual, enquanto pessoa singular, os equipamentos e as ferramentas que sejam indispensáveis ao exercício dessa atividade serão impenhoráveis, mas o mesmo já não sucederá se o executado se dedicar à exploração dessa atividade, ainda que com a mesma configuração e dimensão, mas por via de uma sociedade comercial, de cariz eminentemente familiar⁸.

Já no que diz respeito à segunda questão *supra* enunciada, atinente à impenhorabilidade de bens que sejam imprescindíveis a qualquer economia doméstica, que se encontrem na casa de habitação efetiva do executado, salvo quando a dívida exequenda tenha por objeto o preço referente à aquisição ou à reparação desses bens, a lei processual civil portuguesa – ao invés do que sucede com outros ordenamentos jurídicos europeus⁹ – não densifica, nem concretiza, o que se entende por “bens imprescindíveis a qualquer

⁷ Do mesmo modo, o art. 833.º, VI, do Código de Processo Civil Brasileiro, estatui que são impenhoráveis “os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado”. Paralelamente, o art. 833.º, VII, do referido preceito legal determina que é impenhorável “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;”.

⁸ A este respeito, importa destacar o regime previsto no art. 833.º, § 3.º, do Código de Processo Civil Brasileiro, o qual determina que a impenhorabilidade dos instrumentos de trabalho inclui os “os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam

vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária”.

⁹ A título meramente exemplificativo, no ordenamento jurídico brasileiro, o art. 833.º do Código de Processo Civil prevê a impenhorabilidade dos “móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida”, bem como dos “vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor”. Por sua vez, no ordenamento jurídico espanhol, o art. 605.º, 1.º, da *Ley de Enjuiciamiento Civil* preceitua que são impenhoráveis o mobiliário e os utensílios domésticos da casa, assim como

economia doméstica”. Essa omissão legislativa é altamente penalizadora para a adequada proteção da dignidade da pessoa humana, porquanto o executado fica dependente do entendimento, necessariamente subjetivo, do agente de execução, sobre a qualidade de “bem imprescindível à economia doméstica”, razão pela qual, perante situações perfeitamente idênticas de executados colocados em iguais circunstâncias, podem ser aplicados diferentes entendimentos sobre a imprescindibilidade de um determinado bem e a sua suscetibilidade de penhora.

Será, por isso, fundamental que o legislador regulamente o conceito de “bens imprescindíveis à economia doméstica”, densificando o conjunto de bens que, segundo um padrão comum ou mediano, permitam garantir a subsistência do executado em condições mínimas de dignidade, por forma a que, perante situações iguais, sejam aplicados entendimentos idênticos em matéria de penhorabilidade ou de impenhorabilidade de bens do devedor.

as roupas do executado e da sua família, em tudo o que não possa ser considerado supérfluo, bem como, em geral, aqueles bens como alimentos, combustível e outros que, na opinião do tribunal, são essenciais para que o executado e os seus dependentes possam atender à sua subsistência com razoável dignidade. Por seu turno, no ordenamento jurídico francês, o art. R 112-2 do Decreto n.º 2012-783, de 30 de maio de 2012, estabelece que são impenhoráveis, salvo se a dívida exequenda respeitar ao pagamento do preço devido pelo seu fabrico ou compra ou a um empréstimo feito por um terceiro para a sua compra, fabrico ou reparação, os seguintes bens: o vestuário do executado, o colchão e os artigos de cama, os objetos e os produtos de higiene pessoal e de limpeza, os géneros alimentares, os utensílios domésticos necessários para a conservação, preparação e consumo de alimentos, os aparelhos necessários ao aquecimento, a mesa e as cadeiras indispensáveis para a tomada das refeições pelo agregado familiar, um móvel para guardar as roupas e um outro para armazenar os objetos domésticos, uma máquina de lavar a roupa, os livros e outros objetos necessários para o executado prosseguir os seus estudos ou a sua formação profissional, os objetos das crianças, os artigos de recordação de caráter pessoal ou familiar, os animais de companhia ou de guarda, os animais destinados à subsistência do executado e os alimentos necessários a esses animais, os instrumentos de trabalhos indispensáveis ao exercício pessoal de uma atividade profissional e um posto telefónico que permita o acesso ao serviço de telefone fixo ou móvel. No ordenamento jurídico italiano, o art. 514.º do *Codice di Procedura Civile* determina que são absolutamente impenhoráveis as

No tocante ao regime dos bens parcialmente impenhoráveis (art. 738.º do CPC), importa salientar, dentro do tema que nos ocupa, a problemática da penhora de rendimentos periódicos auferidos pelo executado que seja pessoa singular.

Com efeito, nos termos do art. 738.º, n.º 1, do CPC, são impenhoráveis dois terços da parte líquida dos vencimentos, salários, prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de qualquer outra regalia social, seguro, indemnização por acidente, renda vitalícia, ou prestações de qualquer natureza que assegurem a subsistência do executado.

Por razões que se prendem com a proteção da dignidade da pessoa humana, o art. 738.º, n.º 3, do CPC estatui que a parte impenhorável das prestações periódicas não pode ser inferior ao montante correspondente a um salário mínimo nacional – nos casos em que o executado não seja titular de outra fonte de rendimento –, nem pode exceder o montante equivalente a três salários mínimos nacionais.

Com efeito, por força da jurisprudência do Tribunal Constitucional, que se pronunciou

roupas, a roupa de cama, as camas, as mesas para consumo de refeições e as respetivas cadeiras, os roupeiros, as cómodas, o frigorífico, o fogão e o forno, ainda que a gás ou elétrico, a máquina de lavar roupa, os utensílios de casa e de cozinha, acompanhados das peças de mobiliário adequadas para os guardar, na medida em que tais bens sejam essenciais para o devedor e para os demais membros do seu agregado familiar. Em todo o caso, tendo nem vista o justo equilíbrio entre a posição do devedor e do credor, ficam excluídos deste regime de impenhorabilidade os móveis, exceto as camas, de valor económico significativo, ainda que do ponto de vista artístico ou da sua antiguidade. No ordenamento alemão, os §§ 811 e 812 ZPO estatui que são impenhoráveis os bens para uso pessoal do executado, em especial as peças de vestuário, os lençóis, as camas e os eletrodomésticos e utensílios de cozinha; os meios necessários para a alimentação, fogo e iluminação para o devedor e sua família pelo período de quatro semanas ou, não existindo esses meios para esse período de tempo e não estando assegurado que esses meios possam ser adquiridos de outra maneira, a quantia pecuniária necessária para a sua aquisição; pequenos animais em número limitado, assim como uma vaca leiteira, ou, de acordo com a escolha do devedor, dois carneiros, duas cabras ou duas ovelhas, quando estes animais sirvam para a alimentação do devedor e/ou da sua família; os objetos que integrem o mobiliário doméstico usual do executado e que se encontrem na sua habitação, quando seja previsível que, mediante a sua liquidação, seja obtido um montante inferior ao respetivo valor.

sucessivamente pela inconstitucionalidade da penhora do rendimento periódico do executado sem que lhe fosse assegurado o mínimo condigno de subsistência¹⁰, o legislador ordinário veio consagrar a regra segundo a qual, na penhora de rendimentos periódicos de que o executado seja titular, deve ser-lhe sempre assegurado um montante líquido correspondente, pelo menos, ao salário mínimo nacional, enquanto garantia mínima da proteção da dignidade da pessoa humana.

Na verdade, muito embora não se possa ignorar que o direito de crédito do credor beneficia igualmente de tutela constitucional, à luz da proteção, pela lei fundamental, da propriedade privada (art. 62.º da Constituição da República Portuguesa), o certo é que, conforme tem vindo a ser pacificamente entendido pelo Tribunal Constitucional, “o legislador não pode deixar de garantir a tutela do valor supremo da dignidade da pessoa humana (...) sacrificando o direito do credor na parte que for absolutamente necessária (...)”¹¹.

Por último, a propósito do regime dos bens parcialmente impenhoráveis, importa atentar nos limites à penhora de depósitos bancários. Com efeito, à luz do art. 738.º, n.º 5, do CPC, na penhora de dinheiro ou de saldo bancário, é impenhorável o valor global correspondente ao salário mínimo nacional. De facto, a consagração deste regime visou salvaguardar a dignidade da pessoa humana do executado, na medida em que este deve dispor de uma quantia pecuniária que, por referência a um padrão mínimo, seja suscetível de garantir a subsistência condigna.

Simplesmente, a lei de processo civil portuguesa apenas garante ao executado a disponibilidade de um montante correspondente a um salário mínimo nacional, o que é suscetível de comprometer a sua subsistência em condições condignas. É o que sucede, por exemplo, na eventualidade de ser penhorada uma conta

poupança de que o executado seja titular. Seria, por isso, importante que se consagrasse um regime semelhante ao que se encontra em vigor no Código de Processo Civil brasileiro, cujo art. 831.º, X, preceitua que é impenhorável a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 salários-mínimos.

4. PROTEÇÃO DA CASA DE MORADA DE FAMÍLIA

Na ordem jurídica portuguesa, a habitação beneficia de tutela constitucional. Com efeito, à luz do art. 65.º da Constituição da República Portuguesa, “[t]odos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar”.

A tutela constitucional do direito à habitação poderia conduzir à conclusão da impenhorabilidade, em sede executiva, do bem imóvel que constituísse a casa de morada de família do executado, face à necessidade de se salvaguardar a proteção da dignidade da pessoa humana, seja no que diz respeito ao executado, seja no que concerne ao seu agregado familiar.

Sucedo, porém, que a lei de processo civil portuguesa não consagra a impenhorabilidade da casa de morada de família, mesmo que o executado seja titular de outros bens que sejam suscetíveis de garantir a satisfação de dívida exequenda. Exatamente por isso, os tribunais superiores têm vindo a entender, de forma pacífica, que não padece de qualquer inconstitucionalidade a penhora de um bem imóvel que constitua a casa de morada de família, na medida em que a tutela constitucional da habitação não significa necessariamente que todas as pessoas beneficiem do direito a ter uma casa própria e permanente¹².

¹⁰ Cfr., entre outros, o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 62/2002, in www.tribunalconstitucional.pt.

¹¹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/99.

¹² Vide, entre outros, o acórdão do Tribunal Constitucional de 24 de novembro de 1999, proc. n.º 155/99, in www.tribunalconstitucional.pt. Cfr., na jurisprudência ordinária, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04 de outubro de 2011, proc. 4867/08.6TBOER-H.L1-7, com o seguinte sumário: “I – O art. 65.º da Constituição da República Portuguesa não obriga o legislador ordinário a estabelecer a impenhorabilidade da casa de morada de

família do executado. II – À luz do Código de Processo Civil vigente, a penhorabilidade do imóvel em causa não é afastada pelo facto de na casa de morada de família residir um dos filhos do executado que sofre de problemas de saúde, nem pela circunstância da habitação ter sido modificada e adaptada em função dessa especial situação. III – Não há base legal que permita proteger o executado/devedor da (legítima) investida patrimonial do credor sobre o imóvel de que é titular, em virtude de nele ter a seu cargo e cuidar de filho deficiente”.

Consequentemente, a penhora de bem imóvel que constitua a casa de morada de família do executado é juridicamente admissível, respeitados que sejam, naturalmente, os limites impostos pelos arts. 735.º, n.º 3, do CPC (princípio da proporcionalidade da penhora) e 751.º, n.º 4, do CPC (penhorabilidade excepcional de bem imóvel que seja a habitação própria e permanente do executado).

De todo o modo, importa salientar que o legislador ordinário procurou consagrar alguns regimes excepcionais de proteção da casa de morada de família, de que daremos, a seguir, evidência:

a) se tiver sido intentada uma ação executiva fundada em sentença, da qual tenha sido interposto recurso com efeito meramente devolutivo, e se tiver sido penhorado um bem imóvel que constitua a casa de morada de família do executado, este pode requerer ao juiz que a venda executiva desse bem fique a aguardar pelo proferimento de uma decisão definitiva no âmbito desse recurso, desde que alegue e demonstre que a venda executiva do bem imóvel na pendência do recurso é suscetível de causar um prejuízo grave e dificilmente reparável (art. 704.º, n.º 4, do CPC)¹³;

b) se o executado tiver deduzido embargos à execução – os quais, em regra, não têm efeito suspensivo – e se o bem penhorado constituir a casa de habitação efetiva do embargante, este pode requerer ao juiz de execução que a venda do bem fique a aguardar pela decisão que vier a ser proferida em 1.ª instância sobre os embargos, desde que, para o efeito, o executado alegue e prove que essa venda é suscetível de lhe causar um prejuízo grave e dificilmente reparável (art. 733.º, n.º 5, do CPC);

c) a casa de morada de família só deve ser penhorada nos casos em que o executado não seja proprietário de outros bens mais facilmente realizáveis em dinheiro e que se mostrem adequados ao montante do crédito exequente (art. 751.º, n.º 1, do CPC);

d) ainda que o seu montante seja superior ao valor da dívida e das custas da execução, a casa de morada de família só pode ser penhorada nos casos em que, sendo o valor da execução igual ou

inferior a € 10.000,00 ou, pelo contrário, superior a € 10.000,00, a penhora de outros bens não permita, respetivamente, a satisfação integral do credor no prazo de 30 meses ou de 12 meses (art. 751.º, n.º 3, do CPC);

e) se for penhorado um bem imóvel que constitua a casa de habitação efetiva do executado, este deve ser constituído fiel depositário desse bem até que se verifique a venda executiva do mesmo [art. 756.º, n.º 1, al. a), do CPC];

f) se o executado for casado e a penhora tiver recaído sobre bem imóvel que constitua a casa de morada de família, o cônjuge do executado deve ser citado para intervir na execução, mesmo que se trate de um bem imóvel próprio do executado e independentemente do regime de bens do casamento [arts. 786.º, n.º 1, al. a), e 787.º do CPC].

Ainda que se reconheça a importância dessas medidas processuais, a verdade é que estas não obstam à penhora e/ou à venda executiva de bem imóvel que constitua a casa de habitação efetiva do executado.

Neste particular, importa recordar que, no âmbito do processo de execução fiscal, o legislador deu um passo importante em direção à tutela efetiva do executado com a aprovação da Lei n.º 13/2016, de 23 de maio, a qual veio impor “restrições à venda executiva de imóvel que seja habitação própria e permanente do executado”. Com efeito, este diploma legal veio alterar os arts. 219.º, n.º 5, e 244.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário, no sentido de que, em caso de penhora de bem imóvel que se destine exclusivamente à habitação própria e permanente do devedor e do seu agregado familiar, quando o mesmo esteja efetivamente afeto a esse fim, não há lugar à realização a venda executiva desse bem, salvo se o executado requerer voluntariamente que se proceda à venda ou se estiver em causa um bem imóvel cujo valor tributável se enquadre, no momento da penhora, na taxa máxima prevista para a aquisição de prédio urbano ou de fração autónoma de prédio urbano destinado exclusivamente a habitação própria e

¹³ Saliente-se, portanto, que, se o executado não requerer a suspensão da venda executiva do bem imóvel que constitua a sua casa de habitação própria e permanente, esse bem pode ser vendido, ainda que, mais tarde, o

recurso interposto pelo executado contra a sentença condenatória objeto de execução provisória venha, em definitivo, a ser julgado procedente.

permanente, em sede de imposto sobre as transmissões onerosas de imóveis¹⁴.

Por outro lado, urge referir que o legislador português afastou-se, nesta sede, das soluções mais protecionistas consagradas em outros ordenamentos jurídicos, de que o ordenamento brasileiro constitui exemplo paradigmático.

Na verdade, a Lei n.º 8.009, de 29/3/1990, consagra a regra da impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, não podendo o mesmo responder por “qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam”. Em todo o caso, o imóvel que constitua a residência do executado pode, excepcionalmente, ser penhorado se a dívida em causa respeitar a um financiamento contraído para a construção ou aquisição do imóvel, a um crédito de alimentos, a um imposto, à execução de uma hipoteca que onere esse imóvel, a uma obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação ou por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indemnização ou perda de bens. Sendo o casal ou a entidade familiar possuidor de vários bens imóveis que sejam utilizados como residência, apenas será impenhorável um único imóvel e o de menor valor. Acresce que, nos termos do art. 1712.º do Código Civil Brasileiro, “[o] bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar”, podendo o mesmo “abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família”, sendo o bem de família constituído com o registo do seu título. À luz do art. 1715.º do mesmo diploma legal, “[o] bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio”.

Neste enquadramento, seria desejável que, sem prejuízo de situações excepcionais, nas quais possa estar expressamente prevista a sua

penhorabilidade – *maxime* os casos em que o crédito exequendo se encontre garantido por uma hipoteca, diga respeito a alimentos ou seja relativo ao preço devido pela construção ou aquisição desse bem –, o legislador consagrasse a regra da impenhorabilidade de bem imóvel que constitua a casa de habitação própria e perante do executado, protegendo-se, por essa via, a dignidade do devedor e do seu agregado familiar, bem como o direito constitucional à habitação.

5. PUBLICITAÇÃO DO RESULTADO DAS DILIGÊNCIAS DE PESQUISA DE BENS E DA LISTAGEM DOS DEVEDORES INADIMPLENTES

Nos termos do art. 749.º do CPC, a realização da penhora deve ser precedida das diligências que o agente de execução reputa de necessárias e adequadas tendo em vista a identificação e a localização de bens penhoráveis do devedor. Neste enquadramento, o referido preceito legal estatui que o agente de execução deve proceder, sempre que necessário, à consulta, nas bases de dados da administração tributária, da segurança social, das conservatórias do registo predial, comercial e automóvel e de outros registos ou arquivos semelhantes, de todas as informações sobre a identificação do executado junto desses serviços e sobre a identificação e a localização dos seus bens.

As diligências de identificação e de localização de bens penhoráveis do executado estão sujeitas a um especial dever de informação e de comunicação – decorrente do princípio da cooperação, ínsito no art. 7.º do CPC –, já que o agente de execução, à luz do art. 754.º do CPC, tem o dever de prestar todos os esclarecimentos que lhe sejam pedidos pelas partes, incumbindo-lhe, em especial, após a realização de cada diligência ou o conhecimento do motivo da frustração da penhora, informar o exequente de todas as diligências efetuadas, bem como dos motivos atinentes à eventual frustração da penhora.

Simplesmente, no que em particular se refere à penhora de depósitos bancários (art. 780.º do CPC), o regime em análise não deixa de ser fortemente violador da reserva da vida

¹⁴ Observe-se, no entanto, que a jurisprudência portuguesa tem vindo a entender de forma pacífica que, sendo o bem imóvel subsequentemente penhorado no âmbito de um processo executivo civil, nada obsta a que, nessa sede, se proceda à venda desse bem, caso em que a Autoridade

Tributária deverá proceder à reclamação do seu crédito na própria execução civil, sob pena de o mesmo não ser satisfeito por via da venda executiva do bem.

privada do executado. É que, frustrando-se a penhora do depósito bancário, da informação prestada ao exequente consta não só a identificação das instituições bancárias em que executado é titular de contas bancárias, como também a indicação de que a causa da frustração da penhora reside na falta ou insuficiência de saldo bancário que seja suscetível de penhora. Ora, ainda que se reconheça que o fim último da ação executiva para pagamento de quantia certa seja o da satisfação do direito de crédito – direito este que goza igualmente de tutela constitucional, no tocante à proteção da propriedade privada –, não se pode deixar de reconhecer que o conhecimento, pelo exequente, das instituições bancárias em que o executado é titular de contas bancárias, bem como se o respetivo saldo é ou não suficiente para que possa ser penhorada alguma quantia pecuniária, não deixa de ser fortemente lesivo da privacidade do executado e nada acrescenta à adequada satisfação do crédito exequendo. Seria, por isso, preferível que, à semelhança do que sucede com o regime previsto no art. 14.º do Regulamento (UE) n.º 655/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15/5/2014 – que estabelece um procedimento de decisão europeia de arresto de contas para facilitar a cobrança transfronteiriça de créditos em matéria civil e comercial – as informações respeitantes à identificação do banco e das contas bancárias do devedor só fossem fornecidas ao tribunal, assegurando-se, desse modo, a adequada “proteção dos dados pessoais do devedor”¹⁵.

¹⁵ § 21 do preâmbulo do Regulamento (UE) n.º 655/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15/5/2014.

¹⁶ De facto, à luz do art. 717.º do CPC, o registo informático de execuções contém o rol das execuções pendentes e, relativamente a cada uma delas, a seguinte informação: a) Identificação do processo de execução; b) Identificação do agente de execução; c) Identificação das partes, nos termos da alínea a) do n.º 1 do art. 724.º; d) Pedido; e) Bens indicados para penhora; f) Bens penhorados; g) Identificação dos créditos reclamados. Para além disso, este registo contém igualmente o rol das execuções findas ou suspensas, mencionando-se, quanto a estas: a) a extinção com pagamento parcial; b) a extinção da execução por não terem sido encontrados bens penhoráveis; c) a declaração de insolvência e a nomeação de um administrador da insolvência, bem como o encerramento do processo de insolvência; d) o arquivamento do processo executivo laboral, por não se terem encontrado bens para penhora; e) a extinção da execução por acordo de pagamento em prestações ou por

Por outro lado, no que concerne à identificação dos devedores inadimplentes, o legislador português optou por criar dois registos públicos em matéria executiva, concretamente o registo informático de execuções (arts. 717.º e 718.º do CPC) e a lista pública de execuções (Portaria n.º 313/2009, de 30 de março).

Estes dois registos têm, simultaneamente, uma finalidade preventiva e uma finalidade coerciva.

A finalidade preventiva traduz-se, fundamentalmente, na publicidade da situação económica deficitária do devedor junto de terceiros que, com ele, pretendam estabelecer relações jurídicas, evitando-se, dessa forma, quer que esses terceiros acabem, também eles, por se tornarem credores (de créditos potencialmente incobráveis) do devedor, quer a propositura de ações executivas inviáveis¹⁶.

Por sua vez, a finalidade coerciva materializa-se na pressão que é colocada sobre o devedor para que este satisfaça a dívida exequenda caso pretenda evitar que o seu nome seja incluído na lista pública de devedores ou conseguir que o seu nome seja retirado dessa lista depois de nela ter sido incluído.

O problema, no entanto, que se coloca prende-se com o acesso a essas bases de dados. Com efeito, diversamente do que sucede com o registo informático de execuções, cujo acesso assume natureza reservada¹⁷, a lista pública de execuções está disponível em acesso aberto na *internet*, “com dados sobre execuções frustradas por inexistência de bens penhoráveis,

acordo global; f) a conversão da penhora em penhor, nos casos previstos no n.º 3 do art. 807.º; g) O cumprimento do acordo de pagamento em prestações ou do acordo global, previstos nos arts. 806.º e 810.º.

¹⁷ Nos termos do art. 718.º, n.º 4, do CPC, a consulta do registo informático de execuções pode ser efetuada por magistrado judicial ou do Ministério Público, por pessoa capaz de exercer o mandato judicial ou agente de execução, pelo titular dos dados, bem, como por quem tenha relação contratual ou pré-contratual com o titular dos dados ou revele outro interesse atendível na consulta, mediante consentimento do titular ou autorização dada pela entidade responsável pela gestão do acesso ao registo.

Por sua vez, de acordo com o art. 56.º da Portaria n.º 282/2013, de 29 de agosto, apenas têm acesso direto ao registo informático de execuções os magistrados judiciais e do Ministério Público, os agentes de execução e as pessoas capazes de exercerem o mandato judicial (*v.g.* advogados, advogados estagiários e solicitadores).

nomeadamente quanto ao executado”¹⁸. Ora, apesar de se compreender que a criação desta lista pública de execuções tenha procurado diminuir a instauração de ações executivas inviáveis e sancionar os devedores inadimplentes, afigura-se, em todo o caso, que a publicidade, em acesso aberto e através da *internet*, da situação de incumprimento do devedor, não deixa de ser fortemente lesiva da sua dignidade pessoal, situação que resulta particularmente agravada pela possibilidade de, sem prejuízo da sua ulterior correção, a lista conter algum erro, insuficiência ou imprecisão.

6. EFEITOS DOS INCIDENTES DE OPOSIÇÃO À EXECUÇÃO E À PENHORA

Nos termos do art. 733.º do CPC, a oposição à execução não suspende, em regra, a execução, ou seja, mesmo que o executado deduza oposição à execução, a mesma não suspende as diligências executivas, nomeadamente a penhora e subsequente venda dos bens penhorados. Outrossim, à luz do n.º 1 do citado preceito legal, os embargos de executado só suspendem a execução se:

a) o embargante prestar caução;

b) tratando-se de execução fundada em documento particular, o embargante tiver impugnado a genuinidade da respetiva assinatura, apresentando documento que constitua princípio de prova, e o juiz entender, ouvido o embargado, que se justifica a suspensão sem prestação de caução;

c) tiver sido impugnada, no âmbito da oposição deduzida, a exigibilidade ou a liquidação da obrigação exequenda e o juiz considerar, ouvido o embargado, que se justifica a suspensão sem prestação de caução;

d) a oposição tiver por fundamento qualquer das situações previstas no art. 696.º, al. e), do CPC.

Constata-se, portanto, que o legislador decidiu privilegiar a celeridade da execução em detrimento da segurança jurídica, na medida em que, sem prejuízo do regime excecional previsto no art. 733.º, n.º 5, do CPC¹⁹, mesmo que os embargos à execução venham a ser julgados procedentes, tal não obsta a que os bens penhorados sejam, entretanto, vendidos²⁰.

Este regime não deixa de ser fortemente penalizador da situação jurídica do executado, sendo suscetível de violar a dignidade da pessoa humana, já que o executado pode ser desapossado do seu património, ainda que a oposição à execução acabe, mais tarde, por ser julgada procedente.

Do mesmo modo, também no que concerne à oposição à penhora, a lei de processo civil estatui que este incidente, em regra, não suspende a execução, salvo se o executado prestar caução (art. 785.º, n.º 3, do CPC). Simplesmente, esta solução legal não se compreende nos casos em que, na execução, já se encontrem penhorados bens que garantam a satisfação da dívida exequenda e das custas da execução.

¹⁸ Com efeito, conforme resulta do preâmbulo da Portaria n.º 313/2009, de 30 de março, “A criação desta lista pública funda-se, por um lado, na necessidade de criar um forte elemento dissuasor do incumprimento de obrigações, factor que tem sido assinalado internacionalmente como uma das condições que pode contribuir para o crescimento da confiança no desempenho da economia portuguesa. Por outro lado, trata-se de evitar, a montante, processos judiciais sem viabilidade e cuja pendência prejudica a tramitação de outros efectivamente necessários para assegurar uma tutela jurisdicional efectiva dos direitos dos cidadãos. Com efeito, a informação constante desta lista pode ser um precioso auxiliar na detecção de situações de incobrabilidade de dívidas e na prevenção de acções judiciais inúteis, nomeadamente através do fornecimento público de elementos sobre as partes contratantes, o que pode contribuir para uma formação mais responsável da decisão de contratar.”.

¹⁹ Com efeito, se o bem penhorado for a casa de habitação efetiva do embargante, o juiz pode, a requerimento daquele, determinar que a venda aguarde a decisão proferida em 1.ª instância sobre os embargos, quando tal venda seja suscetível de causar prejuízo grave e dificilmente reparável.

²⁰ Do mesmo modo, no ordenamento jurídico brasileiro, o art. 525.º, § 6.º, do Código de Processo Civil Brasileiro estatui que “apresentação de impugnação não impede a prática dos atos executivos, inclusive os de expropriação, podendo o juiz, a requerimento do executado e desde que garantido o juízo com penhora, caução ou depósito suficientes, atribuir-lhe efeito suspensivo, se seus fundamentos forem relevantes e se o prosseguimento da execução for manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação”. Em todo o caso, à luz do § 7.º do citado preceito legal, “A concessão de efeito suspensivo a que se refere o § 6º não impedirá a efetivação dos atos de substituição, de reforço ou de redução da penhora e de avaliação dos bens”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que no processo executivo se assista a um desequilíbrio no tocante à posição processual das partes – já que, na ação executiva, o tribunal, partindo de um título executivo, coloca à disposição do credor os meios coercivos que se revelem adequados a garantir a satisfação coerciva do seu direito de crédito –, a verdade é que o legislador deve assegurar o direito a um processo justo e equitativo, norteado pela proteção da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a satisfação do direito de crédito não pode ser obtida em atropelo dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, nem tal pode ser justificado com base na necessidade de se garantir a celeridade da tramitação do processo executivo.

Nessa exata medida, é fundamental que o Código de Processo Civil seja aperfeiçoado e/ou revisto em diversas matérias no âmbito do processo civil executivo, particularmente no que concerne ao regime da admissibilidade da penhora de bem imóvel que constitua a casa de morada de família – ainda que o seu valor seja superior ao da dívida exequenda –, ao regime da subordinação do agente de execução às instruções dadas pelo exequente quanto à penhora de bens do devedor, ao regime da designação do agente de execução, por referência ao princípio do juiz natural, ao regime da penhora dos instrumentos de trabalho e dos objetos que sejam indispensáveis ao exercício da atividade ou formação profissional do executado, ao regime da penhora de bens imprescindíveis à economia doméstica – regulamentando-se esse conceito legal e densificando-se o conjunto de bens que, segundo um padrão médio ou comum, permitam garantir a subsistência do executado em condições mínimas de dignidade –, ao regime da impenhorabilidade parcial, ao regime da publicitação do resultado das diligências de pesquisa de bens e da listagem dos devedores inadimplentes, bem como ao regime dos efeitos dos incidentes de oposição à execução e à penhora.

Com efeito, a revisão ou o aperfeiçoamento dos regimes *supra* referidos será fundamental para se garantir a adequada proteção da dignidade da pessoa humana no processo executivo, sem se descurar, naturalmente, a proteção do direito de crédito de exequente, garantindo-se, assim, o desejável

equilíbrio na tutela desses dois valores constitucionalmente consagrados e protegidos.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ANTÔNIO PEREIRA GAIO JÚNIOR, Direito Processual Civil: Cumprimento da Sentença, Processo de Execução, Processo Cautelar e Procedimentos Especiais, vol. 2, Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2008;

AUGUSTO TAVARES ROSA MARCACINI, Estudo Sobre a Efetividade do Processo Civil, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2010;

DANIEL CARNIO COSTA, Execução no Processo Civil Brasileiro, Curitiba, Juruá Editora, 2007;

J. P. REMÉDIO MARQUES, Ação Declarativa à Luz do Código Revisto, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011;

JOAN PICÓ JUNOY, “Los principios constitucionales rectores del proceso civil”, in Constitucionalización del Proceso Civil, Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura, 2005;

JOSÉ LEBRE DE FREITAS, A Ação Executiva: à Luz do Código de Processo Civil de 2013, 7.^a ed., Coimbra, Gestlegal, 2017;

LUIZ GUILHERME DA COSTA WAGNER JUNIOR, Processo Civil, 2.^a ed. rev., atual. e ampl., Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2008;

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, Ação Executiva Singular, Lisboa, Lex, 1998.

DIREITO À MORADIA DIGNA E A INVISIBILIDADE URBANA DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

Cinthia da Silva Barros¹
Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho²
Danielly Novais do Rêgo³

INTRODUÇÃO

A concretização do mínimo existencial é uma luta que angaria séculos, permeando diversas culturas, países e pensamentos dissonantes ao longo do tempo. No Brasil, após a vigência de um período de obscuridade quanto à proteção aos direitos fundamentais, com a promulgação da Carta Republicana de 1988, a busca pela concretude de uma vida digna ganha uma nova roupagem com a proteção jurídica da dignidade da pessoa humana e as garantias previstas para efetividade do mínimo existencial¹(SILVA, 2019).

No entanto, apesar da proteção jurídica reservada à consecução de uma vida digna, pesquisas e dados governamentais demonstram um número avassalador de brasileiros que vivem em situação de rua, revelando, assim, uma extrema dissonância com a proteção e os valores

fundantes de um Estado Democrático de Direito, do qual o Brasil declara viger.

Considerando que o presente trabalho, propõe-se a analisar o direito à moradia, é necessário frisar que este direito se encontra positivado no caput do art. 6º da Constituição de 1988, como sendo um direito fundamental de natureza prestacional, consagrado após a Emenda Constitucional nº 64/2010.

Assim sendo, o direito humano fundamental à moradia se insere nos chamados direitos sociais de segunda geração ou dimensão. É importante frisar que, o direito à moradia tem por finalidade responder a uma necessidade primária do homem, que é uma condição indispensável para uma vida digna, sendo que a casa é o asilo inviolável do cidadão, base de sua individualidade.

Assim sendo, a justificativa da presente pesquisa é em razão, da necessidade de se discutir a moradia como direito humano,

¹Mestra em Direito pelo Centro Universitário FG – UniFG (2019-2021). Advogada OAB/BA. Diretora Administrativa/Financeira do CIS – Alto Sertão. Foi Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Especialista em Direito Público pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI). Especialização em andamento: Direito Empresarial (Legale), Direito Previdenciário (Legale), Advocacia Extrajudicial (Legale) e em Direito Processual Civil (EPD). Pesquisadora do Andira (UniFG), Cidep (UniFG), Metamorfose Jurídica (UCS). Foi aluna especial do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Caxias do Sul (PPGDIR/UCS). Foi aluna especial do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Foi aluna especial do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF). E-mail: cinthiabarros.advogada@gmail.com.

² Advogado. Pós-Doutor em Direito pela Universidade Nova de Lisboa. Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca. Doutor em Direito Público e Evolução Social pela UNESA/RJ. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UniFG/BA. Coordenador do Centro de Investigação Baiano sobre Direito, Educação e Políticas Públicas vinculado ao PPGD/UniFG/BA. Professor Visitante do PPGD da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Investigador Colaborador do Centro de Investigação Ratio Legis vinculado à UAL.

³ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito pelo Centro Universitário FG. Bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado da Bahia. Foi bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoas de Nível Superior – CAPES. Pesquisadora discente do Grupo de Pesquisa - Fronteiras do Direito Privado e do Grupo de Pesquisa CIDEP. Especialista em Direito Previdenciário e Direito do Trabalho pela UNIFG. Pós Graduanda em Direito Civil, Processual Civil e Empresarial pela Faculdade Legale. Advogada OAB/BA 53.714. E-mail: danielynovais@hotmail.com.

¹SILVA, Jainatan Rocha. Os invisíveis urbanos: o que as pessoas em situação de rua pensam sobre os serviços sociais aos quais têm direito? 107f. 2019. Dissertação (Mestrado em Sociedade, tecnologias e políticas públicas). Centro Universitário Tiradentes (UNIT), 2019.

fundamental, uma vez que o direito à moradia está intrinsecamente ligado ao princípio constitucional da dignidade humana em que não se deve ligar apenas a estrutura física, mas deve contemplar outros aspectos para que possamos definir o conceito de moradia digna. A metodologia aplicada ao trabalho é a bibliográfica, explicativa e documental.

Assim, a presente pesquisa pauta-se em 02 (dois) capítulos, em um primeiro momento apresentar-se-á o (a) inicialmente uma contextualização acerca do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro; num segundo momento abordar-se-á a dignidade da pessoa humana e a necessidade de uma existência digna; por fim, a invisibilidade das pessoas em situação de rua.

1. DIREITO À MORADIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No que diz respeito ao Direito à moradia no ordenamento jurídico, é necessário compreender que a propriedade pode ser sobre um bem móvel ou imóvel. Neste caminho, a definição de moradia seria um bem imóvel, deste modo, uma moradia significa ter uma propriedade imóvel².

Nestes termos, Melo³ sustenta que:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconhece o direito à moradia em seu art. 25, item 1: "Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle." O direito à habitação ou moradia se reiterou em termos praticamente coincidentes no art. 11, item 1, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Porém, o documento base para o Direito à Cidade, indubitavelmente, é a Carta Mundial do Direito à

Cidade cuja redação vem sendo discutida e construída desde 2004 (Fóruns Social das Américas - Quito e Mundial Urbano - Barcelona) e 2005 (V Fórum Social Mundial - Porto Alegre).

Com vista nisso, notadamente ao surgimento da propriedade, é preciso compreender que a moradia se relaciona com a fixação do indivíduo em um determinado local, que visa a facilitação da manutenção da vida, possibilitando assim, a proteção ao homem⁴.

No que concerne ao termo moradia, é imprescindível que esta venha acompanhado do conceito de dignidade, assim não basta apenas que haja um local para habitar, mas é necessário o lugar detenha condições mínimas que visem o respeito à dignidade da pessoa humana, partindo disso, a moradia adequada tem que assegurar as diversas necessidades naturais e sociais dos seus habitantes⁵.

Ressaltam Barros, Viana e Clemente⁶, que

A concentração urbana faz com que o cidadão busque alcançar melhores condições de vida e reduza as desigualdades sociais históricas do país, o que mostra uma das facetas das dificuldades do poder público em equacionar essas questões. Neste contexto, em que pesem as atuais transformações econômicas, políticas e sociais do Brasil, a base de formação das cidades brasileiras foi marcada pelo patrimonialismo, clientelismo, a política do favor e a herança escravocrata, que reforçam suas características de profunda desigualdade. Assim, o processo de urbanização brasileiro ocorreu efetivamente no século XX, porém, ao contrário da expectativa de muitos, o contexto urbano não superou algumas características dos períodos colonial e imperial, que foram marcados pela concentração de terra, renda e poder, pelo exercício do coronelismo ou política do favor e pela aplicação arbitrária da lei.

Impende mencionar, que o direito à moradia foi incluído expressamente no ordenamento constitucional pátrio, através da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000⁷. É importante esclarecer que, apesar de

²CORRÊA, Guilherme Bonemberger. O Direito Fundamental Social À Moradia: Modalidades De Usucapião Para Sua Efetividade. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/guilherme_correa_2017_1.pdf. Acesso em: 24 out. de 2022.

³MELO, Marcelo Augusto Santana de. O DIREITO À MORADIA E O PAPEL DO REGISTRO DE IMÓVEIS NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. Revista de Direito Imobiliário, vol. 69, p. 9, 2010.

⁴CORRÊA, Guilherme Bonemberger. O Direito Fundamental Social À Moradia: Modalidades De Usucapião Para Sua Efetividade, 2017.

⁵CORRÊA, Guilherme Bonemberger. O Direito Fundamental Social À Moradia: Modalidades De Usucapião Para Sua Efetividade, 2017.

⁶BARROS, C. S.; VIANA, T. P. ; CLEMENTE, D. M. P. . O Tribunal de Contas da União e a responsabilidade civil do empreiteiro quanto aos vícios nas obras do Programa Minha Casa Minha Vida. In: Elpídio Paiva Luz Segundo; Fábio Corrêa Souza de Oliveira. (Org.). Temas de Responsabilidade Civil: o direito na sociedade complexa. 1ed.Porto Alegre: Editora FI, 2018, v. 1, p. 111-152.

⁷DORNELLES, Daniëlle; JÚNIOR, Flavio Cassel DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA: APONTAMENTOS SOBRE A SUA EFICÁCIA E APLICABILIDADE. XVIII Seminário Internacional

que no Brasil, o direito à moradia haver sido positivado constitucionalmente somente em 2010, conforme preceitua o art. 6º, caput, EC nº 64/2010, é importante destacar que a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro no que concerne as bases normativas precedentes da ordem jurídica internacional, já conferiam a eficácia plena.

Frise-se que o direito humano fundamental à moradia se encontra inserido nos chamados direitos sociais de segunda geração ou dimensão, para além disso, o direito à moradia envolve-se em um complexo de direitos e de deveres de cunho negativo (de defesa) e positivo (prestacional)⁸.

No que tange a condição de direito de negativo, é possível verificar que a moradia é como bem jurídico fundamental, que deve ser protegida contra toda e qualquer sorte de agressões de terceiros, no quesito da inviolabilidade da moradia apontada na CF/88, especificamente no art. 5º, XI⁹.

2. INVISIBILIDADE DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

Antes de adentrar especificadamente na compreensão da invisibilidade social das pessoas em situação de rua. É imprescindível tecer conceitos introdutórios para uma melhor compreensão.

O termo *situação de rua* traz consigo a conotação de vulnerabilidade, precariedade de recursos, apresentando desde já a situação vivenciada pelas pessoas submersas a essa condição¹⁰. O artigo 1º, parágrafo único do Decreto Federal nº 7.053/2009 que constituiu a Política Nacional para População em Situação de Rua apresenta uma definição a essa classe de pessoas como sendo:

[...] grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a *inexistência de*

moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

A definição da população em situação pode ser vislumbrada a partir da concepção de um grupo misto, composto por pessoas com caracteres distintos, mas que ao mesmo tempo em que são diferentes, são vistos como iguais em virtude da situação em comum: a pobreza extrema, a exclusão social, ausência de efetividade de direitos fundamentais.

Um fato interessante é que, independentemente do local, da região ou até mesmo da quantidade, as pessoas em situação de rua estão presentes em todas as cidades¹¹.

A população em situação de rua cresce significativamente na atualidade. Apesar das ações públicas desenvolvidas para redução das pessoas submersas a esse estado de vulnerabilidade, coexistem o aumento significativo. Soa irônico, mais ao mesmo tempo uma preocupação alarmante.

No início do século XX, em decorrência do deslocamento das pessoas do âmbito rural para o meio urbano, intensificou-se o número de indivíduos em situação de rua. No entanto, na atualidade, o deslinde do êxodo rural não apresenta aumento significativo de pessoas submersas a essa situação¹². Os fatores incidentes para o estabelecimento da moradia nas ruas são os mais variados.

Há uma série de variações consideráveis para a moradia nas ruas, as quais, em sua maioria podem ser conjugados, como por exemplo: capitalismo, dependência química, rompimentos familiares, desemprego entre outros.

A população em situação de rua também resultado da desigualdade capitalista¹³. A rua tornou-se de local de abrigo, moradia, espaço

Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2022. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/index>. Acesso em: 24 out. de 2022.

⁸STEFANIAK, J. L. A EFETIVIDADE DO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À MORADIA. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, [S. l.], v. 8, n. 8, p. 237–256, 2010.

⁹STEFANIAK, J. L. A Efetividade do Direito Humano e fundamental à Moradia, 2010, p. 237–256.

¹⁰RAIOL, Raimundo et al. Invisíveis sociais: a negação do direito à cidade à população em situação de rua. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*, 2016.

¹¹RAIOL, Raimundo et al. Invisíveis sociais: a negação do direito à cidade à população em situação de rua, 2016.

¹²SICARI, Aline et al. Pessoas em situação de rua no Brasil: Revisão Sistemática. *Revista Ciência e Profissão*. v. 38, 2018.

¹³ARGILES, Mariglei. População adulta em situação de rua: da invisibilidade ao direito a ter direitos. *Dissertação de Mestrado*. Universidade Católica de Pelotas, 2012.

para refeições, lazer, encontros, bem como ambiente para satisfação das necessidades fisiológicas, e, em sua maioria por tempo indeterminado. Formam-se nas ruas um grupo heterogêneo de pessoas, com características distintas, mas que compartilham de um fator comum: a extrema pobreza.

As pessoas em situação de rua são vislumbradas sobre diferentes aspectos, despertando na população um misto de sentimentos, podendo ser mensurados: compaixão, medo, repulsa, julgamentos¹⁴. Essas sensações e sentimentos aos poucos vão se dissolvendo e em sua maioria, são ignorados, tornando essas pessoas invisíveis aos olhos da comunidade.

Além da ausência de um local para residir, as pessoas em situação de rua estão expostas continuamente a uma identidade subversiva, vistos como pessoas sem direitos, e até mesmo taxados como ‘mendigos’, ‘malandros’, ‘marginais’¹⁵

Com efeito, perpetra-se na identidade dessas pessoas uma insegurança social que os exclui de fato do convívio com a sociedade, de modo que: “em geral, a população em situação de rua é vista pela sociedade como um grupo que oferece risco, e não como um segmento que se encontra em risco”¹⁶.

A visão distorcida e egocêntrica que recai sobre esse segmento social, merece ser repensada urgentemente, haja vista que as pessoas residindo nas ruas não é o problema, e sim, a ausência do direito dessas pessoas em terem uma moradia e uma existência digna.

Não há que se falar em direitos fundamentais quando há referência às populações em situação de rua, essas pessoas

encontram-se privadas do direito a dignidade da pessoa humana, do direito à saúde¹⁷, educação, lazer, trabalho, moradia, vivendo em locais insalubres e inabitáveis, direitos esses que encontram-se no rol de direitos fundamentais elencados na Constituição da República de 1988, a qual garante o gozo e proteção a todos os cidadãos.

Envolto ao processo de desigualdade e preconceito, a população em situação de rua também são constantemente vítimas de diversas formas de violência¹⁸, chegando ao ápice da prática de homicídios. Então, o que se conclui é que as pessoas em situação de rua são tratadas como pessoas sem direitos, vivendo a margem da sociedade democrática. Sendo portanto, invisíveis à sociedade.

Figura 01 – Número estimado de pessoas em



situações de rua no Brasil¹⁹

Infelizmente, essa classe de vulneráveis são vistos como os “descartáveis urbanos”²⁰. Ora,

parecer, até mesmo pela ação direta de violação de direitos como o recolhimento dos pertences dessas pessoas; e da própria sociedade civil, que, respaldada por um sistema de exclusão protagoniza casos absurdos, agredindo verbalmente e fisicamente, e, no extremo, buscando exterminá-los, como nos relatos de homicídios e tentativas de homicídios – envenenamento, atear fogos, dentre outros (MELO, 2014, p. 52).

¹⁹ Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/brasil-tem-boom-de-popula%C3%A7%C3%A3o-de-rua-que-segue-invis%C3%ADvel-para-o-poder-p%C3%BAblico/a-61135058>. Acesso em: 24 de out. 2022.

²⁰ ADORNO, Rubens de Camargo Ferreira. Descartáveis urbanos: discutindo a complexidade da população de rua e o desafio para políticas de saúde. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 56-69, jan.-abr. 2004.

¹⁴ ARGILES, Mariglei. População adulta em situação de rua: da invisibilidade ao direito a ter direitos, 2012.

¹⁵ RAIOL, Raimundo et al. Invisíveis sociais: a negação do direito à cidade à população em situação de rua, 2016.

¹⁶ RAIOL, Raimundo et al. Invisíveis sociais: a negação do direito à cidade à população em situação de rua, 2016, p. 85.

¹⁷ O gozo dos direitos fundamentais a saúde, assistência social e educação são negados por muitos entes públicos, haja vista que um dos requisitos para atendimento é mediante comprovação de residência (NONATO e RAIOL, 2016).

¹⁸ “A violência a que estão submetidos vem de todos os lados, dos agentes de segurança pública, como a polícia e a guardas municipais; por parte do Poder Público, por omissão, em muitos casos, pela insuficiência e ineficiência das políticas públicas adotadas, e, por mais contraditório que possa

quando o ser humano é tratado como um ser descartável e invisível, lhe é retirado aquilo que Arendt²¹ postula como o ‘direito a ter direitos’, ou seja, o direito que todo indivíduo possui em pertencer a uma comunidade e ter seus direitos protegidos.

A sociedade movida pelo capitalismo e consumismo, torna-se a cada dia uma comunidade de pessoas intolerantes às diferenças sociais e culturais. Atenuando a desigualdade social. Com efeito, como bem pondera Argiles:²² “Como produto deste sistema, esta população se encontra alijada da vida produtiva, com trajetórias de vida conturbadas, sofrendo com os revezes de um modelo econômico, que produz riqueza e pobreza com a mesma intensidade”.

No entanto, *as pessoas sem um lar*, apesar da exclusão prática do gozo de direitos fundamentais, as condições precárias vivenciadas não lhes tiram a condição de ser humano e de sujeito de direitos. Com isso, a partir da década de 90, há um crescimento lento e gradual de formação de movimentos sociais que lutam pela proteção e efetividade dos direitos fundamentais das pessoas em situação de rua²³

O Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) realizou no ano de 2008 uma Pesquisa Nacional sobre a população em situação de rua, na ocasião, estabeleceu-se como critério investigativo as cidades onde houvesse um número populacional igual ou superior a 300.000 mil habitantes, privilegiando assim as capitais, sob o fundamento de que a maior concentração de pessoas em situação de rua encontra-se centralizados nas capitais²⁴.

A realização dessa pesquisa não foi importante apenas em aspectos quantitativos, mais também pelo caráter inovador, tendo em vista que esse segmento social até então eram excluídos dos censos demográficos realizados no Brasil. As pesquisas demográficas realizadas tinham como base de contagem os domicílios²⁵

A exclusão na realização dos censos demográficos demonstrava a invisibilidade institucionalizada, o que obstaculizaria a realização de políticas públicas e iniciativas para retirada das pessoas em situação de rua para um local que lhes garanta uma existência digna.

Em 2009, criou-se a Política Nacional para essa população, por meio do Decreto nº 7.053/2009. No entanto, apesar da criação de ações voltadas para proteção dos direitos fundamentais da população em situação de rua, há um verdadeiro descompasso entre a legislação e a realidade fática.²⁶

De dezembro de 2021 a maio de 2022, houve um aumento significativo no número de pessoas em situação de rua de acordo com a pesquisa realizada pelo Observatório Brasileiro de Políticas Públicas da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. De acordo com o levantamento realizado, cerca de 26 mil pessoas passaram a residir nas ruas em menos de 6 meses, chegando ao equivalente de mais de 180 mil pessoas vivendo em situação de rua²⁷.

Para Barros, Viana e Clemente²⁸:

Para realizar o mandamento constitucional do direito à moradia, os estudos socioeconômicos desenvolvidos pelo Ministério das Cidades analisaram no Brasil um déficit habitacional relativo às famílias de baixa renda, déficit este relacionado ao aumento populacional nos municípios, acarretando problemas

²¹ARENDR, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

²²ARGILES, Mariglei. População adulta em situação de rua: da invisibilidade ao direito a ter direitos, 2012, p. 20.

²³ARGILES, Mariglei. População adulta em situação de rua: da invisibilidade ao direito a ter direitos, 2012, p. 20.

²⁴BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Política Nacional para a Inclusão Social da População em Situação de Rua**. Brasília: MDS, 2008.

²⁵RAIOL, Raimundo et al. Invisíveis sociais: a negação do direito à cidade à população em situação de rua, 2016, p. 85.

²⁶ “Como sói acontecer em muitas matérias, a legislação brasileira ocupa posição de vanguarda no cenário internacional. Mas o país real é muito diferente do país legal e as instituições falham quando se trata de implementar políticas públicas que assegurem a fruição de direitos fundamentais prestacionais” (GRINOVER, Ada. À guisa do

prefácio: controle jurisdicional de políticas públicas para a população em situação de rua. Direitos Fundamentais das Pessoas em Situação de Rua. 2ª edição – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 17)

²⁷ GLOBO. Aumenta o número de pessoas em situação de rua no Brasil, diz pesquisa. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2022/06/09/aumenta-o-numero-de-pessoas-em-situacao-de-rua-no-brasil-diz-pesquisa.ghtml>. Acesso em 20 de out de 2022.

²⁸ BARROS, C. S.; VIANA, T. P. ; CLEMENTE, D. M. P. . O Tribunal de Contas da União e a responsabilidade civil do empreiteiro quanto aos vícios nas obras do Programa Minha Casa Minha Vida. In: Elpídio Paiva Luz Segundo; Fábio Corrêa Souza de Oliveira. (Org.). Temas de Responsabilidade Civil: o direito na sociedade complexa. 1ed. Porto Alegre: Editora FI, 2018, v. 1, p. 111-152.

de moradia e infraestrutura. É essencial a intervenção do Estado para efetivação do direito à moradia, por meio das políticas públicas. Nesta perspectiva insere-se o PMCMV, criado em 2009 para atender a políticas de habitação. A medida provisória no 459/2009, convertida na lei 11.977/2009, promulgada em 7 de julho de 2009, prevê o PMCMV, disciplinando a questão habitacional brasileira, que passou por um processo de mudança desde 2003 com a criação do Ministério das Cidades. O PMCMV surgiu com os incentivos do Ministério da Casa Civil e da Fazenda a partir de negociações com empresários do meio, em grande parte para dar impulsos à economia brasileira através da produção de moradias populares pelo Governo Federal. Nessa senda, o PMCMV tem grande relevância e representatividade para a política habitacional, pois seu principal objetivo é a redução do déficit de moradias no país, incentivando taxas de juros abaixo das de mercado, para assim construir casas que serão disponibilizadas aos cidadãos de baixa renda.

Com efeito, apesar do crescimento gradual de iniciativas e a criação de políticas públicas para população em situação de rua, é latente o estado emergencial e caótico ora vivenciado, o qual requer uma atuação conjunta do Estado e da sociedade em prol da efetividade da dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A população em situação de rua é uma realidade inconteste na sociedade brasileira. Trata-se de um grupo extremamente heterogêneo, que foram impulsionados a morarem nas ruas por fatores incidentes diversos, mas que pactuam de uma realidade em comum: a pobreza extrema e a inexistência de uma vida digna.

Vítimas de uma invisibilidade institucionalizada, as pessoas em situação de rua encontram-se em um estado de vulnerabilidade caótico, invisíveis não apenas perante a sociedade, mais também invisível aos órgãos governamentais. Há uma verdadeira desarmonia entre os valores postulados pela República Federativa do Brasil e a existência e preexistência de pessoas vivendo marginalizada nas ruas, praças, cemitérios, viadutos, excluídos plenamente do convívio em sociedade, onde muitas vezes são vistos como uma ameaça ao convívio harmônico e são vítimas de violências, responsáveis por ceifar a vida de dezenas dessas pessoas.

As pessoas morando nas ruas não é o cerne do problema, e sim o fato de seres humanos

sobreviverem em situação degradantes, retirando o direito em uma condição humana digna e respeitosa. A invisibilidade da condição degradante da população de rua, retira-lhe o acesso a direitos fundamentais, bem como acesso e gozo de políticas públicas.

A Carta Republicana de 1988 reservou um título específico para regulamentar os direitos fundamentais com gozo imediato e indistinto de todos os brasileiros. A dignidade da pessoa humana é um valor fundante da sociedade democrática brasileira, sendo a base de todos os direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Uma vida digna é o mínimo que o cidadão pode usufruir. Após longos séculos de lutas, o ser humano possui a proteção jurídica do direito a dignidade humana, no entanto, apesar da normatividade, há significativa parcela da população brasileira que estão imersos a um estado de extrema pobreza, situação essa que carece que qualquer elemento dignificante ao homem.

Em meio ao estado de violação de direitos fundamentais, em especial, o direito à moradia, aos poucos estão sendo criadas normas e políticas públicas que visam a proteção das pessoas em situação de rua. No ano de 2009, o Decreto nº 7.053/2009 instituiu a Política Nacional da População de Rua, que apesar de ser um avanço normativo significativo, carece de inefetividade.

Não há uma resposta concreta e definitiva para mudar a situação das pessoas em situação de rua. No entanto, nunca houve conquista sem luta, por isso, é preciso avançar sob os mais diferentes aspectos para que haja de fato uma transformação social, cultural, política e principalmente humanitária da vida dos cidadãos que residem nas ruas. Antes de serem números (um quantitativo que habita nas ruas), as pessoas em situação de rua são seres humanos e como tais, possuem o direito a uma vida digna, o que inclui moradia, saúde, educação, transporte, lazer.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ADORNO, Rubens de Camargo Ferreira. Descartáveis urbanos: discutindo a complexidade da população de rua e o desafio para políticas de saúde. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 56-69, jan.-abr. 2004.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARGILES, Mariglei. População adulta em situação de rua: da invisibilidade ao direito a ter direitos. **Dissertação de Mestrado**. Universidade Católica de Pelotas, 2012.

BARROS, C. S.; VIANA, T. P. ; CLEMENTE, D. M. P. . O Tribunal de Contas da União e a responsabilidade civil do empreiteiro quanto aos vícios nas obras do Programa Minha Casa Minha Vida. In: Elpídio Paiva Luz Segundo; Fábio Corrêa Souza de Oliveira. (Org.). *Temas de Responsabilidade Civil: o direito na sociedade complexa*. 1ed. Porto Alegre: Editora FI, 2018, v. 1, p. 111-152.

BRASIL, **Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009**. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersectorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7053.htm> Acesso em: 10 de out de 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Política Nacional para a Inclusão Social da População em Situação de Rua**. Brasília: MDS, 2008.

CORRÊA, Guilherme Bonemberger. O Direito Fundamental Social À Moradia: Modalidades De Usucapião Para Sua Efetividade. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/guilherme_correa_20171.pdf. Acesso em: 24 out. de 2022.

DORNELLES, Daniëlle; JÚNIOR, Flavio Cassel
DIREITO FUNDAMENTAL À

MORADIA: APONTAMENTOS SOBRE A SUA EFICÁCIA E APLICABILIDADE. XVIII Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2022. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/index>. Acesso em: 24 out. de 2022.

GLOBO. Aumenta o número de pessoas em situação de rua no Brasil, diz pesquisa. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2022/06/09/aumenta-o-numero-de-pessoas-em-situacao-de-rua-no-brasil-diz-pesquisa.ghtml>. Acesso em 20 de out de 2022.

GRINOVER, Ada. À guisa do prefácio: controle jurisdicional de políticas públicas para a população em situação de rua. *Direitos Fundamentais das Pessoas em Situação de Rua*. 2ª edição – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 17.

JANSEN, R. D. POLÍTICA URBANA E O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 36, n. 01, p. 161–178, 2012. DOI: 10.5216/rfd.v36i01.17382. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/17382>. Acesso em: 24 out. 2022.

MELO, Cíntia de Freitas. População de Rua: entre a exclusão e a justiça social. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Orgs.). **Direitos Fundamentais das Pessoas em Situação de Rua**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014, p. 51-64.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. O DIREITO À MORADIA E O PAPEL DO REGISTRO DE IMÓVEIS NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 69, p. 9, 2010.

RAIOL, Raimundo et al. Invisíveis sociais: a negação do direito à cidade à população em situação de rua. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*, 2016.

SICARI, Aline et al. Pessoas em situação de rua no Brasil: Revisão Sistemática. **Revista Ciência e Profissão**. v. 38, 2018.

STEFANIAK, J. L. A EFETIVIDADE DO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À MORADIA. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 8, n. 8, p. 237–256, 2

DA DIGNIDADE HUMANA EM CONSTITUIÇÕES DE PAÍSES LUSÓFONOS

Elaine Cristina Maieski¹
Clovis Demarchi²

INTRODUÇÃO

O objeto de discussão são os textos constitucionais de países que compõe a Comunidade de Língua Portuguesa, especificamente de Angola, Brasil, Cabo Verde, Moçambique, Portugal e São Tomé e Príncipe.

O objetivo geral é analisar se os textos constitucionais destes países lusófonos estão recepcionando a dignidade humana expressa ou implicitamente.

Como problema, apresenta-se os seguintes questionamentos: todos os textos constitucionais lusófonos estudados recepcionam a dignidade humana expressamente? Ao não tratar da dignidade humana expressamente, como as Constituições lusófonas recepcionam a dignidade a partir das categorias chaves como direito à vida, liberdade de expressão e informação, universalidade e igualdade, igualdade de gênero e sufrágio universal?

Os objetivos específicos do artigo são: 1) abordar a dignidade humana; 2) analisar a recepção da dignidade humana a partir das categorias supracitadas, tomando como fonte de estudo as Constituições de países lusófonos.

A dignidade humana está atrelada diretamente à natureza do homem, à sua essência, refletindo direitos e deveres do cidadão, estando, portanto, diretamente ligada à essência da humanidade. É uma construção constante da humanidade e vem moldando-se à evolução e a própria existência do ser humano, tanto individual, quanto coletivamente, e pode ser interpretada a partir da realidade local de cada comunidade, grupo social e até mesmo, país. Daí justifica-se a necessidade do estudo sobre a recepção da dignidade humana em textos

constitucionais de países que compõe a Comunidade de Língua Portuguesa.

A evolução político-constitucional registada nos países da Comunidade de Língua Portuguesa nas últimas décadas espelha os avanços políticos conquistados pelos seus povos, no que tange à direitos políticos, sociais e econômicos que, consagrados em normas constitucionais, colocam os textos fundamentais vigentes nos Estados membros da lusofonia em linha com os mais altos padrões de prática política e social.

Para entendimento, o artigo tratará da dignidade humana a partir da recepção expressa, e quando não identificada expressamente, abordar-se-á a dignidade humana a partir das categorias direito à vida, liberdade de expressão e informação, universalidade e igualdade, igualdade de gênero e sufrágio universal, tomando como fonte de estudo respectivamente, as Constituições de Angola, Brasil, Cabo Verde, Moçambique, Portugal e São Tomé e Príncipe.

Tal recorte se faz necessário devido ao fato de alguns textos constitucionais recepcionarem a dignidade humana de forma não expressa, mas sim, implicitamente, por meio de dispositivos - tais quais os relacionados - que acabam garantindo dignidade às pessoas por apresentar amplo valor interpretativo.

O artigo divide-se em: 1 Considerações sobre a dignidade humana; 2 a dignidade humana nas constituições lusófonas; 3 Considerações sobre as categorias apresentadas; 4 Análise das constituições lusófonas, 4.1 Constituição de Angola; 4.2 Constituição do Brasil; 4.3 Constituição de Cabo Verde; 4.4 Constituição de Moçambique; 4.5 Constituição de Portugal e 4.6 Constituição de São Tomé e Príncipe.

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica no Programa de “Pós-graduação stricto Sensu” em Ciência Jurídica da Univali (CAPES 6). Bolsista CAPES. Mestre em Ciência Jurídica no Programa de “Pós-graduação stricto Sensu” em Ciência Jurídica da Univali (CAPES 6). Endereço eletrônico: maieski@edu.univali.br

² Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor na graduação em Direito e no Programa de “Pós-graduação stricto Sensu” em Ciência Jurídica da Univali. Endereço eletrônico: demarchi@univali.br

Quanto à **metodologia** terá como base uma abordagem qualitativa e quantitativa, podendo ainda ser classificada como descritiva e prescritiva. A técnica de pesquisa será a da análise legislativa e documental.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DIGNIDADE HUMANA

Diz o Art. 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹ que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Um conceito amplo, construído na evolução do pensamento humano que diante de tantas barbáries, se moldou às necessidades de paz, fraternidade e igualdade.

Ao longo do tempo, o conceito de dignidade vem moldando-se às influências históricas, sociais, políticas e jurídicas. Diante de um vasto repertório, com entendimentos ancorados em leis divinas, na natureza humana, ou ainda, como resultado de lutas de classes, há sempre um desafio ao abordar a dignidade humana. A dignidade é um princípio que não nasceu pronto, acabado, pelo contrário, molda-se constantemente às necessidades e a própria evolução do ser humano².

No Direito contemporâneo, a palavra dignidade tem sido usada geralmente associada aos direitos humanos, sendo empregada como qualidade intrínseca de todos os seres humanos, independentemente do seu status e da sua conduta. Reflete direitos e deveres do cidadão, regulando o seu comportamento em comunidade e a forma como interage com os demais, inclusive

no que tange às diferenças. Está, portanto, diretamente ligada à essência da humanidade³.

Para Sarmento⁴ a valorização da pessoa humana pode se expressar de múltiplas formas, por meio de diferentes vocabulários, sem a necessidade do uso de um termo específico para designar o fenômeno. Para o autor, a noção de dignidade humana evoca duas ideias diferentes: a de dignidade da espécie humana, muito mais antiga, e a dignidade da pessoa humana, com objetivos igualitários da dignidade.

A dignidade da espécie humana consiste no reconhecimento de que o ser humano ocupa uma posição superior e privilegiada entre todos os seres que habitam o nosso mundo. Já “a dignidade da pessoa envolve a concepção de que todas as pessoas, pela sua simples humanidade, têm intrínseca dignidade, devendo ser tratadas com o mesmo respeito e consideração”⁵.

A primeira ideia, de dignidade da espécie humana, é muito mais antiga do que a segunda, e a faceta igualitária da dignidade só viria a se firmar institucionalmente na Modernidade, com o movimento iluminista⁶.

Para Penteado Filho⁷, a dignidade humana é um valor espiritual inerente ao próprio homem. Já para Moraes⁸ a dignidade humana traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se no mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar. A dignidade humana está, portanto, ligada diretamente a natureza do homem, a sua essência, ao que o ser humano deve ou não fazer, seus deveres e direitos como cidadão.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988⁹, recepciona a dignidade humana não como

¹ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso: 25 out. 2022.

² DEMARCHI, Clovis; MAIESKI, Elaine Cristina. Estatuto da Pessoa com Deficiência, alterações legislativas e implementação de políticas públicas. **Políticas Públicas, Educação e Diversidade: Uma Compreensão Científica do Real**. Guarujá, SP: Científica Digital, 2020, v. 1. p. 493-514.

³ DEMARCHI, Clovis; MAIESKI, Elaine Cristina. O Estatuto da Pessoa com Deficiência como instrumento de efetivação da dignidade humana. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 23, n. 2, maio/ago. 2021, p. 35-58. Disponível em: http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/2106. Acesso: 30 out. 2022.

⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Conteúdo, Trajetória e metodologia. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum. 2016. p 26

⁵ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Conteúdo, Trajetória e metodologia. p 27

⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Conteúdo, Trajetória e metodologia. p 28

⁷ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.18

⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 48

⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]

princípio, mas como fundamento, refletindo, portanto, o seu valor fundamental. O Constituinte estabeleceu de forma clara e inequívoca a intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, especialmente dos direitos e garantias fundamentais¹⁰.

Flávia Piovesan¹¹ ressalta a dignidade humana como princípio matriz do texto constitucional, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais como “cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico”.

Para Sarlet¹² a dignidade humana é “[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”. É por meio da dignidade humana que o indivíduo exercita o sentimento de pertencimento à sociedade.

Portanto, a dignidade humana nasce com o ser humano, mas sua proteção cabe ao Estado que, além de protegê-la, deve respeitá-la e garantir que seja cumprida em todo o seu sentido, possibilitando todos os meios possíveis de proteção à vida e de convivência digna.

Nesse contexto, o estudo sobre a recepção da dignidade humana nos textos constitucionais dos países lusófonos, constituem importante relevância, por tratar-se de direito inerente a todo e qualquer ser humano.

2 A DIGNIDADE HUMANA NAS CONSTITUIÇÕES LUSÓFONAS

A evolução do entendimento sobre dignidade humana tem acompanhado a evolução dos textos constitucionais e a abordagem sobre

como a dignidade humana é recepcionada nas constituições lusófonas justifica-se também pelas relações de proximidade e de certa semelhança entre os sistemas constitucionais. Neste sentido, o artigo analisa como cada constituição aborda a dignidade humana em seu texto.

Por lusofonia entende-se o processo histórico de transmissão cultural conferida pelos portugueses aos povos e nações submetidos a sua ascendência política e social, tendo como principal elemento de integração comum o idioma português.

A evolução político-constitucional registada nos países da Comunidade de Língua Portuguesa nas últimas décadas espelha os fundamentos avanços políticos conquistados pelos seus povos, no que tange à direitos políticos, sociais e econômicos que, consagrados em normas constitucionais, colocam os textos fundamentais vigentes nos Estados membros da lusofonia em linha com os mais altos padrões de prática política e social¹³.

Este movimento ganhou força a partir da década de setenta do século passado, marcando a virada decisiva que se desenha até os dias atuais. Um processo de longa duração, marcado pelo fim de regimes autoritários, em Portugal e no Brasil; pelo fim do colonialismo português em África e pela evolução para sistemas pluripartidários, em substituição aos de partido único, criados com a conquista da independência das antigas colônias africanas e pelo fim da ocupação estrangeira de Timor-Leste¹⁴.

Estes foram marcos fundamentais do ciclo histórico dos países da Comunidade de Língua Portuguesa, agora concluído pela pacificação de todos os países e com o início de um processo sustentado de desenvolvimento econômico e social, em consonância com as importantes conquistas políticas consagradas nos textos constitucionais vigentes.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, outubro de 1988.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2012.p. 75.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. Ed. 18. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 102.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 73.

¹³ MOURÃO, Fernando Augusto Albuquerque; PORTO, Walter Costa; MANTOVANINI, Thelmer Mário. **As constituições dos países da comunidade de língua portuguesa**: comentadas. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2008. p. 12

¹⁴ MOURÃO, Fernando Augusto Albuquerque; PORTO, Walter Costa; MANTOVANINI, Thelmer Mário. **As constituições dos países da comunidade de língua portuguesa**: comentadas. p. 13

Para Lassalle¹⁵ a constituição não é uma lei como as outras, é uma lei fundamental da nação e resulta dos fatores reais de poder de uma determinada sociedade, e no espírito unânime dos povos, “uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”.

O artigo tratará da dignidade humana a partir da recepção expressa nos textos constitucionais, e quando não identificado expressamente, abordar-se-á a dignidade humana a partir das categorias direito à vida, liberdade de expressão e informação, universalidade e igualdade, igualdade de gênero e sufrágio universal, tomando como fonte de estudo respectivamente, as Constituições de Angola, Brasil, Cabo Verde, Moçambique, Portugal e São Tomé e Príncipe.

Com o intuito de aprofundar sobre a interpretação valorativa - tanto social quanto jurídica - das categorias supracitadas, a seguir abordar-se-á de forma individual cada uma delas.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS CATEGORIAS A SEREM ANALISADAS

O **direito à vida** significa o direito de existir como indivíduo e constitui a base fundante de outros direitos igualmente assegurados, sendo objeto de proteção constitucional expressa na maioria dos textos constitucionais, apresentando-se como direito elementar e indisponível, inerentes à pessoa humana.

Tem natureza de suporte físico, de *conditio sine qua non*¹⁶, de todos os demais bens jurídicos, e segundo Mantovani¹⁷ é constituído em toda a sua centralidade e plenitude de significado por três princípios: ordenamento personalíssimo e solidário, cujo centro é ocupado pela pessoa humana na sua unidade físico-psíquica e na dimensão individual e social; o reconhecimento e a tutela do direito à vida são pressuposto e

suporte da manifestação e do desenvolvimento da personalidade humana; a própria hierarquização entre bens-fins e bens-meios corresponde um sentido que postula a tutela da vida como o bem supremo.

Neste sentido, as constituições lusófonas guardam em seu texto, previsões expressas do direito à vida, recepcionando assim, a dignidade humana também de forma implícita.

A **liberdade de expressão e informação** está ligada ao direito de manifestação do pensamento, a possibilidade do indivíduo emitir suas opiniões e ideias, e ainda se expressar por meio de atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação, sem interferência ou eventual retaliação do Estado.

O artigo 19¹⁸ da Declaração Universal dos Direitos Humanos define esse direito como a liberdade de emitir opiniões, ter acesso e transmitir informações e ideias, por qualquer meio de comunicação.

Importante ressaltar que, muito embora seja definida como o direito de manifestar opiniões e ideias, o exercício da liberdade de expressão e informação não é ilimitado. Todo abuso e excesso, especialmente quando verificada a intenção de injuriar, caluniar ou difamar outrem, pode ser punido conforme a legislação vigente no país em questão.

No que concerne à **universalidade**, lembra Arnaud¹⁹ que a ideia do universalismo é fruto do pensamento filosófico ocidental caracterizado pela visão etnocentrista, e está pautada fundamentalmente sobre o subjetivismo, do qual surgiram as Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Para o autor, é a partir do conceito de subjetivismo que se extrai o caráter humanístico das regras mais essenciais que ordenam as relações jurídicas, norteadas pelo princípio da valoração da vida em sociedade, sem distinção

¹⁵ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 8

¹⁶ A expressão “*Conditio sine qua non*” (Condição sem a qual não) indica circunstância indispensável à validade ou à existência de um ato, e faz referência a uma **ação ou condição que é indispensável, que é imprescindível ou que é essencial**. COSTA, Nelson Nery. **Dicionário de Latim forense**. 1 ed. Pirassununga, SP: Lawbook, 2010. p. 90

¹⁷ MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**. Imprenta: Padova, Cedam, 2002. p. 144

¹⁸ Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem

interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 25 out. 2022.

¹⁹ ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**. Lições de Filosofia do Direito e do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 206

por raça, religião, cor, classe social ou qualquer outro meio discriminatório.

As principais definições doutrinárias sobre a universalidade aparecem alinhadas à atividade estatal, que a define como conjunto de atividades materiais prestadas pelo poder público em prol da coletividade, objetivando proporcionar condições de acesso aos bens essenciais à vida do ser humano, definidos de acordo com o modelo de Estado adotado²⁰.

Barcelar Filho²¹ lembra que a atividade prestacional de oferecimento de comodidades materiais à coletividade, titularizada pelo Estado e prestada por ele ou por quem lhe faça as vezes, visa prover necessidades reconhecidas pela sociedade como imprescindíveis à concretização da dignidade de todas as pessoas, sem distinção.

Já a ideia de **igualdade** remete à ausência de diferença, está relacionada com o conceito de uniformidade e ocorre quando todas as partes envolvidas encontram-se nas mesmas condições, possuem o mesmo valor ou são interpretadas a partir do mesmo ponto de vista²².

Etimologicamente, a palavra igualdade tem origem do latim *aequalitas* ou *aequabilitatis conservatio*, que quer dizer “conservação de imparcialidade”, “aquilo que é igual”, “semelhante”²³.

A **igualdade de gênero** por sua vez está atrelada à igualdade de direitos e deveres entre os gêneros masculino e feminino. Significa dizer que homens e mulheres são livres para fazer suas escolhas, usufruindo das mesmas responsabilidades, direitos e oportunidade, promovendo uma vida livre de desigualdade, discriminação e violência²⁴.

Trata-se de um direito humano básico, no qual a igualdade entre os sexos é considerada um dos pilares para a construção de uma sociedade livre e para a garantia de um desenvolvimento sustentável²⁵.

O gênero implica não só diferenciar homens de mulheres, mas também prescrever o que deve ser identificado como masculino e feminino. Em sua dimensão normativa, o gênero aponta para indicadores daquilo que é entendido como “coisa de homem ou de mulher”, constituindo verdadeiro glossário orientador²⁶.

O Estado possui papel determinante na construção da igualdade de gêneros, não apenas na regulação das leis que coíbam a discriminação, mas também agindo como agente promotor das políticas públicas que abarquem as diferenças e contemple, nas palavras de Bobbio²⁷, a diversidade de seus diversos status sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção.

O princípio da universalidade do sufrágio, ou **sufrágio universal**, impõe o alargamento do direito de voto a todos os cidadãos e compreende o direito de participar ativamente do processo eleitoral, podendo votar e ser votado, sem discriminação por fatores como renda, classe social, gênero, cor ou escolaridade, desde que esteja em dia com os seus direitos políticos.

A soberania do povo é garantida pelo sufrágio universal, e conforme Bonavides²⁸ o sufrágio é o poder que se reconhece a certo número de pessoas, qualificadas na Constituição como politicamente aptas, para participar na gerência da vida pública. Assim como, é o meio

²⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 508.

²¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade: serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 4, n. 16, out. 2002. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31241>. Acesso em: 30 out. 2022.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 4. ed. São Paulo: Juspodium, 2021.

²³ COSTA, Nelson Nery. **Dicionário de Latim forense. Pirassununga, SP: Lawbook, 2010. p. 38**

²⁴ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Igualdade de gênero no poder judiciário: uma proposta de ação afirmativa. **Revista Direito e Sexualidade** n. 1, maio.2020. Disponível em:

<file:///C:/Users/Elaine/Downloads/36800-Texto%20do%20Artigo-132308-1-10-20200512.pdf>. Acesso em: 30 out. 2022

²⁵ SILVEIRA, Maria Lúcia da. **Políticas públicas de gênero: impasses e desafios para fortalecer a agenda política na perspectiva da igualdade**. In: Revista Presença de Mulher, ano XVI, n. 45, outubro/2003.

²⁶ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Igualdade de gênero no poder judiciário: uma proposta de ação afirmativa. **Revista Direito e Sexualidade** n. 1, maio. 2020.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 68-69

²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição: os caminhos da democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 93

pelo qual se manifesta a vontade do povo na formação do governo democrático. É o processo legal de escolha das pessoas que irão representar o povo no exercício das funções eletivas²⁹.

O sufrágio é um instrumento fundamental de realização do princípio democrático. Através dele, legitima-se democraticamente a conversão da vontade política em posição de poder e domínio, estabelece-se a organização legitimante de distribuição dos poderes, procede-se à criação do “pessoal político” e marca-se o ritmo da vida política de um país³⁰.

Todas as categorias aqui abordadas trazem em seu bojo central, o respeito à dignidade humana, contribuindo para a garantia de direitos. A seguir, abordar-se-á a dignidade, expressa ou implicitamente recepcionada nos textos constitucionais de Angola, Brasil, Cabo Verde, Moçambique, Portugal e São Tomé e Príncipe, respectivamente.

4. CONSTITUIÇÃO LUSÓFONAS

4.1 Constituição de Angola

O texto constitucional de Angola recepciona a dignidade humana expressamente em vários dispositivos e a partir do Preâmbulo, determina a edificação de uma sociedade justa e de progresso que respeita a vida, a igualdade, a diversidade e a dignidade das pessoas.

Em seu Artigo 1º³¹, dos Princípios e Fundamentos, o texto prevê que Angola é uma República baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade do povo angolano, tendo como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa, democrática, solidária e de igualdade.

Reconhece a validade e a força jurídica do costume no Artigo 7º³², desde que não seja contrário à Constituição nem atente contra a dignidade da pessoa humana.

No Artigo 31º³³, onde prevê o direito a integridade pessoal, estabelece que o Estado respeitará e protegerá a pessoa e a dignidade humana e, logo em seguida, no Artigo 32º³⁴ ao tratar do direito à identidade, à privacidade e à intimidade, ressalta que lei estabelece as garantias efetivas contra a obtenção e a utilização de informações relativas às pessoas e às famílias que sejam abusivas ou contrárias à dignidade humana.

Ao tratar dos Princípios Fundamentais no Artigo 89º³⁵, o texto constitucional angolano estabelece que a organização e a regulação das atividades económicas devem ser assentados na garantia dos direitos e liberdades, na valorização do trabalho, na dignidade humana e na justiça social.

No Artigo 223º³⁶ o Estado Angolano estabelece que o reconhecimento das instituições do poder tradicional obriga as

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição**: os caminhos da democracia. p. 93

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 301

³¹ Artigo 1.º (República de Angola) - Angola é uma República soberana e independente, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade do povo angolano, que tem como objectivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa, democrática, solidária, de paz, igualdade e progresso social. ANGOLA. **Constituição da República de Angola**, janeiro de 2010. Disponível em: <http://tribunalsupremo.ao/wp-content/uploads/2018/05/constituicao-da-republica-de-angola.pdf>. Acesso em 20 jul. 2022.

³² Artigo 7.º (Costume) -É reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à Constituição nem atente contra a dignidade da pessoa humana. ANGOLA. **Constituição da República de Angola**, janeiro de 2010.

³³ Artigo 31.º (Direito à integridade pessoal) - 1. A integridade moral, intelectual e física das pessoas é inviolável. 2. O Estado respeita e protege a pessoa e a dignidade humanas. ANGOLA. **Constituição da República de Angola**, janeiro de 2010.

³⁴ Artigo 32.º (Direito à identidade, à privacidade e à intimidade) – [...] 2. A lei estabelece as garantias efectivas contra a obtenção e a utilização, abusivas ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e às famílias. ANGOLA. **Constituição da República de Angola**, janeiro de 2010.

³⁵ Artigo 89.º (Princípios Fundamentais) - 1. A organização e a regulação das actividades económicas assentam na garantia geral dos direitos e liberdades económicas em geral, na valorização do trabalho, na dignidade humana e na justiça social, em conformidade com os seguintes princípios fundamentais [...]. ANGOLA. **Constituição da República de Angola**, janeiro de 2010.

³⁶ Artigo 223.º (Reconhecimento) – [...] 2. O reconhecimento das instituições do poder tradicional obriga as entidades públicas e privadas a respeitarem, nas suas relações com aquelas instituições, os valores e normas consuetudinários observados no seio das organizações político-comunitárias tradicionais e que não sejam conflituantes com a Constituição nem com a dignidade da pessoa humana. ANGOLA. **Constituição da República de Angola**, janeiro de 2010.

entidades públicas e privadas a respeitarem, nas suas relações os valores e normas consuetudinários observados no seio das organizações político-comunitárias tradicionais e que não sejam conflitantes com a Constituição nem com a dignidade da pessoa humana.

Já no Artigo 236³⁷, ao tratar dos limites materiais prevê expressamente que qualquer alteração do texto constitucional deverá respeitar a dignidade da pessoa humana.

No que tange as categorias que recebem a dignidade humana de forma implícita, o texto constitucional de Angola estabelece em seu Artigo 30³⁸ o direito à vida, prevendo que a vida é inviolável e que o Estado deve respeitar e proteger a vida das pessoas.

No que tange à liberdade de expressão e de informação, o Artigo 40³⁹ estabelece minuciosamente os ditames garantindo que todos têm o direito de exprimir, divulgar e compartilhar livremente os seus pensamentos, as suas ideias e opiniões, pela palavra, sem

impedimentos nem discriminações, censura, preservando a honra, o segredo de justiça e o direito de resposta.

O princípio da universalidade é previsto no Artigo 22⁴⁰ e a igualdade, está expressamente estabelecida no Artigo 23⁴¹ que prevê que todos são iguais perante a Constituição e a lei, independente do sexo, raça, cor, deficiência, religião, convicções políticas, ideológicas ou filosóficas, grau de instrução ou condição económica e social.

Por fim, o direito de sufrágio universal consta estabelecido expressamente no Artigo 54⁴², prevendo direito de votar e ser votado, nos termos da Constituição e da lei.

4.2 Constituição do Brasil

No Brasil, a Constituição Federal de 1988⁴³, recebe a dignidade humana não como princípio, mas como fundamento, refletindo, portanto, o seu valor fundamental em todas as demais leis vigentes no país. O Constituinte

³⁷ Artigo 236.º (Limites materiais) - As alterações da Constituição têm de respeitar o seguinte: a) A dignidade da pessoa humana; [...]. ANGOLA. **Constituição da República de Angola**, janeiro de 2010.

³⁸ Artigo 30.º (Direito à vida) - O Estado respeita e protege a vida da pessoa humana, que é inviolável. ANGOLA. **Constituição da República de Angola**, janeiro de 2010.

³⁹ Artigo 40.º (Liberdade de expressão e de informação) - 1. Todos têm o direito de exprimir, divulgar e compartilhar livremente os seus pensamentos, as suas ideias e opiniões, pela palavra, imagem ou qualquer outro meio, bem como o direito e a liberdade de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações. 2. O exercício dos direitos e liberdades constantes do número anterior não pode ser impedido nem limitado por qualquer tipo ou forma de censura. 3. A liberdade de expressão e a liberdade de informação têm como limites os direitos de todos ao bom nome, à honra e à reputação, à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar, a protecção da infância e da juventude, o segredo de Estado, o segredo de justiça, o segredo profissional e demais garantias daqueles direitos, nos termos regulados pela lei. [...] 5. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, nos termos da lei e em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos. ANGOLA. **Constituição da República de Angola**, janeiro de 2010.

⁴⁰ Artigo 22.º (Princípio da universalidade) - 1. Todos gozam dos direitos, das liberdades e das garantias constitucionalmente consagrados e estão sujeitos aos deveres estabelecidos na Constituição e na lei. 2. Os cidadãos angolanos que residam ou se encontrem no estrangeiro gozam dos direitos, liberdades e garantias e da protecção do Estado e estão sujeitos aos deveres consagrados na Constituição e na lei. 3. Todos têm deveres

para com a família, a sociedade e o Estado e outras instituições legalmente reconhecidas e, em especial, o dever de: a) Respeitar os direitos, as liberdades e a propriedade de outrem, a moral, os bons costumes e o bem comum; b) Respeitar e considerar os seus semelhantes sem discriminação de espécie alguma e manter com eles relações que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito e a tolerância recíprocos. ANGOLA. **Constituição da República de Angola**, janeiro de 2010.

⁴¹ Artigo 23.º (Princípio da igualdade) - 1. Todos são iguais perante a Constituição e a lei. 2. Ninguém pode ser prejudicado, privilegiado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da sua ascendência, sexo, raça, etnia, cor, deficiência, língua, local de nascimento, religião, convicções políticas, ideológicas ou filosóficas, grau de instrução, condição económica ou social ou profissão. ANGOLA. **Constituição da República de Angola**, janeiro de 2010.

⁴² Artigo 54.º (Direito de sufrágio) - 1. Todo o cidadão, maior de dezoito anos, tem o direito de votar e ser eleito para qualquer órgão electivo do Estado e do poder local e de desempenhar os seus cargos ou mandatos, nos termos da Constituição e da lei. 2. A capacidade eleitoral passiva não pode ser limitada senão em virtude das incapacidades e inelegibilidades previstas na Constituição. 3. O exercício de direito de sufrágio é pessoal e intransmissível e constitui um dever de cidadania. ANGOLA. **Constituição da República de Angola**, janeiro de 2010.

⁴³ Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2022.

brasileiro estabeleceu de forma clara e inequívoca a intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, especialmente dos direitos e garantias fundamentais⁴⁴.

Neste contexto, a dignidade humana aparece expressamente fixada como fundamento no artigo primeiro do texto constitucional brasileiro, e implicitamente em outros inúmeros dispositivos.

O Artigo 5º⁴⁵, que trata dos direitos e garantias fundamentais, dos direitos e deveres individuais e coletivos, é considerado um dos textos mais importantes da lei maior brasileira, abarcando o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, direitos garantidos a todos os brasileiros, bem como aos estrangeiros que estejam em território nacional.

As condições do Artigo 5º da Constituição brasileira são estabelecidas em setenta e nove incisos e são consideradas cláusulas pétreas, significando que não podem ser alteradas, e a imutabilidade deste artigo garante a segurança jurídica diante de atos que possam ferir direitos ou colocar em risco a liberdade, ou até mesmo a vida.

É cediço que a dignidade humana, além de ser prevista expressamente como fundamento constitucional brasileiro, aparece também implicitamente no que se refere ao recorte das categorias estabelecidas no presente estudo, e, estando o direito à vida expressamente contida no Artigo 5º, passamos a exposição das demais categorias.

No que se refere a liberdade de expressão e informação, a previsão expressa aparece nos incisos IX e XIV, do Artigo 5º⁴⁶ no artigo 216⁴⁷ e no Artigo 220⁴⁸.

Por sua vez, a igualdade, além de ser estabelecida já no preâmbulo⁴⁹ do texto constitucional brasileiro e estar expressamente estabelecida no caput e em alguns incisos do Artigo 5º, figura como princípio em inúmeros outros dispositivos como regra geral para garantia de direitos.

O sufrágio universal está expressamente capitulado no Artigo 14⁵⁰, que estabelece que a soberania popular brasileira será exercida pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

4.3 Constituição de Cabo Verde

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 75.

⁴⁵ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, outubro de 1988.

⁴⁶ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional [...] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, outubro de 1988.

⁴⁷ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; [...] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, outubro de 1988.

⁴⁸ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou

veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, outubro de 1988.

⁴⁹ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, outubro de 1988.

⁵⁰ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. [...] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, outubro de 1988.

A Constituição da República de Cabo Verde recepciona expressamente a dignidade humana já no seu preâmbulo⁵¹, colocando-a como valor absoluto e sobrepondo-se ao próprio Estado.

Ao tratar dos princípios fundamentais no Artigo 1º⁵², o texto constitucional cabo-verdiano garante o respeito pela dignidade da pessoa humana e reconhece a inviolabilidade e inalienabilidade dos direitos humanos como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça.

A recepção implícita à dignidade humana, conforme as categorias elencadas no presente artigo, no que concerne ao direito à vida, o Artigo 28⁵³ estabelece que a vida humana e a integridade física e moral das pessoas são invioláveis, abolindo do território cabo-verdiano a tortura, penas ou tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, determinando que em caso algum haverá pena de morte.

No que se refere à liberdade de expressão e informação o Artigo 48⁵⁴ dispõe sobre a

liberdade de expressão e de divulgar as suas ideias pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, garantindo aos cidadãos cabo-verdianos o direito de informar e de serem informados, proibindo limitações ou qualquer forma de censura, resguardando o direito de resposta e de retificação, bem como o direito de indenização pelos danos sofridos em virtude de infrações cometidas no exercício da liberdade de expressão e informação, e o Artigo 54⁵⁵ resguarda ainda a livre criação intelectual, cultural e científica, bem como a divulgação de obras literárias, artísticas e científicas.

A universalidade, prevista no Artigo 23⁵⁶ estabelece que todos os cidadãos gozam dos mesmos direitos, liberdades e garantias, bem como, estão sujeitos aos deveres estabelecidos na Constituição. Já o Artigo 24º⁵⁷ que trata da igualdade, garante a todos os cidadãos cabo-verdianos igual dignidade social, estabelecendo que ninguém será privilegiado, beneficiado ou prejudicado, privado de qualquer direito ou

⁵¹ PREÂMBULO [...] Assumindo plenamente o princípio da soberania popular, o presente texto da Constituição consagra um Estado de Direito Democrático com um vasto catálogo de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, a concepção da dignidade da pessoa humana como valor absoluto e sobrepondo-se ao próprio Estado, um sistema de governo de equilíbrio de poderes entre os diversos órgãos de soberania, um poder judicial forte e independente, um poder local cujos titulares dos órgãos são eleitos pelas comunidades e perante elas responsabilizados, uma Administração Pública ao serviço dos cidadãos e concebida como instrumento do desenvolvimento e um sistema de garantia de defesa da Constituição característico de um regime de democracia pluralista. CABO VERDE. **Constituição da República de Cabo Verde**. Disponível em: <https://www.parlamento.cv/downloads/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Rep%C3%BAblica%20de%20Cabo%20verde.%202010.pdf>. Acesso 25 jun. 2022.

⁵² Artigo 1º (República de Cabo Verde) - 1. Cabo Verde é uma República soberana, unitária e democrática, que garante o respeito pela dignidade da pessoa humana e reconhece a inviolabilidade e inalienabilidade dos direitos humanos como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça. CABO VERDE. **Constituição da República de Cabo Verde**, julho de 2010.

⁵³ Artigo 28º (Direito à vida e à integridade física e moral) - 1. A vida humana e a integridade física e moral das pessoas são invioláveis. 2. Ninguém pode ser submetido a tortura, penas ou tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, e em caso algum haverá pena de morte. CABO VERDE. **Constituição da República de Cabo Verde**, julho de 2010.

⁵⁴ Artigo 48º (Liberdades de expressão e de informação) 1. Todos têm a liberdade de exprimir e de divulgar as suas ideias pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, ninguém podendo ser inquietado pelas suas opiniões

políticas, filosóficas, religiosas ou outras. 2. Todos têm a liberdade de informar e de serem informados, procurando, recebendo e divulgando informações e ideias, sob qualquer forma, sem limitações, discriminações ou impedimentos. 3. É proibida a limitação do exercício dessas liberdades por qualquer tipo ou forma de censura. 4. As liberdades de expressão e de informação têm como limites o direito à honra e consideração das pessoas, o direito ao bom-nome, à imagem e à intimidade da vida pessoal e familiar. [...] 7. É assegurado a todas as pessoas singulares ou colectivas, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito de indemnização pelos danos sofridos em virtude de infrações cometidas no exercício da liberdade de expressão e informação. CABO VERDE. **Constituição da República de Cabo Verde**, julho de 2010.

⁵⁵ Artigo 54º (Liberdade de criação intelectual, artística e cultural) - 1. É livre a criação intelectual, cultural e científica, bem como a divulgação de obras literárias, artísticas e científicas. [...] CABO VERDE. **Constituição da República de Cabo Verde**, julho de 2010.

⁵⁶ Artigo 23º (Princípio da universalidade) - 1. Todos os cidadãos gozam dos direitos, das liberdades e das garantias e estão sujeitos aos deveres estabelecidos na Constituição. [...] CABO VERDE. **Constituição da República de Cabo Verde**, julho de 2010.

⁵⁷ Artigo 24º (Princípio da igualdade) - Todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, ninguém podendo ser privilegiado, beneficiado ou prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de raça, sexo, ascendência, língua, origem, religião, condições sociais e económicas ou convicções políticas ou ideológicas. CABO VERDE. **Constituição da República de Cabo Verde**, julho de 2010.

isento de qualquer dever em razão de raça, sexo, ascendência, língua, origem, religião, condições sociais e económicas ou convicções políticas ou ideológicas.

O sufrágio universal está garantido no Artigo 4º⁵⁸, estabelecendo o poder político ao povo, que elegerá seus representantes por meio de referendo, e que os titulares dos órgãos do poder político, poderão ser também designados pelos representantes do povo ou pela forma constitucional ou legalmente estabelecida.

4.4 Constituição de Moçambique

A constituição moçambicana é fundamentada no conceito de dignidade humana, e muito embora apresente expressamente a categoria “dignidade humana”, referindo-se à pessoa apenas duas vezes no texto constitucional, pode-se observar a recepção da dignidade implicitamente em vários artigos, como ver-se-á a seguir com base nas categorias listadas pelo presente estudo.

O direito à vida está previsto no Artigo 40⁵⁹, estabelecendo que todo o cidadão tem direito à vida e à integridade física e moral e não pode ser

sujeito à tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos e no mesmo sentido, a República de Moçambique aboliu a pena de morte.

A Liberdades de expressão e informação, estabelecido no Artigo 48⁶⁰, garante à todo cidadão moçambicano o direito à liberdade de expressão, à liberdade de imprensa, bem como o direito à informação que não podem ser limitados por censura, bem como, a liberdade de imprensa resguardado o direito ao sigilo da fonte. Já o Artigo 115⁶¹ garante a livre expressão das tradições e valores da sociedade moçambicana.

O princípio da universalidade e igualdade encontra previsão no Artigo 35⁶² estabelecendo que todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, independentemente da cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais, profissão ou opção política.

Por sua vez, a igualdade de gênero no Artigo 36⁶³ garante a homens e mulheres igualdade perante a lei em todos os domínios da vida política, económica, social e cultural.

Por fim, os Artigos 73⁶⁴ e 136⁶⁵ tratam do sufrágio universal, garantindo o direito do povo

⁵⁸ Artigo 4º (Exercício do poder político) - 1. O poder político é exercido pelo povo através do referendo, do sufrágio e pelas demais formas constitucionalmente estabelecidas. 2. Para além da designação por sufrágio dos titulares dos órgãos do poder político, estes poderão ser também designados pelos representantes do povo ou pela forma constitucional ou legalmente estabelecida. CABO VERDE. **Constituição da República de Cabo Verde**, julho de 2010.

⁵⁹ ARTIGO 40 (Direito à vida) - 1. Todo o cidadão tem direito à vida e à integridade física e moral e não pode ser sujeito à tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos. 2. Na República de Moçambique não há pena de morte. MOÇAMBIQUE. **Constituição da República de Moçambique**. Disponível em: <https://reformatar.co.mz/documentos-diversos/lei-1-2018-revisao-pontual-constituicao-republica-mocambique-e-2018.pdf/view>. Acesso 20 jun. 2022.

⁶⁰ ARTIGO 48 (Liberdades de expressão e informação) - 1. Todos os cidadãos têm direito à liberdade de expressão, à liberdade de imprensa, bem como o direito à informação. 2. O exercício da liberdade de expressão, que compreende nomeadamente, a faculdade de divulgar o próprio pensamento por todos os meios legais, e o exercício do direito à informação não podem ser limitados por censura. 3. A liberdade de imprensa compreende, nomeadamente, a liberdade de expressão e de criação dos jornalistas, o acesso às fontes de informação, a protecção da independência e do sigilo profissional e o direito de criar jornais, publicações e outros meios de difusão. 4. Nos meios de comunicação social do sector público são assegurados a expressão e o confronto de ideias das diversas correntes de opinião.

[...]MOÇAMBIQUE. **Constituição da República de Moçambique**, junho de 2018.

⁶¹ ARTIGO 115 (Cultura) - 1. O Estado promove o desenvolvimento da cultura e personalidade nacionais e garante a livre expressão das tradições e valores da sociedade moçambicana. MOÇAMBIQUE. **Constituição da República de Moçambique**, junho de 2018.

⁶² ARTIGO 35 (Princípio da universalidade e igualdade) - Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, independentemente da cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais, profissão ou opção política. MOÇAMBIQUE. **Constituição da República de Moçambique**, junho de 2018.

⁶³ARTIGO 36 (Princípio da Igualdade do gênero) - O homem e a mulher são iguais perante a lei em todos os domínios da vida política, económica, social e cultural. MOÇAMBIQUE. **Constituição da República de Moçambique**, junho de 2018.

⁶⁴ ARTIGO 73 (Sufrágio universal) - O povo moçambicano exerce o poder político através do sufrágio universal, directo, igual, secreto e periódico para a escolha dos seus representantes, por referendo sobre as grandes questões nacionais e pela permanente participação democrática dos cidadãos na vida da Nação. MOÇAMBIQUE. **Constituição da República de Moçambique**, junho de 2018.

⁶⁵ ARTIGO 135 (Princípios gerais do sistema eleitoral) – 1. O sufrágio universal, directo, igual, secreto, pessoal e periódico constitui a regra geral de designação do Presidente da República, dos deputados da Assembleia da República, dos

moçambicano a exercer o poder político através do voto, direto, igual, secreto e periódico para a escolha dos seus representantes, por referendo sobre as grandes questões nacionais e pela permanente participação democrática dos cidadãos na vida da Nação.

4.5 Constituição de Portugal

O texto Constitucional português, em seu Artigo 1º⁶⁶ estabelece que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, recepcionando, portanto, expressamente a dignidade humana como um princípio fundamental e norteador.

O Artigo 26⁶⁷ também recepciona expressamente a dignidade humana, ao tratar dos direitos pessoais e estabelecer que a lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e as famílias, garantindo também a dignidade pessoal.

O direito à vida na Constituição portuguesa está estabelecido no artigo 24⁶⁸ o qual estabelece que a vida humana é inviolável, e que em caso

algun haverá pena de morte em território português.

A liberdade de expressão e informação, está garantida no Artigo 37⁶⁹, segundo o qual todo cidadão português tem o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações ou qualquer tipo ou forma de censura, resguardados o direito de resposta e de indenização em caso de violação deste direito.

No que se refere a universalidade, o Artigo 12⁷⁰ assegura que todos os cidadãos portugueses gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados no texto constitucional, que os grupos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres compatíveis com a sua natureza.

A igualdade, estabelecida no Artigo 13⁷¹ prevê que todos os cidadãos portugueses têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, e que ninguém será privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, religião, convicções políticas ou ideológicas, posição econômica, social ou orientação sexual.

Por sua vez, o Artigo 10⁷² garante ao cidadão português o direito ao voto para eleger

membros das assembleias provinciais, dos governadores de Província, das assembleias distritais, dos administradores de Distrito, dos membros das assembleias autárquicas e dos presidentes dos conselhos autárquicos. [...] MOÇAMBIQUE. **Constituição da República de Moçambique**, junho de 2018.

⁶⁶ Artigo 1.º (República Portuguesa) - Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 20 jun. 2022.

⁶⁷ Artigo 26.º (Outros direitos pessoais) – [...] 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. 3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**.

⁶⁸ Artigo 24.º (Direito à vida) - 1. A vida humana é inviolável. 2. Em caso algum haverá pena de morte. PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**.

⁶⁹ Artigo 37.º (Liberdade de expressão e informação) - 1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem

discriminações. 2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura. [...] 4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos. PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**.

⁷⁰ Artigo 12.º (Princípio da universalidade) - 1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição. 2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza. PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**.

⁷¹ Artigo 13.º (Princípio da igualdade) - 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual. PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**.

⁷² Artigo 10.º (Sufrágio universal e partidos políticos) - 1. O povo exerce o poder político através do sufrágio universal, igual, directo, secreto e periódico, do referendo e das demais formas previstas na Constituição. [...] PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**.

seus representantes, estabelecendo que o povo exerce o poder político por meio do sufrágio universal, igual, direto, secreto e periódico, do referendo e das demais formas previstas no texto constitucional.

4.6 Constituição de São Tomé e Príncipe

A Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe cita expressamente a dignidade humana em seu preâmbulo⁷³ ao abordar a conquista da sua soberania e independência nacional, a restauração de direitos usurpados e pela reafirmação da dignidade humana e personalidade africana do povo são-tomense.

A partir dos fundamentos e objetivos, a recepção à dignidade humana no texto constitucional são-tomense ocorre em dispositivos que abarcam as categorias elencadas no presente estudo, como o direito à vida, estabelecido no Artigo 22⁷⁴ que garante que a vida humana é inviolável, e que em caso algum, haverá pena de morte no território são-tomense.

A liberdade de expressão e informação está estabelecida no Artigo 29⁷⁵ garantindo ao cidadão são-tomense o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio.

A igualdade não é prevista em dispositivo específico, entretanto, está resguardada no Artigo 42⁷⁶, que estabelece que o Estado deve

assegurar a igualdade de oportunidades na escolha da profissão, com condições iguais de acesso para homens e mulheres a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais, e ainda, no Artigo 26⁷⁷ que prevê que todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.

Por fim, no que se refere ao sufrágio universal, o Artigo 6º⁷⁸ estabelece que a República Democrática de São Tomé e Príncipe é um Estado de Direito democrático, baseado nos direitos fundamentais da pessoa humana, e que o poder político pertence ao povo, que o exerce por meio de sufrágio universal, igual, direto e secreto nos termos do texto constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade humana está atrelada diretamente à natureza do homem, à sua essência, Refletindo direitos e deveres do cidadão, estando portanto, diretamente ligada à essência da humanidade.

A dignidade é um princípio que não nasceu pronto, definido, pelo contrário, vem moldando-se constantemente à evolução e a própria existência do ser humano, tanto individual, quanto coletivamente, e pode ser interpretada a partir da realidade local de cada comunidade, grupo social e até mesmo, país. Daí justifica-se a necessidade do estudo sobre a recepção da dignidade humana em textos constitucionais de

⁷³ Preâmbulo - Durante cinco séculos o Povo São-tomense travou contra a dominação colonial, um combate difícil e heróico, pela libertação da sua Pátria ocupada, pela conquista da Soberania e Independência Nacional, pela restauração dos seus direitos usurpados e pela reafirmação da sua dignidade humana e personalidade africana. [...] SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE. **Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/saotomeeprincipe/constituicao/constituicao-da-republica-democratica-de-s.tome-e#a1> Acesso em: 20 jun. 2022.

⁷⁴ Artigo 22º Direitos à Vida - 1. A vida humana é inviolável. 2. Em caso algum, haverá pena de morte. SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE. **Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe**, janeiro de 2003.

⁷⁵ Artigo 29.º - Liberdade de expressão e informação - 1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio. [...] SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE. **Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe**, janeiro de 2003.

⁷⁶ Artigo 42.º - Direito ao trabalho - 1. Todos têm direito ao trabalho. 2. O dever de trabalhar é inseparável do direito ao trabalho. 3. Incumbe ao Estado assegurar a igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais. [...] SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE. **Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe**, janeiro de 2003.

⁷⁷ Artigo 26.º - Família, Casamento e Filiação - 1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade. [...] SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE. **Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe**, janeiro de 2003.

⁷⁸ Artigo 6.º - Estado de Direito Democrático - 1. A República Democrática de São Tomé e Príncipe é um Estado de Direito democrático, baseado nos direitos fundamentais da pessoa humana. 2. O poder político pertence ao povo, que o exerce através de sufrágio universal, igual, directo e secreto nos termos da Constituição. SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE. **Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe**, janeiro de 2003.

países que compõe a Comunidade de Língua Portuguesa.

O presente artigo abordou a dignidade a partir da recepção expressa à dignidade humana, e quando não identificado expressamente, identificou a dignidade humana a partir das categorias direito à vida, liberdade de expressão e informação, universalidade e igualdade, igualdade de gênero e sufrágio universal, tomando como fonte de estudo respectivamente, as Constituições de Angola, Brasil, Cabo Verde, Moçambique, Portugal e São Tomé e Príncipe.

Tal recorte se fez necessário ao se constatar que alguns textos constitucionais recepcionam a dignidade humana de forma não expressa, e sim, implicitamente, por meio de dispositivos - tais quais os relacionados - que acabam garantindo dignidade às pessoas por apresentarem amplo valor interpretativo.

Nesse contexto, observa-se que, muito embora a dignidade humana muitas vezes seja recepcionada implicitamente em dispositivos indiretos, como àqueles garantidores de direitos baseados nas categorias aqui supracitadas, os textos constitucionais lusófonos acabam por recepcionar a dignidade de forma a garantir a seus respectivos povos, direitos básicos e norteadores à partir de suas Constituições.

Conclui-se, portanto, que a evolução político-constitucional registada nos países da Comunidade de Língua Portuguesa nas últimas décadas e espelhada nos textos constitucionais, consagra os avanços políticos conquistados pelos seus povos, no que tange à direitos políticos, sociais e econômicos, no direito à vida, ao voto, à igualdade, à universalidade dos direitos, no direito à liberdade de expressão e informação, e em muitos outros, colocam os textos fundamentais vigentes nos Estados membros da lusofonia em linha com os mais altos padrões de prática política, social e jurídica, tendo como base norteadora, a dignidade humana.

O presente estudo não tomou como base o direito comparado para analisar os textos constitucionais, muito pelo contrário, o que se apresentou foi uma análise sobre como cada constituição aborda a dignidade humana em seu texto.

O assunto não se esgota com as constatações apresentadas. Pelo contrário, abrem-se novas possibilidade de aprofundamento do estudo sobre dignidade

humana e suas nuances nos textos constitucionais lusófonos vigentes, de modo a ampliar o debate tanto na academia, na sociedade quanto no meio jurídico em geral.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ANGOLA. **Constituição da República de Angola**. janeiro de 2010. Disponível em: <http://tribunalsupremo.ao/wp-content/uploads/2018/05/constituicao-da-republica-de-angola.pdf>. Acesso em 20 jul. 2022.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**. Lições de Filosofia do Direito e do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade: serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 4, n. 16, out. 2002. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/3124> 1. Acesso em: Acesso: 30 out. 2022.

BANDEIRA DE MELLO, Celso. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 4. ed. São Paulo: Juspodium, 2021.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição: os caminhos da democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2022.

CABO VERDE. **Constituição da República de Cabo Verde**. Disponível em: <https://www.parlamento.cv/downloads/Constituicao%20da%20Rep%C3%ABlica%20de%20Cabo%20verde,%202010.pdf>. Acesso 25 jun. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

COSTA, Nelson Nery. Dicionário de Latim forense. Pirassununga, SP: Lawbook, 2010.

DEMARCHI, Clovis; MAIESKI, Elaine Cristina. Estatuto da Pessoa com Deficiência, alterações legislativas e implementação de políticas públicas. ALMEIDA, Flávio Aparecido de (org.)

Políticas Públicas, Educação e Diversidade: Uma Compreensão Científica do Real. Guarujá, SP: Científica Digital, 2020, v. 1.

DEMARCHI, Clovis; MAIESKI, Elaine Cristina. O Estatuto da Pessoa com Deficiência como instrumento de efetivação da dignidade humana. **Revista Direito e Liberdade**. v. 23, n. 2. Natal, maio/ago. 2021, p. 35-58. Disponível em: http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/2106. Acesso em: 30 out. 2022.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Igualdade de gênero no poder judiciário: uma proposta de ação afirmativa. Disponível em: <file:///C:/Users/Elaine/Downloads/36800-Texto%20do%20Artigo-132308-1-10-20200512.pdf>. **Revista Direito e Sexualidade** n. 1, maio.2020. Acesso em: 30 out. 2022.

LASSALLE, Ferdinan. **A Essência da Constituição**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**. Imprensa: Padova, Cedam, 2002.

MOÇAMBIQUE. **Constituição da República de Moçambique**. Disponível em: https://reformular.co.mz/documentos-diversos/lei_1-2018_revisao_pontual_constituicao_republica_mocambique_2018.pdf/view. Acesso 20 jun. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais:** Teoria Geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOURÃO, Fernando Augusto Albuquerque; PORTO, Walter Costa; MANTOVANINI, Thelmer Mário. **As constituições dos países da comunidade de língua portuguesa:** comentadas. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2008.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso: 25 out. 2022.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 20 jun. 2022.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE. **Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/saotomeeprincipe/constituicao/constituicao-da-republica-democratica-de-s.tome-e#a1> Acesso em: 20 jun. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2012.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Conteúdo, Trajetória e metodologia. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

SILVEIRA, Maria Lúcia da. Políticas públicas de gênero: impasses e desafios para fortalecer a agenda política na perspectiva da igualdade. In: **Revista Presença de Mulher**, ano XVI, n. 45, outubro/2003

SMART CITIES E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: POR UM CÓDIGO DE CONDUTA PARA UMA TRANSIÇÃO DIGITAL LOCAL DATA PROTECTION FRIENDLY

Isabel Celeste M. Fonseca*
Joel A. Alves**

INTRODUÇÃO

Não há como negar: a *transição digital* assume-se, hoje, como uma prioridade política; seja para a União Europeia e para os seus Estados-Membros, seja também, de forma cada vez mais vincada, para as Regiões e Governos Locais¹.

Com efeito, é sem surpresas que se assiste à reconfiguração do conceito de cidade inteligente (*smart city*); o qual surge ora identificado, já não só com as dimensões da *sustentabilidade* e da *eficiência na gestão de recursos dos aglomerados urbanos*, mas antes, e sobretudo, com as ideias de *tecnologia* e *inovação*².

A explicação para tal é simples. Afinal, muito embora não podendo ser encaradas como uma panaceia, não sofre dúvida que as tecnologias de informação e comunicação, bem como os valores que lhes estão associados, gozam de potencial para desempenhar um papel importante – e porventura até insubstituível – na resposta a alguns dos principais desafios com que

as cidades se defrontam no âmbito do corrente século³. Daí que, não falte mesmo quem argumente que, no mundo em que vivemos, uma *cidade inteligente* dificilmente poderá deixar de ser concebida, ao menos em parte, como uma *cidade mais digital*⁴.

Ocorre que, sem prejuízo das suas (indiscutíveis) vantagens e benefícios, a transformação digital da urbe não se encontra isenta de riscos. Desde logo, porque a utilização de novos meios tecnológicos, por parte de órgãos e agentes administrativos locais, *no e para* o exercício das respetivas funções, pressupõe um incremento da *quantidade* e *diversidade* de dados tratados por estas estruturas, com recurso a *meios total ou parcialmente automatizados*⁵. Dados esses que, na sua maioria, se tratam de *dados pessoais*, na aceção do art. 4.º/1 do

(*) Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora Principal no âmbito do projeto «Smart Cities and Law, E.Governance and Rights: Contributing to the definition and implementation of a Global Strategy for Smart Cities», ref. NORTE-01-0145-FEDER-000063.

(**) Investigador-bolsheiro no âmbito do projeto «Smart Cities and Law, E.Governance and Rights: Contributing to the definition and implementation of a Global Strategy for Smart Cities», IP Isabel Celeste M. Fonseca, ref. NORTE-01-0145-FEDER-000063. Doutorando em Ciências Jurídicas, na especialidade de Ciências Jurídicas Públicas, na Escola de Direito da Universidade do Minho.

¹ Para mais desenvolvimentos, cfr. Isabel Celeste M. Fonseca, “Governança Pública Digital e a Proteção de Dados Pessoais: notas breves sobre as dificuldades de harmonização”, in *Estudos de E.Governança, Transparência e Proteção de Dados* (coord. Isabel Celeste M. Fonseca), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 10 e ss.

² Cfr. Isabel Celeste M. Fonseca, “Governança Pública (Local) Digital: notas breves sobre a estratégia em curso de aceleração da transição digital”, in *Direito Administrativo e Tecnologia* (coord. Artur Flaminio da Silva), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 29-30.

³ Nesse sentido, cfr. Julián Valero Torrijos, “Ciudades Inteligentes y Datos Abiertos: Implicaciones Jurídicas para la Protección de los Datos de Carácter Personal”, in *Istituzioni del Federalismo: Revista di Studi Giuridici e Politici*, n.º 4, 2015, pp. 1025-1026.

⁴ Sustentando tal entendimento, cfr. Jean-Bernard Auby, “Smart Cities: a Brief Introduction”, in *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 2, n.º 1, 2021, p. 17.

⁵ Em sentido próximo, ainda que numa ótica alargada à generalidade da Administração Pública, cfr., entre outros, Antonio Trancoso Reigada, “La Administración Electrónica y la Protección de Datos Personales”, in *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 16, 2008, pp. 59-60; José Luís Piñar Mañas, “Administración Electrónica y Protección de Datos Personales”, in *Dereito. Monográfico: Estudios sobre la modernización administrativa*, 2011, pp. 148 e 164.

Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados⁶. E que, como tal, podem causar danos físicos, materiais ou imateriais aos titulares a que correspondem, caso se venham a revelar objeto de uma eventual utilização indevida⁷.

É pois, atento este quadro, que se impõe aos responsáveis políticos e administrativos locais um especial esforço de *ponderação* e *balanceamento*, tendo em vista a conceção – e execução – de soluções que permitam, simultaneamente, (i) aproveitar todas as potencialidades do *processo de transição digital em curso*, e (ii) garantir uma efetiva proteção dos cidadãos, relativamente ao tratamento abusivo das informações que lhes digam respeito, tal como determinam o art. 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o art. 16.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁸. Tarefa que, todavia, se não afigura, de todo, fácil – muito em parte, devido à *complexidade técnica e carácter indeterminado* da maioria dos princípios e regras estabelecidos pelo RGPD, em concretização desses mesmos preceitos jurídicos.

Neste conspecto, o propósito do presente artigo prende-se com evidenciar como um Código de Conduta, aprovado nos termos e para os efeitos previstos no art. 40.º do Regulamento – sobre o qual melhor nos debruçaremos adiante – poderá constituir um elemento decisivo na procura por um tão intrincado equilíbrio.

Para tal, começar-se-á por explicar *o que são Códigos de Conduta e quais as funções que*

lhes são cometidas, no plano europeu, ao abrigo do RGPD e da demais legislação aplicável em matéria de proteção de dados pessoais (§1). Seguidamente, procurar-se-ão salientar as principais vantagens associadas a este tipo de instrumentos, bem assim como os requisitos (formais e materiais), prescritos pelo Regulamento, para que os mesmos possam ser aproveitados. Tudo, sem deixar de enunciar algumas pistas quanto ao possível conteúdo a revestir por um eventual *Código de Conduta para a Transição Digital Local* (§2). Terminar-se-á com algumas propostas e notas de reflexão, destinadas a contribuir para aquele que constitui o objetivo último do presente escrito: incentivar a elaboração de um tal Código por parte da Associação Nacional de Municípios Portugueses (ANMP) e da Associação Nacional de Freguesias (ANAFRE).

1. DOS CÓDIGOS DE CONDUTA EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

1.1 O que são?

À semelhança do que já que acontecia no quadro da Diretiva 95/46/CE⁹, o RGPD não avança, ao longo dos seus 99 artigos e 173 considerandos, quaisquer pistas sobre aquilo que deve entender-se por um «Código de Conduta».

Sem embargo, teve já o Comité Europeu para a Proteção de Dados oportunidade de esclarecer¹⁰ que, para efeitos para efeitos de

⁶ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (de ora em diante, abreviadamente designado pela sigla «RGPD», ou simplesmente como «Regulamento»).

⁷ A este propósito, o considerando 85 do RGPD é elucidativo: uma eventual violação de dados pessoais – entendida, nos termos do art. 4.º/12 do Regulamento, como “uma violação da segurança que provoque, de modo acidental ou ilícito, a destruição, a perda, a alteração, a divulgação ou o acesso, não autorizados, a dados pessoais transmitidos, conservados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento” – pode causar prejuízos significativos às pessoas singulares por esta afetadas, incluindo “a perda de controlo sobre os seus dados pessoais, a limitação dos seus direitos, a discriminação, o roubo ou usurpação da identidade, perdas financeiras, a inversão não autorizada da pseudonimização, danos para a reputação, a perda de confidencialidade de dados pessoais protegidos por sigilo profissional ou qualquer outra desvantagem

económica ou social significativa das pessoas singulares”.

⁸ Para mais desenvolvimentos, cfr. Joel A. Alves, O Novo Modelo de Proteção de Dados Pessoais Europeu: da heterorregulação à autorregulação publicamente regulada”, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 50 e ss.

⁹ Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, a qual foi revogada pelo RGPD.

¹⁰ Recorde-se que, nos termos do art. 70.º do RGPD, incumbe ao Comité Europeu para a Proteção de Dados assegurar a “aplicação coerente” do Regulamento entre os diversos Estados-Membros da União Europeia; razão pela qual o legislador lhe cometa um verdadeiro poder-dever, no que diz respeito à emissão de diretrizes, recomendações e melhores práticas sobre as mais diversas matérias, no domínio da proteção de dados pessoais – como sejam, para o que aqui releva, as relacionadas com a elaboração e aprovação de Códigos

aplicação das pertinentes disposições do Regulamento, podem estes Códigos ser definidos enquanto “*instrumentos de responsabilização voluntários* que estabelecem *regras específicas* em matéria de proteção de dados para categorias de responsáveis pelo tratamento de dados e de subcontratantes”¹¹ (*destaque nosso*).

Da noção apresentada extraem-se, portanto, duas conclusões fundamentais:

- a) Em primeiro lugar, os Códigos de Conduta a que o RGPD alude – designadamente, no seu art. 40.º – constituem instrumentos dotados de uma *vinculatividade restringida*¹². Isto porque, como a própria expressão “*instrumentos de responsabilização voluntários*” indica, a decisão de aderir a um determinado Código – e por consequência, de ficar adstrito às disposições nele contidas – encontra-se na

de Conduta, bem assim como com a sua subsequente supervisão por parte dos organismos responsáveis.

- ¹¹ Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679”, versão 2.0, 4 de junho de 2019, p. 7.
- ¹² Cfr. María Mercedes Serrano Pérez, “Los Códigos de Conducta (Comentario al Artículo 40 RGPD y al Artículo 38 y Disposición Transitoria Segunda LOPDP)”, in Comentario al Reglamento General de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (coord. Antonio Trancoso Reigada), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 2387.
- ¹³ Nesse sentido, cfr., por todos, Irene Kamara, anotação ao artigo 40.º, in The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a Commentary (org. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave e Christopher Docksey), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 721.
- ¹⁴ Não obstante, o mesmo já não sucederá a partir da sua decisão de adesão a um tal Código. É que, nos termos do art. 40.º/4 do RGPD, um Código de Conduta deve necessariamente prever mecanismos que permitam “a supervisão obrigatória do cumprimento das suas disposições por parte dos responsáveis pelo tratamento ou subcontratantes que se comprometam a aplicá-lo”. Supervisão essa, que deve ser realizada “por um organismo que tenha um nível adequado de competência relativamente ao objeto do código e esteja acreditado para o efeito pela autoridade de controlo competente” (art. 41.º/1); cabendo ao mesmo tomar “sob reserva das garantias adequadas, as medidas que forem adequadas em caso de violações do código por um responsável pelo tratamento ou por um subcontratante, incluindo a suspensão ou exclusão desse responsável ou subcontratante do código art. 41.º/4). Ademais, importa levar em conta que a eventual violação das disposições de um Código de Conduta pode ainda constituir uma *circunstância agravante*, aquando da decisão de uma

disponibilidade dos seus potenciais destinatários¹³, podendo estes livremente optar por não o fazer, sem que daí decorram quaisquer consequências de relevo¹⁴. Tanto assim é, que a própria elaboração dos Códigos anteriormente mencionados se demonstra facultativa¹⁵, limitando-se o Regulamento a estabelecer que os Estados-Membros, as autoridades de controlo, o Comité Europeu para a Proteção de Dados e a Comissão devem tomar providências no sentido de fomentar a sua elaboração, por parte de associações e outros organismos representantes de categorias de responsáveis pelo tratamento ou de subcontratantes¹⁶.

- b) Em segundo lugar, os Códigos anteriormente referidos assumem uma natureza *complementar* face ao RGPD¹⁷. O

autoridade de controlo aplicar um coima, e decidir sobre o seu montante, em caso do eventual incumprimento de um determinado responsável pelo tratamento ou subcontratante com certos princípios e regras previstos no RGPD.

- ¹⁵ O art. 40.º/2 do RGPD é, a este propósito, elucidativo: “as associações e outros organismos representantes de categorias de responsáveis pelo tratamento ou de subcontratantes *podem elaborar códigos de conduta*, alterar ou aditar a esses códigos, a fim de especificar a aplicação do presente regulamento” (*destaque nosso*). Circunstância que parece não deixar dúvidas quanto à inexistência de qualquer obrigação jurídica, relativamente à feitura deste tipo de instrumentos.
- ¹⁶ Assim decorre do art. 40.º/1 do RGPD; preceito nos termos do qual se estabelece que “[o]s Estados-Membros, as autoridades de controlo, o Comité e a Comissão *promovem a elaboração de códigos de conduta* destinados a contribuir para a correta aplicação do presente regulamento, tendo em conta as características dos diferentes setores de tratamento e as necessidades específicas das micro, pequenas e médias empresas” (*sublinhado nosso*). A mesma ideia parece igualmente encontrar respaldo no Considerando 98 do Regulamento, onde se reforça expressamente a ideia de que “[a]s associações ou outras entidades que representem categorias de responsáveis pelo tratamento ou de subcontratantes *deverão ser incentivadas a elaborar códigos de conduta*, no respeito do presente regulamento, com vista a facilitar a sua aplicação efetiva, tendo em conta as características específicas do tratamento efetuado em determinados setores e as necessidades específicas das micro, pequenas e médias empresas” (*sublinhado nosso*).
- ¹⁷ Cfr. Julián Prieto Hergueta, “Los Códigos de Conducta (Comentario a los Artículos 40 y 41 RGPD y a los Artículos 38 y Disposición Transitoria Segunda LOPDP)”, in Comentario al Reglamento General de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (coord.

que significa que os mesmos podem concretizar as disposições de tal diploma, criando “regras [mais] específicas em matéria de proteção de dados pessoais”, mas jamais substituí-las ou contrariá-las¹⁸. Donde, a eventual adesão a um Código de Conduta, naturalmente, também não isenta responsáveis pelo tratamento e subcontratantes do cumprimento com as obrigações que se lhe colocam ao abrigo do próprio Regulamento¹⁹ – muito embora, como se verá, possa tornar essa tarefa deveras mais simples e eficaz.

1.2 Para que servem?

Dito isto, importa ter presente que, do ponto de vista jurídico, o RGPD reconhece aos supramencionados Códigos duas principais funções ou finalidades.

1.2.1 Função de *facilitação e efetivação do cumprimento*

Assim – e no que concerne à primeira função –, o art. 40.º/1 do RGPD afigura-se por demais elucidativo: os Códigos de Conduta destinam-se “a contribuir para a correta aplicação do presente regulamento, tendo em conta as características dos diferentes setores de

tratamento e as necessidades específicas das micro, pequenas e médias empresas” (destaque nosso). Complementarmente, esclarece o considerando 98 do mesmo diploma que tais instrumentos visam também “facilitar a sua aplicação efetiva, tendo em conta as características específicas do tratamento efetuado em determinados setores e as necessidades específicas das micro, pequenas e médias empresa” (nosso destaque).

Para o efeito, prevê o legislador a possibilidade dos Códigos em questão poderem ser utilizados, por parte de associações e outros organismos representantes de categorias de responsáveis pelo tratamento e subcontratantes, com vista à *especificação* do RGPD em determinados domínios²⁰.

O que se pretende é, pois, que tais instrumentos possam *concretizar e aclarar* os requisitos materiais e organizacionais, de carácter geral e abstrato, previstos no Regulamento²¹, fornecendo orientações *práticas e precisas* quanto à forma como estas devem ser aplicadas no contexto de um concreto setor e das atividades de tratamento nele desenvolvidas²². Objetivo esse que pode ser alcançado através do recurso a uma terminologia única e pertinente para esse mesmo setor²³. Ou ainda, mediante a

Antonio Trancoso Reigada), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 2364.

¹⁸ Cfr. María Mercedes Serrano Pérez, “Los Códigos de Conducta (Comentario al Artículo 40 RGPD y al Artículo 38 y Disposición Transitoria Segunda LOPDP”, p. 2388.

¹⁹ Em sentido idêntico, recordando que o cumprimento com um Código de Conduta “não prejudica o cumprimento do RGPD”, cfr. Carlos Jorge Gonçalves, Anotação ao artigo 40.º do RGPD, in Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados (coord. Alexandre Sousa Pinheiro), Almedina, Coimbra, 2018, p. 485.

²⁰ Cfr. art. 40.º/2 do RGPD. O preceito em causa elenca, aliás, um conjunto de matérias suscetíveis de serem concretizados ao nível de um Código de Conduta, quais sejam: (i) o tratamento equitativo e transparente; (ii) os legítimos interesses dos responsáveis pelo tratamento em contextos específicos; (iii) a recolha de dados pessoais; (iv) a pseudonimização de dados pessoais; (v) a informação prestada ao público e aos titulares dos dados; (vi) o exercício dos direitos dos titulares dos dados; (vi) as informações prestadas às crianças e a sua proteção, e o modo pelo qual o consentimento do titular das responsabilidades parentais da criança deve ser obtido; (vii) as medidas e procedimentos a que aludem os arts. 24.º (Responsabilidade do responsável pelo tratamento) e 25.º (Proteção de dados desde a conceção e por defeito) do Regulamento, bem como as medidas destinadas a garantir

a segurança do tratamento, referidas no seu art. 30.º; (viii) a notificação de violações de dados pessoais às autoridades de controlo e a comunicação dessas violações de dados pessoais aos titulares dos dados; (ix) a transferência de dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais; e (x) as ações extrajudiciais e outros procedimentos de resolução de litígios entre os responsáveis pelo tratamento e os titulares dos dados em relação ao tratamento. Sem embargo, ponto é que a Doutrina tem alertado para a circunstância de tal listagem não revestir um carácter *fechado e exaustivo*, mas antes meramente *exemplificativo*. Daí que, em tese, um Código possa abordar não só os domínios naquela mencionados, com também quaisquer outros regulados ao nível do Regulamento – como, de resto, melhor teremos oportunidade de ver com maior acuidade adiante.

²¹ Cfr. Paul Voigt / Axel von dem Bussche, The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a practical guide, Springer, Cham, 2017, pp. 71 e 73.

²² Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679”, p. 16.

²³ Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679”, p. 17.

apresentação de cenários concretos e exemplos específicos de «melhores práticas»²⁴ – apenas para citar as vias mais paradigmáticas.

1.2.2 Função de *demonstração* do cumprimento

Acresce que, em complemento do exposto, o RGPD veio conferir aos Códigos de Conduta uma nova e importante função. Referimo-nos, em concreto, à possibilidade de a adesão voluntária a tais instrumentos, por parte de responsáveis pelo tratamento e subcontratantes, poder funcionar como um *elemento evidenciador* do seu cumprimento com várias obrigações previstas no Regulamento.

A) O novo modelo de proteção de dados pessoais europeu

Para que devidamente se compreenda a relevância de tal inovação, importa, com efeito, recordar a profunda mudança de paradigma operada pelo RGPD, no que diz respeito à abordagem regulatória das atividades de tratamento de dados pessoais desenvolvidas ao nível da União Europeia e dos Estados-Membros.

Assim, se até 25 de Maio de 2018 – data a partir do qual o Regulamento se tornou diretamente aplicável²⁵ – a Diretiva 95/46/CE estabelecia uma *obrigação geral de notificação* às autoridades de controlo (em determinados casos, complementada pela sujeição a um procedimento destinado à emissão ou recusa de uma *autorização administrativa*) sempre que uma entidade pretendesse tratar dados pessoais²⁶, a verdade é que, após esse momento, tudo mudou, passando tal obrigação a verificar-se apenas em situações muito pontuais²⁷.

Sucedo que, enquanto contrapartida pela eliminação do referido encargo, veio o RGPD introduzir um conjunto de novas imposições, destinadas a transferir o ónus de verificação prévia do cumprimento dos pertinentes princípios e regras em matéria de proteção de dados pessoais, anteriormente cometido à entidade *reguladora*, para a esfera das próprias entidades *reguladas*²⁸. Imposições essas, de entre as quais avulta o princípio axial, nos termos do qual se faz impender sobre os responsáveis pelo tratamento o dever de implementar todas as medidas técnicas e organizativas que se afigurem adequadas, de acordo com uma abordagem baseada no risco²⁹, para *garantir* e a todo o tempo poder *demonstrar* a respetiva conformidade com as disposições do Regulamento (*princípio da responsabilidade*)³⁰.

B) Manifestações específicas

Ora, é, neste contexto que os Códigos de Conduta adquirem um renovado protagonismo, apresentando-se como um instrumento da maior utilidade para todos aqueles que se veem compelidos a ofertar concretização a tão exigente desiderato.

E é assim, pois que, nos termos do art. 24.º/3 do RGPD, “o cumprimento de Códigos de Conduta aprovados conforme referido no artigo 40.º [do Regulamento] (...) *pode ser utilizado como elemento para demonstrar o cumprimento das obrigações do responsável pelo tratamento*” (destaque nosso), funcionando como *indício de prova*³¹ da sua conformidade com uma série de exigências materiais e formais, decorrentes do princípio a que *supra* fizemos referência.

²⁴ Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679”, p. 17.

²⁵ Cfr. art. 99.º/2 do RGPD.

²⁶ Sobre a obrigação em causa e as suas respetivas projeções ao nível da recentemente revogada Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, cfr., por todos, Catarina Sarmento e Castro, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais: a Propósito da Legalização de Tratamentos de Dados Pessoais (Incluindo Videovigilância, Telecomunicações e Internet)*, por Entidades Públicas e por Entidades Privadas, e da sua Comunicação e Acesso, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 65 e ss..

²⁷ Para mais desenvolvimentos, cfr. Joel A. Alves, *O Novo Modelo de Proteção de Dados Pessoais Europeu: Da heterorregulação à autorregulação publicamente regulada*, pp. 107 e ss.

²⁸ Cfr. Filipa Urbano Calvão, “Garantia de direitos: a proteção dos dados pessoais perante os desafios tecnológicos”, in *Garantia de Direitos e Regulação: Perspetivas de Direito Administrativo* (coord. Carla Amado Gomes et al.), AAFDL Editora, Lisboa, 2020, p. 234.

²⁹ Sobre o conceito, cfr., por todos, Teresa Vale Lopes, “Responsabilidade e Governança das Empresas no Âmbito do Novo Regulamento sobre a Proteção de Dados”, in *Anuário da Proteção de Dados 2018* (coord. Francisco Pereira Coutinho e Graça Canto Moniz), Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2018, pp. 50 e ss.

³⁰ Cfr. art. 5.º/2 do RGPD, lido em conjugação com o art. 24.º/1 do mesmo diploma.

³¹ Nesse sentido, cfr. Alberto Díaz-Romeral Gómez, “Los códigos de conducta en el Reglamento General de Protección de Datos”, in *Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (org. Miguel Álvarez Caro / Miguel Recio Gajo), Editorial Reus, Madrid, 2016, pp. 396 e ss.

Nesta senda, é desde logo paradigmático o disposto no art. 32.º/3 do RGPD; preceito o qual estipula que o cumprimento com este tipo de instrumentos pode ser utilizado como elemento para demonstrar que o responsável pelo tratamento dispõe de medidas técnicas e organizativas adequadas para assegurar a segurança dos dados pessoais por si tratados face aos riscos em presença, garantindo a proteção destes últimos contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito, bem como contra a sua perda, destruição ou danificação acidental³².

Por outro lado, merece igualmente nota o art. 35.º/8 do Regulamento, onde se prescreve que, “ao avaliar o impacto das operações de tratamento efetuadas pelos responsáveis pelo tratamento ou pelos subcontratantes, em especial para efeitos de uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados, é tido na devida conta o cumprimento dos códigos de conduta aprovados a que se refere o artigo 40.º por parte desses responsáveis ou subcontratantes”. O que equivale a dizer que o cumprimento com um tal Código pode não só auxiliar os respetivos aderentes a mais facilmente identificarem e avaliarem os riscos associados às atividades de tratamento por si desenvolvidas, como também a colocarem em prática as

medidas mitigadoras mais adequadas para lhes fazer frente³³.

Acresce que, de acordo com o art. 28.º/5 do RGPD, podem estes instrumentos também ser utilizados para demonstrar que um dado subcontratante oferece garantias suficientes – nomeadamente, em termos de conhecimentos especializados, fiabilidade e recursos – quanto à execução de medidas técnicas e organizativas que cumpram os requisitos do Regulamento. E, por consequência, para evidenciar o cumprimento do responsável pelo tratamento que naquele pretende externalizar certas operações por si realizadas com todas as exigências a que se encontra adstrito ao abrigo do art. 28.º/1 do RGPD³⁴.

Finalmente, cumpre ainda salientar a possibilidade de os citados Códigos poderem ser utilizados como um mecanismo legitimador de transferências de dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais³⁵, constituindo “garantias adequadas”, nos termos e para os efeitos previstos no regime especial de proteção, contemplado no Capítulo V do Regulamento³⁶. Tudo isto, note-se, sem esquecer que a adesão e cumprimento com um instrumento de tal natureza, por parte de um responsável pelo tratamento, sempre deverá ser

(32) Recorde-se que, nos termos do art. 5.º/1/f) do RGPD, incumbe ao responsável pelo tratamento garantir que os dados pessoais sob a sua responsabilidade são “tratados de uma forma que garanta a sua segurança, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação acidental, adotando as medidas técnicas ou organizativas adequadas” (*princípio da segurança*). Imposição que surge melhor concretizada no art. 32.º/1 do Regulamento, onde se estabelece que “tendo em conta as técnicas mais avançadas, os custos de aplicação e a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento, bem como os riscos, de probabilidade e gravidade variável, para os direitos e liberdades das pessoas singulares, o responsável pelo tratamento e o subcontratante aplicam as medidas técnicas e organizativas adequadas para assegurar um nível de segurança adequado ao risco, incluindo, consoante o que for adequado: a) a pseudonimização e a cifragem dos dados pessoais; b) a capacidade de assegurar a confidencialidade, integridade, disponibilidade e resiliência permanentes dos sistemas e dos serviços de tratamento; c) a capacidade de restabelecer a disponibilidade e o acesso aos dados pessoais de forma atempada no caso de um incidente físico ou técnico; d) um processo para testar, apreciar e avaliar regularmente a eficácia das medidas técnicas e organizativas para garantir a segurança do tratamento” (*nosso destaque*).

(33) No mesmo sentido parece, aliás, apontar o Considerando 77 do RGPD, segundo o qual “[a]s orientações sobre a execução de medidas adequadas e sobre a comprovação de conformidade pelos responsáveis pelo tratamento ou subcontratantes, em especial no que diz respeito à identificação dos riscos relacionados com o tratamento, à sua avaliação em termos de origem, natureza, probabilidade e gravidade, bem como à identificação das melhores práticas para a atenuação dos riscos, poderão ser obtidas nomeadamente recorrendo a códigos de conduta (...)”.

(34) Recorde-se que, de acordo com o referido preceito “[q]uando o tratamento dos dados for efetuado por sua conta, o responsável pelo tratamento recorre apenas a subcontratantes que apresentem garantias suficientes de execução de medidas técnicas e organizativas adequadas de uma forma que o tratamento satisfaça os requisitos do presente regulamento e assegure a defesa dos direitos do titular dos dados”.

(35) Cfr. art. 46.º/2/e) do RGPD.

(36) Para uma introdução ao tema, cfr., por todos, Joel A. Alves, “Das condições de licitude para a transferência internacional de dados pessoais”, Observatório Almedina, maio de 2021, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/05/06/das-condicoes-de-licitude-para-a-transferencia-internacional-de-dados-pessoais/> [Consultado a 14/10/2022].

considerada como um *fator atenuante*, aquando da eventual decisão da competente autoridade de controlo lhe aplicar ou não uma coima, e, em caso positivo, de determinar o respetivo montante, em caso de violação do RGPD³⁷.

2. POR UM «CÓDIGO DE CONDUTA PARA A TRANSIÇÃO DIGITAL LOCAL»

2.1 Potenciais vantagens

Do exposto, não parece árduo de entender porque um *Código de Conduta para a Transição Digital Local* poderá constituir uma mais-valia, com vista à construção de cidades que se demonstrem simultaneamente (i) mais inteligentes, do ponto de vista do aproveitamento das potencialidades da tecnologia, e (ii) *data protection friendly*, à luz dos requisitos prescritos pelo Regulamento.

É que, para além da *certeza e segurança* jurídicas que um tal instrumento proporcionaria – desde logo, como consequência das suas funções de *facilitação* e *demonstração* do cumprimento com o direito posto, de que tratamos *supra* –, muitas outras seriam as vantagens decorrentes da sua eventual elaboração e aprovação:

- a) Em primeiro lugar, porque os Códigos de Conduta fomentam a autonomia de responsáveis pelo tratamento e subcontratantes³⁸, diminuindo, nomeadamente, a sua dependência face às autoridades de controlo, no sentido de estas emanarem orientações mais exaustivas para as suas atividades de tratamento específicas³⁹;
- b) Em segundo lugar, porque os citados instrumentos incentivam o

desenvolvimento de uma abordagem *coletiva e coerente* a problemas e necessidades transversais a um determinado setor⁴⁰. Circunstância que favorece não só o *diálogo* entre os seus diferentes membros, como também a própria *consolidação de melhores práticas*⁴¹, tendo em conta as suas experiências no terreno;

- c) Em terceiro lugar, porque os Códigos em causa podem ajudar a conquistar a *confiança* dos titulares dos dados: seja por promoverem uma cultura de transparência (nomeadamente, através da possível abordagem de aspetos que tenham sido suscitados por preocupações do público em geral, ou por preocupações existentes no próprio setor)⁴²; seja, tão-somente, pela decisão de adesão aos mesmos, por parte de um dado responsável pelo tratamento ou subcontratante, contribuir para a perceção de que este encara o respeito pelos princípios e regras aplicáveis em matéria de proteção de dados pessoais como algo sério⁴³;
- d) Em quarto e último lugar porque, conforme já foi salientado pelo Comité Europeu da Proteção de Dados, tais Códigos representam uma oportunidade para que os responsáveis pelo tratamento e subcontratante estabeleçam um conjunto de regras que contribuam para a correta aplicação do RGPD “de uma forma potencialmente

³⁷) Assim decorre do art. 83.º/2/j) do RGPD, o qual estabelece que “[a]o decidir sobre a aplicação de uma coima e sobre o montante da coima em cada caso individual, é tido em devida consideração o seguinte: (...) j) o cumprimento de códigos de conduta aprovados nos termos do artigo 40.º ou de procedimento de certificação aprovados nos termos do artigo 42.º” (*destaque nosso*).

³⁸ Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679”, p. 10.

³⁹ Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679”, p. 10.

⁴⁰ Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679”, p. 10.

⁴¹ Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679”, p. 10.

⁴² Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679”, p. 10.

⁴³ Cfr. Paul Voigt / Axel von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a practical guide*, p. 71.

eficaz em termos de custos”⁴⁴ – o que não pode deixar de ser encarado como um fator relevante para a administração local, quando mais não seja, por força das exigências de *economicidade* a que a sua atuação se encontra adstrita, nos termos do art. 5.º do Código do Procedimento Administrativo (*princípio da boa administração*)⁴⁵.

2.2 Requisitos

Acontece que, para que todas as referidas potencialidades possam ser aproveitadas, sempre terá o Código em questão de ser submetido à apreciação da autoridade de controlo competente⁴⁶ – *in casu*, a Comissão Nacional de Proteção de Dados⁴⁷ –, nos termos e para os efeitos previstos no art. 40.º/5 do RGPD⁴⁸.

2.3 Requisitos de admissibilidade

De todo o modo, ponto é que o Comité Europeu para a Proteção de Dados teve já oportunidade de clarificar que a suprarreferida autoridade apenas procederá à avaliação do conteúdo do Código propriamente dito caso entenda que tal instrumento satisfaz um conjunto mínimo de *requisitos de admissibilidade*⁴⁹.

Assim, importa, antes de tudo o mais, assegurar que o Projeto de Código proposto⁵⁰:

- a) É acompanhado de uma exposição de motivos e de toda a documentação de apoio que se possa afigurar relevante para a sua avaliação;
- b) É submetido por uma entidade dotada de legitimidade para a sua elaboração, nos termos do RGPD⁵¹, e que, ademais, fornece informações suscetíveis de demonstrar que é um organismo capaz de compreender as necessidade do setor específico que representa;
- c) Define claramente a atividade ou o setor de tratamento que se propõe regular, bem assim como os problemas que se destina a resolver;
- d) Identifica o seu âmbito de aplicação de territorial (nacional ou transnacional);
- e) Fornece informações que justifiquem a qualificação da autoridade de controlo a quem o Código será formalmente apresentado como a autoridade que é efetivamente competente para esse mesmo efeito;
- f) Contempla procedimentos que possibilitem uma supervisão eficaz do cumprimento das suas disposições por parte dos responsáveis

⁴⁴ Cfr. Paul Voigt / Axel von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a practical guide*, p. 71.

⁴⁵ Para uma introdução ao tema, cfr., por todos, Fausto Quadros et al., *Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 27-28.

⁴⁶ Autoridade essa que, no caso de Códigos relativos a atividades de tratamento de dados pessoais realizadas num único Estado-Membro – como será, ao que tudo indica, aqui o caso – será a “autoridade de controlo nacional para os membros a quem o código se aplica”. Nesse sentido, cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679”, p. 18, nota 54.

⁴⁷ Recorde-se que, nos termos do art. 3.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, a Comissão Nacional de Proteção de Dados qualifica-se como a autoridade de controlo nacional, para efeitos do RGPD.

⁴⁸ Assim, e de acordo com tal preceito, o Código – ou mais precisamente, o Projeto de Código – submetido à Comissão será sujeito a um procedimento avaliativo, após o que a referida autoridade emitirá um parecer fundamentado, pronunciando-se sobre a sua conformidade com o Regulamento, e, bem assim decidindo-se ou não pela sua aprovação, consoante este

apresente ou não garantias apropriadas suficientes. Em caso positivo – e na medida em que se confirme que tal instrumento não se relaciona com atividade de tratamento de dados pessoais realizadas para além do Estado Português –, deverá, finalmente, a Comissão proceder ao seu registo e publicação, nos termos do art. 40.º/6 do Regulamento. Para mais desenvolvimentos, cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679”, pp. 18 e ss.

⁴⁹ Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679”, pp. 18-19.

⁵⁰ Seguimos aqui de perto o estabelecido no documento “Apêndice 3 – Lista de Verificação para a Apresentação”, anexo às citadas “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679” do Comité Europeu para a Proteção de Dados.

⁵¹ Recorde-se que, nos termos do art. 40.º/2 do RGPD, tal legitimidade assiste às “associações e outros organismos representantes de categorias de responsáveis pelo tratamento ou de subcontratantes”.

- pele tratamento e/ou subcontratantes que se comprometam a aplicá-lo;
- g) Identifica um organismo responsável por realizar essa supervisão, explicando como este observará os requisitos associados a tal tarefa;
 - h) Inclui informações relativamente à realização da consulta a que alude o considerando 99 do Regulamento⁵², e ao seu respetivo alcance;
 - i) Encontra-se em conformidade com a pertinente legislação nacional aplicável;
 - j) Cumpre com os requisitos linguísticos da autoridade a que será apresentado⁵³.

2.3.1 Requisitos de aprovação

Acresce que, para que o sobredito Projeto possa merecer a aprovação da Comissão Nacional de Proteção de Dados, será ainda imperativo garantir o preenchimento de cinco requisitos adicionais, de ordem material. Em concreto, deve a documentação apresentado à autoridade de controlo evidenciar que o Código:

- a) *Satisfaz uma necessidade específica do setor e/ou da atividade de tratamento de dados pessoais que se propõe disciplinar*, explicando e definindo quais os problemas que aquele se destina a abordar, bem como a forma como as soluções nele disponibilizadas se podem revelar eficazes e benéfica, seja para os seus potenciais aderentes, seja para os próprios titulares dos dados⁵⁴;
- b) *Facilita a aplicação efetiva do RGPD*, estipulando com clareza como os seus

requisitos devem ser implementados, ao nível do setor em causa, e identificando e suprimindo as necessidades do mesmo⁵⁵;

- c) *Especifica a aplicação do Regulamento*, não se limitando a reproduzir os princípios e regras nele contidos, mas antes, concretizando-os em função das nuances do setor a que se destinam, conferindo *valor acrescentado* ao ordenamento jurídico vigente⁵⁶;
- d) *Oferece garantias adequadas e eficazes para a atenuação dos riscos relacionados as atividades de tratamento que visa disciplinar*⁵⁷;
- e) *Contempla procedimentos que garantam a supervisão adequada das suas regras*, bem como a aplicação de medidas de execução eficientes e significativas para garantir o pleno cumprimento dessas regras⁵⁸.

2.4 Conteúdo

Já no que concerne aos domínios suscetíveis de serem concretamente regulados por um tal instrumento, cumpre recordar que o RGPD se limita a estabelecer, no seu art. 40.º/2, um *elenco exemplificativo* de matérias onde a aplicação do Regulamento pode ser especificada. Daí que, ao menos em tese, um eventual *Código de Conduta para a Transição Digital Local* tanto possa versar sobre *todos* os aspetos constantes desse mesmo elenco, apenas sobre *alguns* deles, ou ainda sobre quaisquer *outros* que sejam disciplinados pelo RGPD.

Seja como for, nem por isso o sobredito preceito deve deixar de ser encarado como um

⁵² Com efeito, dispõe o supramencionado considerando que: “durante o processo de elaboração de um código de conduta, ou na sua alteração ou aditamento, as associações e outros organismos representantes de categorias de responsáveis pelo tratamento ou de subcontratantes deverão consultar as partes interessadas, nomeadamente os titulares dos dados, se possível, e ter em conta os contributos recebidos e as opiniões expressas em resposta a essas consultas”.

⁵³ Note-se que, de acordo com o art. 54.º do Código do Procedimento Administrativo, “a língua do procedimento é a língua portuguesa”; pelo que, entre nós, será esta a língua em que qualquer Projeto de Código deve ser submetido à apreciação da Comissão Nacional de Proteção de Dados.

⁵⁴ Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679”, p. 15.

⁵⁵ Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679”, p. 16.

⁵⁶ Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679”, pp. 16-17.

⁵⁷ Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679”, p. 17.

⁵⁸ Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679”, p. 18.

importante referencial: não só por fornecer pistas concretas quanto aos domínios que poderão ser abordados ao nível de um tal Código; como também, por refletir muitas das dimensões jurídicas que poderão conferir um efetivo *valor acrescentado* a um instrumento de tal recorte⁵⁹ – requisito que, como vimos, se demonstra essencial para que este venha a ser aprovado pela competente autoridade nacional de controlo, nos termos do art. 40.º/5 do Regulamento.

Nestes termos – e tomando como inspiração alguns dos Códigos de Conduta já aprovados, ao abrigo do RGPD, noutros domínios setoriais⁶⁰ –, parece-nos que o Código aqui proposto poderia, nomeadamente, ajudar a concretizar:

- a) Quais os *requisitos técnicos de carácter mínimo* que devem ser observados por determinadas soluções tecnológicas, habitualmente utilizadas no contexto da *smartificação* das cidades (*v.g.*, câmaras; sensores; serviços de computação na nuvem; etc.), de modo a que estas se possam considerar conformes com as exigências decorrentes dos artigos 25.º (*Proteção de dados desde a conceção e por defeito*) e 32.º (Segurança do tratamento) do RGPD?⁶¹
- b) Quais os critérios que devem ser utilizados por responsáveis pelo tratamento da Administração Local (*v.g.*, Municípios e Freguesias), com vista a determinar se um

eventual subcontratante (*v.g.*, prestador de serviços *cloud*) oferece garantias suficientes de execução de medidas técnicas e organizadas adequadas, mormente, no contexto de procedimento de contratação pública, tendentes à aquisição de serviços e/ou infraestruturas tecnológicas?

- c) Quais as condições em que a implementação de novas tecnologias no espaço urbano deverá ser precedida de uma Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados, nos termos do art. 35.º/1 do RGPD?⁶²

Isto, claro está, apenas para citar alguns exemplos. Afinal, atenta a complexidade inerente ao seu objeto regulatório – seja pelas *categorias de responsáveis pelo tratamento* em jogo (pessoas coletivas públicas, não raras as vezes, atuando numa lógica de parceria ou subcontratação com entidades jurídico-privadas); seja pelos *meios de tratamento* envolvidos (quase sempre tecnológicos, e, não raras as vezes, de carácter inovador); seja ainda pelas *finalidades* associadas às operações de tratamento em causa (em última análise, indissociáveis da prossecução dos interesses públicos secundários a que os diversos entes locais se encontram vinculados) – muitas outros serão, seguramente, os domínios do Regulamento que reclamam uma maior especificação.

⁵⁹Nesse sentido, sustentando que o *valor acrescentado* de um Código de Conduta dificilmente poderá ser avaliado pela competente autoridade de controlo, caso o mesmo não aborde qualquer das matérias enunciadas no art. 40.º/2 do RGPD, cfr. Gómez, Alberto Díaz-Romeral, “Los códigos de conducta en el Reglamento General de Protección de Datos”, p. 400.

⁶⁰Pense-se, designadamente, nos três Códigos já aprovados pela autoridade de controlo espanhola, até à presente data, quais sejam: (i) o “Código de Conducta de Tratamiento de Datos em Actividad Publicitaria” (2020); o (ii) “Código de Conducta Regulador del Tratamiento de Datos Personales en el Ámbito de los Ensayos Clínicos y Otras Investigaciones Clínicas y de la Farmacovigilancia” (2022); e (iii) o “Código de Conducta Regulador del Tratamiento de Datos Personales en los Sistemas Comunes del Sector Asegurador” (2022). Ou ainda, nos três Códigos igualmente aprovados pela autoridade de controlo italiana, durante o mesmo período de tempo, a saber: (i) o “Codice di condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti” (2019); (ii) o “Codice di condotta per l'utilizzo di dati sulla salute a fini didattici e di pubblicazione scientifica” (2021); e (iii) o “Codice di condotta per il trattamento dei dati personali in materia di

informazioni Commerciali” (2021). Isto, apenas para citar alguns exemplos.

⁶¹Para o efeito, poderia ser utilizada uma abordagem similar à seguida na Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2018, a qual aprova os requisitos técnicos mínimos das redes e sistemas de informação que são exigidos ou recomendados a todos os serviços e entidades da Administração direta e indireta do Estado.

⁶²O objetivo seria, pois, auxiliar os responsáveis pelo tratamento da administração local a determinar da necessidade ou não de um tal Avaliação de Impacto, nos casos em que a mesma se não revele expressamente obrigatória, nos termos do art. 35.º/3 do Regulamento e/ou do Regulamento n.º 798/2018 da Comissão Nacional de Proteção de Dados, publicado in Diário da República, 2.ª Série, N.º 321, de 30 de novembro de 2018. Designio esse, que poderia ser, designadamente, alcançado através da definição de critérios tais como os definidos in Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, “Orientações relativas à Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados (AIPD) e que determinam se o tratamento «é suscetível de resultar num elevado risco» para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679, adotadas a 4 de abril de 2017, pp. 10 e ss.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aqui chegados, é nosso entendimento que deve ser encetado um processo de discussão pública, destinado à recolha de contributos que permitam elaborar um Projeto de Código de Conduta para a Transição Digital Local, suscetível de ser apresentado pela ANMP e pela ANAFRE junto da Comissão Nacional de Proteção de Dados⁶³, e posteriormente aprovado pela competente autoridade de controlo portuguesa, nos termos e para os efeitos anteriormente explicados.

O que se pretende é, pois, criar um instrumento verdadeiramente *democrático* e *inclusivo*, que permita não apenas satisfazer as exigências de participação impostas pelo considerando 99 do Regulamento, como também, assegurar um efetivo equilíbrio entre os interesses de todos os intervenientes em presença – quais sejam, para o que aqui releva, *responsáveis pelo tratamento, subcontratantes e titulares de dados pessoais* –, impedindo que a balança penda, de forma excessiva ou desproporcionada, para um dos lados em confronto⁶⁴.

Para o efeito, afigura-se-nos, portanto, essencial que o sobredito processo assuma a natureza o mais vasta e aberta possível, envolvendo quer Municípios e Freguesias, quer outros *stakeholders* relevantes, tais como as Comunidades Intermunicipais, o Observatório das Autarquias Locais, a Agência para a Modernização Administrativa, o Centro Nacional de Cibersegurança, associações industriais e/ou empresariais; representantes da sociedade civil, etc.

Como quer que seja, importa ressaltar que o Código aqui proposto procura responder a apenas uma ínfima parcela dos desafios e

problemas relacionados com a transformação das *idades em cidades inteligentes*. Donde, o mesmo possa – e deva! – ser incorporado numa estratégia mais abrangente, tendo, nomeadamente, como inspiração a Carta para as Cidades Inteligentes recentemente apresentada na Alemanha, por parte do respetivo Ministério Federal do Meio Ambiente, Conservação da Natureza, Construção e Segurança Nuclear⁶⁵.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

Alves, Joel A. O Novo Modelo de Proteção de Dados Pessoais Europeu: da heterorregulação à autorregulação publicamente regulada”, Almedina, Coimbra, 2021.

Alves, Joel A. “Das condições de licitude para a transferência internacional de dados pessoais”, Observatório Almedina, maio de 2021, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/05/06/das-condicoes-de-licitude-para-a-transferencia-internacional-de-dados-pessoais/>.

Auby, Jean-Bernard, “Smart Cities: a Brief Introduction”, in *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 2, n.º 1, 2021.

Bolognini, Luca et al., Il Regolamento Privacy Europeo: Commentario alla Nuova Disciplina sulla Protezione dei Dati Personali, Giuffrè Editore, Milão, 2016.

Calvão, Filipa Urbano, “Garantia de direitos: a proteção dos dados pessoais perante os desafios tecnológicos”, in *Garantia de Direitos e Regulação: Perspetivas de Direito Administrativo* (coord. Carla Amado Gomes et al.), AAFDL Editora, Lisboa, 2020.

⁶³A este propósito, não parecem assistir dúvidas quanto à legitimidade das associações em causa para apresentarem um tal Projeto de Código, nos termos do art. 40.º/2 do RGPD. É que, de acordo com o art. 2.º dos Estatutos da ANMP, tal associação “tem como fim geral a promoção, defesa, dignificação e representação do Poder Local (...)”. Formulação que, refira-se, o art. 2.º dos Estatutos da ANAFRE de perto, estabelecendo que “a ANAFRE tem como fim geral a promoção, defesa, dignificação do Poder Local”. Donde, se nos afigure pacífico o seu enquadramento no âmbito das “associações e outros organismos representantes de categorias de responsáveis pelo tratamento ou de subcontratantes” a que o art. 40.º/2 do Regulamento se refere.

⁶⁴Em sentido próximo, sustentando que os Códigos de Conduta visam contribuir para o equilíbrio de interesses entre quem efetua o tratamento de dados pessoais de forma ativa (o responsável pelo tratamento) e quem é sujeito passivo (os titulares dos dados), cfr. Luca Bolognini et al., Il Regolamento Privacy Europeo: Commentario alla Nuova Disciplina sulla Protezione dei Dati Personali, Giuffrè Editore, Milão, 2016, p. 422.

⁶⁵Cfr. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, “Smart City Charta: tiornando a transformação digital sustentável nos municípios”, maio de 2017, disponível em <https://www.smart-city-dialog.de/wp-content/uploads/2020/06/smart-city-charta-kurzfassung-pu.pdf> [Consultado a 20 de outubro de 2022].

Fonseca, Isabel Celeste M. “Governação Pública Digital e a Proteção de Dados Pessoais: notas breves sobre as dificuldades de harmonização”, *in* Estudos de E.Governação, Transparência e Proteção de Dados (coord. Isabel Celeste M. Fonseca), Almedina, Coimbra, 2021.

Fonseca, Isabel Celeste M. “Governação Pública (Local) Digital: notas breves sobre a estratégia em curso de aceleração da transição digital”, *in* Direito Administrativo e Tecnologia (coord. Artur Flamínio da Silva), Almedina, Coimbra, 2021.

Gómez, Alberto Díaz-Romeral, “Los códigos de conducta en el Reglamento General de Protección de Datos”, *in* Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad (org. Miguel Álvarez Caro / Miguel Recio Gayo), Editorial Reus, Madrid, 2016.

Hergueta, Julián Prieto, “Los Códigos de Conducta (Comentario a los Artículos 40 y 41 RGPD y a los Artículos 38 y Disposición Transitoria Segunda LOPDP)”, *in* Comentario al Reglamento General de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (coord. Antonio Trancoso Reigada), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021.

Kamara, Irene, anotação ao artigo 40.º, *in* The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a Commentary (org. Cristopher Kuner, Lee A. Bygrave e Cristopher Docksey), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 721

Lopes, Teresa Vale, “Responsabilidade e Governação das Empresas no Âmbito do Novo Regulamento sobre a Proteção de Dados”, *in* Anuário da Proteção de Dados 2018 (coord. Francisco Pereira Coutinho e Graça Canto Moniz), Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2018.

Mañas, José Luís Piñar, “Administración Electrónica y Protección de Datos Personales”, *in* Derecho. Monográfico: Estudios sobre la modernización administrativa, 2011.

Pérez, María Mercedes Serrano, “Los Códigos de Conducta (Comentario al Artículo 40 RGPD y al Artículo 38 y Disposición Transitoria Segunda LOPDP)”, *in* Comentario al Reglamento General de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (coord. Antonio Trancoso Reigada), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021.

Quadros, Fausto et al., Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo, Almedina, Coimbra, 2016.

Reigada, Antonio Trancoso, “La Administración Electrónica y la Protección de Datos Personales”, *in* Revista Jurídica de Castilla y León, n.º 16, 2008.

Sarmiento e Castro, Catarina, Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais: a Propósito da Legalização de Tratamentos de Dados Pessoais (Incluindo Videovigilância, Telecomunicações e Internet), por Entidades Públicas e por Entidades Privadas, e da sua Comunicação e Acesso, Almedina, Coimbra, 2005.

Torrijos, Julián Valero, “Ciudades Inteligentes y Datos Abiertos: Implicaciones Jurídicas para la Protección de los Datos de Carácter Personal”, *in* Istituzioni del Federalismo: Revista di Studi Giuridici e Politici, n.º 4, 2015.

Voigt, Paul / von dem Bussche, Axel, The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a practical guide, Springer, Cham, 2017.

Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, “Smart City Charta: tiornando a transformação digital sustentável nos municípios”, maio de 2017, disponível em <https://www.smart-city-dialog.de/wp-content/uploads/2020/06/smart-city-charta-kurzfassung-pu.pdf> [Consultado a 20 de outubro de 2022].

Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Diretrizes 1/2019 relativas aos Códigos de Conduta e aos Organismos de Supervisão ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679”, versão 2.0, 4 de junho de 2019.

Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, “Orientações relativas à Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados (AIPD) e que determinam se o tratamento «é suscetível de resultar num elevado risco» para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679, adotadas a 4 de abril de 2017.

A LEGITIMIDADE NO ESTADO CONSTITUCIONAL ATUAL

João Diogo Ferreira¹

INTRODUÇÃO

Atualmente, vivemos o nosso quotidiano condicionado pela atuação de atores longínquos, que nada deveriam interferir diretamente no rumo da nossa vida. Todavia, inúmeros acontecimentos podem levar a que sejamos levados para uma deriva diferente daquela que seria suposto. Uma guerra a milhares de quilómetros, um bloqueio num canal de navegação, um ataque terrorista a um centro financeiro, a alteração de um regime político, os fenómenos naturais em determinado local do globo, etc.

Quer isto dizer que a governação de determinado espaço territorial é condicionada por fenómenos externos, que não conhecem barreiras e que, num mundo global - que reduz a margem de manobra dos Estados e restringe as respetivas soberanias perante os grandes desafios colocados pela economia transnacional e pelas novas tecnologias de informação -, afeta todos aqueles que se inserem e dependem das relações com o exterior. Como tal, os regimes políticos democráticos - e aqueles menos democráticos - têm sido confrontados com ações de outros estados ou de outros agentes não estaduais que acabam por influenciar o processo de decisão.

É certo que a constituição continua a ser a identidade do povo de determinado território, porém, os acontecimentos são tantos que as fronteiras tradicionais não se ocupam de travar as consequências. Desde grupos económicos internacionais a consórcios de jornalistas/media e ONG's, vários são os entes que influem no processo de decisão e na feitura da opinião pública.

Um dos desafios do constitucionalismo moderno é encontrar solução para o facto de a democracia representativa precisar, agora, de ser reinventada à medida que a sociedade se vai complexificando e diversificando. Por isso,

ouvimos, cada vez mais, o termo da “governação multinível”, como um apurar do conceito tradicional da democracia representativa.

Muitos poderão ser os problemas de que nos podemos ocupar, sendo um deles a legitimidade do processo decisório. Quando a governação política europeia se expressa através de uma rede de atores transnacionais e comités públicos e privados especializados na regulação de políticas complexas - num verdadeiro sistema decisório policêntrico, fragmentado e interdependente, caracterizado pela ausência de hierarquia -, questionamos quem conferiu a legitimidade no processo de decisão.

O projeto político da União Europeia tem ajudado a perceber de modo mais transparente e atual este fenómeno que, através da dinâmica dos *checks and balances* (pesos e contrapesos), bem como na sua relação com os Estados-Membros e sociedade civil, contribuem para o processo de decisão europeu - o *policy making*.

Posto isto, o poder que dá consequência ao processo decisório desvinculou-se, ainda que parcialmente, da ideia de território e espaço. O estado pode ter deixado de ser o centro da decisão, mas a constituição continua a ter um papel fundamental para esta realidade.

O debate terá de se centrar no papel que o constitucionalismo poderá ter na definição do quotidiano de uma sociedade democrática, que lida diariamente com um emaranhado de agentes sem legitimidade democrática e que condiciona o seu funcionamento.

DESENVOLVIMENTO DO CONTEÚDO

Quando abordamos a temática da legitimidade, por vezes, discorreremos acerca da influência que várias organizações (formais ou informais) ou indivíduos podem ter na formulação da vida quotidiana da sociedade civil, alterando e condicionando o seu funcionamento. Desde as instituições políticas, as sociedades

¹ Mestre em Direito da União Europeia. Universidade do Minho, Portugal.

financeiras e não-financeiras, as ONG's, as entidades reguladoras, *stakeholders*, grupos de debate, instituições de solidariedade civil, entre outros vários exemplos que podem chegar a um indivíduo que por ter agido ou omitido uma ação pode ter levado a um rebuliço social.

Claro está que, o fenómeno, hoje normalizado, das redes sociais digitais, permitiu que se exponenciasse este tipo de situações. Hoje, em minutos, pode-se dar uma alteração das circunstâncias de facto da vida em sociedade em algum ponto do mundo, através da veiculação de uma notícia verdadeira ou falsa¹. Exemplos como o da Primavera Árabe² retrataram o modo como a conexão em rede e em simultâneo pode originar alterações no *status quo* de uma sociedade.

Por isso, teremos de analisar a legitimidade do ponto de vista da democracia constitucional. Como tal, poderemos referir-nos à legitimidade democrática, do ponto de vista político, como o reconhecimento da autoridade das instituições políticas e jurídicas, através de um sistema representativo de sufrágio universal que tenta garantir a mais ampla representação possível nas instituições de decisão democráticas. Isto é, quanto mais os cidadãos reconhecerem o trabalho de uma instituição, maior legitimidade terão as suas políticas junto dos seus destinatários.

Existem autores que associam as restrições financeiras que nos últimos anos têm sido impostas aos orçamentos dos governos dos vários níveis, bem como o desencanto do cidadão

e entidades com o processo político, à descrença no papel das instituições de governo. Como tal, a participação cívica pública e o envolvimento direto nos assuntos da governação local poderão contribuir para uma sensação de empoderamento e ajudar a restaurar confiança destes na instituição.³

Por isso, atualmente, é colocada em dúvida a legitimidade das organizações na sua atuação em sociedade, nas decisões que tomam, no comportamento que adotam.

Precisamos de olhar para a qualidade da decisão final no processo decisório, bem como o grau de democratização da mesma, através do debate de diferentes argumentos contraditórios entre si que fomente uma decisão mais esclarecida, ponderada e próxima da realidade da sociedade à qual se destina. Habermas lembra que para aplicação das normas jurídicas existe um processo de decisão aberto à argumentação de todas as partes que se colocam na discussão com interesses contrapostos⁴.

Pelo princípio democrático percecionamos que esta norma constitucional impõe um regime político de governação soberano umbilicalmente ligado ao povo, que garanta os direitos e liberdades fundamentais e a separação e interdependência de poderes, com enfoque na democracia participativa.

Vários autores relacionam o constitucionalismo democrático como forma de adaptação aos desafios que se colocam à legitimidade das organizações nas sociedades modernas.

¹ "Muchos ciudadanos atribuyen la misma credibilidad a todos los soportes mediáticos porque no diferencian las funciones específicas de cada uno, y para ellos las imágenes que circulan por la Red son documentos cuya evidencia aparente certifica la veracidad de los hechos a los que se refieren, sin cuestionar otros detalles que se plantearía un profesional de la información. En este contexto, Internet y las redes sociales jugaban con ventaja respecto a las limitaciones técnicas y al control informativo al que estaban sometidos los medios locales árabes." SOENGAS-PÉREZ, Xosé, El papel de Internet y de las redes sociales en las revueltas árabes: una alternativa a la censura de la prensa oficial, disponível em: <https://doi.org/10.3916/C41-2013-14>

² O movimento conhecido como "Primavera Árabe" iniciou-se em 2010, quando um jovem tunisino ateou fogo ao próprio corpo como forma de protesto contra as condições de vida na Tunísia, tendo despoletado diversas manifestações por todo aquele país. Após dias de manifestações ocorreu uma alteração das figuras políticas do país. As redes sociais ajudaram de forma decisiva o

modo como os manifestantes se organizaram e expuseram exemplos de abuso de poder as autoridades daquele país. Este movimento levou a que cidadãos de outros países do Norte de África e Oriente Médio se manifestassem, também, contra os seus regimes políticos. Neste sentido SOENGAS-PÉREZ, Xosé, ASSIF, Mohamed, El ciberactivismo en el proceso de cambio político y social en los países árabes, Disponível para consulta em: <https://doi.org/10.3916/C53-2017-05>

³ Neste sentido vai a Recomendação n.º 307 (2011), *Citizen participation at local and regional level in Europe*, Debatida e adoptada pelo Congresso dos Poderes Locais e Regionais do Conselho da Europa, em 18 de Outubro de 2011.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Massachusetts: The MIT press, 1996. Pag. 228. "*Participants in an application discourse must work their different interpretations of the same situation into a normatively rich description of the circumstances that does not simply abstract from the existing differences in perception*".

Portanto, o ‘Estado’ deixou de ter o monopólio da atuação política e concorrências com novas formas políticas. Estas novas formas políticas, por vezes, são pouco transparentes, ou melhor, dão uma sensação de transparência quando na verdade não percebemos por que objetivos se movem os agentes dessas instituições. A desterritorialização, como forma de desmaterialização do Estado, coloca em crise o princípio de que um povo e um território formariam tão-somente a ideia de um estado organizado em sociedade.

As próprias tecnologias, associadas a uma maior mobilidade, levaram a que o espaço/território deixasse de ser a única base de uma relação política, criando condições de manifestação e de exercício do poder político. Todavia, não podemos achar que essa nova realidade é prejudicial ao desenvolvimento societal quando utilizada para maior informação, transparência e participação no *policy making*. Este desenvolvimento permite que qualquer pessoa com acesso a determinados meios tecnológicos – e hoje em dia mais democráticos do ponto de vista financeiro – possa competir na influência do processo decisório com os poderes do estado tradicionais.

Nesta senda, criam-se laços de pertença – de lealdade política – que competem com as formas de organização estatais. Laços estes que se sobrepõem ao vínculo estatal, criando diferentes ‘camadas’ de cidadania. A forma de organização política da sociedade desenrola-se, agora, num estado multipolar e poliárquico, com novas formas de agrupamento das comunidades em torno de objetivos políticos.

O enfraquecimento da concepção do território que valide o poder estatal contribuiu para afetar os circuitos de decisão. Enquanto o Estado é visto como mais um ator que concorre

com emanções públicas, parapúblicas, privadas, regionais, locais e transnacionais do mais variado calibre e natureza. E tem de competir com um sem-número de instituições cuja base não é territorial e às quais cabe, de iure ou de facto, um quinhão do processo decisório.⁵

A discussão tida em volta das fontes da legitimidade no estado constitucional moderno relaciona-se com a discussão política levada a

cabo pela sociedade atual que, não raras vezes, dizem respeito a mudanças fundacionais, redesenhando-se a constituição e a política constantemente.⁶

Por norma, a constituição, como ‘contrato social’ entre os indivíduos que vivem em determinada comunidade define as competências e atribuições de cada uma das instituições que pertencem aquela. Portanto, para determinada função os poderes atribuídos à atuação em determinada sociedade, constitui a dose que determina a ‘legitimidade’ do ator que a coloca em prática.

O estado chegou a conceber a divisão de competências de forma linear: poder legislativo para o parlamento; poder executivo para o governo/rei; e poder judicial para os tribunais. Com as alterações constitucionais às formas de organização do estado, o poder legislativo passou a ser exercido em diferentes momentos de forma partilhada entre o governo e o parlamento.

O facto de os membros do parlamento representarem nas sociedades democráticas o povo, eleitos pelos seus pares, tal conferia-lhes um manto de retração do poder executivo – o povo poderia responder aos abusos do poder executivo. Hodiernamente, com poderes legislativos conferidos ao governo, o povo procura novas formas de influenciar o poder executivo, pela feitura de opinião pública, seja pela criação de grupos de debate, seja pela criação de campanhas junto da comunidade.

Esta poderá ter sido a causa que levou a que os cidadãos confirmem ao poder legislativo um potencial agressivo aos seus direitos.

Na verdade, o Estado tradicional era o detentor do monopólio da coerção e da legitimidade, tendo sido consagradas constitucionalmente instituições para lidar com a política, através da divisão de ‘tarefas’ na organização da sociedade. Ou seja, todas as questões políticas eram resolvidas no âmbito dos procedimentos politico-constitucionais.

Atualmente, os fenómenos sociais são politizados, confundindo-se com os fenómenos estritamente políticos, tão-diferentes como o ambiente, mobilidade, habitação, entre outros. Iniciam-se no âmbito das redes sociais digitais e fazem a opinião pública, podendo condicionar a

⁵ RANGEL, Paulo, *O Estado do Estado – Ensaios de Política Constitucional sobre Justiça e Democracia*, 2009, Publicações Dom Quixote

⁶ RANGEL, Paulo, *O Estado do Estado – Ensaios de Política Constitucional sobre Justiça e Democracia*

atuação de políticos mediante a ‘espuma dos dias’, isto é, a maior ou menor aceitação de certa política por parte da sociedade que se manifesta em determinado sentido.

Um dos problemas que esta temática traz é uma maior influência no processo decisório democrático de entidades que não são eleitoralmente responsáveis ou que se movem por interesses públicos e/ou privados pouco transparentes.

Paulo Rangel evidencia a problemática, quando refere que desapareceu a forma tradicional de estado e diz:

Desapareceu, para abusar da sugestiva formulação de Cassese, a sociedade «estatacêntrica» e afirmaram-se, portanto, poderes “públicos” nacionais e internacionais de matriz não estadual e entidades portadores de interesses próprios, não coincidentes com os do Estado.⁷

Muitos desses múltiplos poderes que forma sujeitos políticos que equilibram as novas formas político-constitucionais moderna

Paulo Rangel continua nesta dizendo que:

Não há identidade de natureza, de estrutura e de intenção entre um Estado, uma empresa multinacional, um cartel da droga, uma organização internacional, um grupo terrorista e uma confissão religiosa. E, no entanto, não pode esquecer-se que a empresa, o cartel e o grupo actua numa escala pública, “para-pública”, amiúde transnacional, com uma pretensão própria e autónoma, muitas vezes, plurilocalizada e sem mobilização de estruturas estaduais de apoio, suporte ou background.⁸

Portanto, vivemos com uma multiplicidade avassaladora de poderes, profundamente desiguais na sua relação de força, obedientes a códigos morais e teleológicos muito diversos que, na complexidade da sua rede, tendem para um equilíbrio em constante mudança.⁹

Poiars Maduro defende que estamos perante uma crise no constitucionalismo europeu, apresentando três grandes modelos constitucionais nos debates jurídicos e políticos sobre o constitucionalismo europeu. Para aquele, esses modelos não são mais do que diferentes concepções da legitimidade do processo de integração europeia.

Segundo a sua análise, poderemos, então, apresentar os três modelos.

O primeiro, a criação duma constituição europeia formal, apoiado, normalmente, pelo Parlamento Europeu. Levaria a que os tratados fossem substituídos ou complementados por um texto constitucional com princípios da comunidade política, onde se vislumbrem os direitos fundamentais e a organização política na União.

Daquele modo, pretender-se-ia que o sistema constitucional e a organização política da União se apresentassem mais claros, com mecanismos de controlo da atuação constitucional das instituições. Levaria a um reforço dos poderes da UE, em particular, do poder legislativo do parlamento europeu, aplicando o princípio da maioria. Apesar deste modelo ser visto como um reforço da democracia, o processo democrático centrar-se-ia na pólis europeia, ao invés de estar centrado na pólis nacional.

Claro está que uma das objeções será a inexistência de uma comunidade política europeia com identidade cultural, étnica e histórica comum, identificado com o estado-nação.

De acordo com o segundo modelo, as democracias dos estados-membros continuam a ser as únicas concebidas para legitimar o processo de integração europeia. Para os defensores desta via, a inexistência de uma constituição formal não é o problema do constitucionalismo europeu, mas antes a ausência de uma *demos* que legitime a constituição.

Este modelo levou a propostas de limitação dos crescentes poderes da União, o retorno ao intergovernamentalismo e o aumento do papel dos parlamentos nacionais no plano europeu.

Já o terceiro modelo apresentado por Poiars Maduro trata-se de uma concepção de que não é necessário um reforço dos poderes da União Europeia, a par da aceitação da erosão dos poderes do Estado resultante do processo de integração europeia. Para esta via, o constitucionalismo é a única forma de limitar o

⁷ RANGEL, Paulo. Estado fraco, tribunais fortes: de novo as questões de legitimidade e função, JULGAR n.º 3 (publicação integral), disponível para consultar em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/05-Paulo-Rangel-legitimidade-e-fun%C3%A7%C3%A3o.pdf>

⁸ RANGEL, Paulo. Estado fraco, tribunais fortes: de novo as questões de legitimidade e função

⁹ RANGEL, Paulo. Estado fraco, tribunais fortes: de novo as questões de legitimidade e função

poder e proteger os direitos individuais, salvaguardando a liberdade individual no mercado e transformando neste como a verdadeira fonte de legitimidade democrática.

No âmbito desta conceção continuamos a falar de federalismo, concebido como uma nova forma vertical de separação de poderes, procurando limitar os poderes das partes (unidades federais) e do todo (unidade federal). De acordo com este modelo é necessário um sistema de regras que limite o poder público e privado no mercado.

Esta visão do processo de integração concebe o resultado constitucional funcional como o último estágio do poder constituinte, tendo até uma resposta aos problemas democráticos detetados nos processos políticos nacionais, diminuindo a presença do estado.¹⁰

David Held defende a interdependência regional e global pondo em causa a tradicional resolução nacional das questões básicas. O processo de governação atual escapa ao controlo do Estado-nação, fazendo com que as comunidades nacionais já não determinem apenas por si sós as suas políticas e decisões e os governos já não definam em exclusivo o modo e políticas a implementar para os seus cidadãos¹¹.

Lucas Pires chega mesmo a dizer que as constituições democráticas nacionais já não são capazes de satisfazer as «necessidades de «convivência» democrática do «indivíduo múltiplo» e também transnacional que é o cidadão moderno».¹²

A verdade é que um dos desafios com que o constitucionalismo moderno tem que lidar e encontrar solução é o facto de a democracia representativa - que surgiu como resposta aos desafios impostos por sociedades cada vez mais heterogéneas -, precisar, agora, de ser reinventada à medida que a sociedade se vai complexificando e diversificando. Por isso, vemos

a governação multinível como um apuramento do que poderá ser a transformação a que a democracia representativa, como hoje a conhecemos, não poderá fugir.

Lembremos a análise que Alessandra Silveira faz da organização política da UE:

O sistema de governação da União Europeia é, pois, dito multinível porque os atores políticos envolvidos nos processos decisórios não são apenas Estados-Membros e instituições europeias (como acontece nos Estados federais). A governação política europeia expressa-se através de uma rede de atores transnacionais e comités públicos e privados especializados na regulação de políticas complexas, o que constitui, em linguagem politológica, um sistema decisório policêntrico, fragmentado e interdependente, caracterizado pela ausência de hierarquia.¹³

Para a mesma autora,

a metáfora das redes bem representa o esquema decisório europeu porque a ausência de liderança que o caracteriza demanda a combinação de procedimentos formais e informais de mediação entre representantes públicos, por um lado, e entre estes e os representantes de interesses privados, por outro. Assim, ao sistema parlamentar se sobrepõe um sistema de auto-representação de interesses setoriais. Em termos jurídico-políticos o que está a ser forjado é, portanto, algo bastante mais sofisticado que o modelo organizativo do Estado federal¹⁴.

O exemplo europeu torna-se um caso interessante para analisar esta realidade da legitimidade democrática. Na rede decisória da União Europeia permanece um emaranhado complexo e funcional. Apesar de ter dificuldades em assegurar uma legitimidade democrática tradicional, os resultados positivos que a UE oferece aos cidadãos europeus no seu dia-à-dia tem ajudado à sua manutenção.¹⁵

Como nos ensina Alessandra Silveira, “a interdependência globalitária (globalização) e a integração europeia transformaram as ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas

¹⁰ Por todos POIARES MADURO, Miguel, O superavit democrático europeu, *Análise Social*, vol. XXXVI (158-159), 2001, 119-152 <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218726235P4oDU9zc1En43LC4.pdf>

¹¹ HELD, David, *Democracy and the Global Order*, pp. 16-17

¹² LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, p. 67

¹³ SILVEIRA, Alessandra. “Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial.” Em *Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de*

interação no mundo global, de Alexandre Walmott e Saulo Pinto Coelho, editado por Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado. LAECC, Uberlândia, Minas Gerais/Brasil, 2015.

¹⁴ SILVEIRA, Alessandra. “Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial.”

¹⁵ Neste sentido ver texto de opinião escrito por POIARES MADURO, Miguel, “Europa - menos poesia, mais prosa” disponível em <https://www.tsf.pt/opiniao/europa---menos-poesia-mais-prosa-13702602.html>

parciais”¹⁶. Como poderemos retirar da Constituição da República Portuguesa nos seus artigos 7.º n.º 6 e 8.º n.º 4, o Direito da União tem primazia sobre as normas constitucionais dos Estados Membros.

Todavia não poderemos olhar para esta primazia do direito da união europeia sobre o ordenamento nacional do ponto de vista clássico, de um povo, um território, soberania e autoridade. Teremos que forçosamente captar um novo modelo de funcionamento político-institucional que legitime as decisões no processo de *policy making* europeu.

Apesar de existirem objetivos políticos no plano das competências que os governos nacionais devem levar a cabo, atualmente, utiliza-se o processo de decisão europeu para alimentar as expectativas dos cidadãos que não dependem daquele. Lançam-se declarações atrás de declarações como objetivos sem medidas concretas, levando-se a que os diferentes líderes europeus e nacionais se apressem a falar de modo a conferir o seu cunho pessoal a determinado documento ou instrumento – a União não fala a uma só voz, ou numa só direção, acaba cada um dos líderes políticos por ‘vender’ a sua posição aos cidadãos, sem colocar perante aqueles a dinâmica de cada processo.

Com o aprofundamento do projeto político europeu assistiu-se a uma adaptação institucional dos sistemas nacionais e subnacionais a novas realidades, a novos conceitos, princípios e regras de atuação na União. A distribuição do poder alterou-se gerando novas práticas no processo de governação e decisão.

A governação multinível (GML) levou a uma transformação que se vislumbra num incremento da interdependência entre os diferentes níveis de governo (europeu, estatal e sub-estatal), obrigado a repartir o poder de decisão e respetivos recursos para fazer face às necessidades do processo de integração europeia em que a governança passou a ser cooperativa e foram alterados os princípios do estatalidade, territorialidade e soberania. Existem, portanto, competências que são assumidas por níveis distintos de governo onde estes interagem com

atores políticos diferentes, como Francesc Morata refere, como se fosse “uma constelação de instituições que atuam informalmente através de redes em que confluem atores supranacionais, nacionais e subnacionais”¹⁷.

Na União Europeia não se concebe uma hierarquia de poderes, mas sim de interdependências funcionais e territoriais que geram uma interação entre os atores que operam nos diferentes níveis de governo, caracterizando-se por uma fragmentação do poder de decisão entre os distintos níveis.¹⁸ Os governos nacionais não monopolizam mais as relações entre políticas internas e a negociação ao nível europeu, sendo implicados diretamente da dinâmica multinível de funcionamento da UE, existindo uma descentralização do poder dentro dos Estados Membros ao mesmo tempo que as instituições da união se consolidaram.

A governação multinível pode definir-se através de alguns conceitos, tais como o de governança. No seu livro branco «Governança Europeia um livro branco», a Comissão Europeia procurou definir o conceito de governança como aquele que designa o conjunto de regras, processos e práticas que dizem respeito à qualidade do exercício do poder a nível europeu, essencialmente no que se refere à responsabilidade, transparência, coerência, eficiência e eficácia.

Para a GML este implica a integração de processos entre níveis institucionais distintos onde exista um benefício comum a estes, em que se dá um maior enfoque aos processos do que às instituições em si. O modo como olhamos para o multinível fará depender o seu bom funcionamento de esforços conjuntos dos atores que atuam em cada um dos níveis, como também do que se põe em prática nos diferentes níveis de governança.

Na verdade, estas assembleias deliberativas podem representar uma aproximação dos cidadãos a Bruxelas e uma inicial boa vontade de fazer progredir o projeto europeu com cada um dos cidadãos europeus.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹⁶ SILVEIRA, Alessandra, A União de Direito e Ordem Jurídicas da União Europeia, disponível para consulta em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Alessandra%20Silveira.pdf>

¹⁷ Francesc Morata, Regiones y Gobernanza Multinível en la UE

¹⁸ Francesc Morata, Regiones y Gobernanza Multinível en la UE

Com esta análise que levamos a cabo, poderemos concluir que os desafios subsistem.

Por isso, a legitimidade política da União Europeia deve encontrar a sua base na via democrática através da melhoria do papel da UE na reforma dos processos políticos nacionais, na construção de uma cidadania plural e na democratização do processo decisório transnacional.

A questão do que legitima a União Europeia e a sua organização política, com autoridade continua a ser questionada. Qualquer cidadão europeu continua a comparar a organização do estado tradicional e os seus meios coercivos com a forma organizacional e os meios ao dispor das novas formas políticas, isto é, os mecanismos institucionais e procedimentais pelo qual o exercício do poder se revela.

Portanto, a legitimidade conferida aos novos atores e formas de organização em comunidade, formal ou informal, continua a desafiar as conceções tradicionais do estado.

Como tal, as formas de organização política no estado tradicional terão de se adaptar à convivência com novas formas de legitimidade política democrática. A fácil mobilidade e comunicação no mundo que levaram à politização dos fenómenos sociais, trouxeram para o plano político-constitucional entidades políticas, não políticas e 'parapolíticas' que se sobrepõem em diferentes níveis. São estes diferentes níveis que criam o emaranhado de redes de lealdade.

Em suma, olhando para o exemplo europeu, a legitimidade dentro do processo decisório democrático revela-se pelas redes de lealdade que se vão formando entre os interesses dos diferentes atores, de modo a influenciar as políticas comuns. Centros de representação de interesses, representações permanentes dos estados-membros, *thinktanks*, entre outros, oferecerem um debate intenso entre os diferentes atores, por vezes confuso. A par da realidade retratada, a existência de atores não institucionais, que, apesar de não terem sido sufragados pelos cidadãos, podem representar o interesse daqueles, relativamente a determinado tema, junto do poder legislativo de forma mais organizada e preparada.

Poderemos dizer que a legitimidade neste emaranhado de redes que se estabelecem contribui para um poder decisório mais debatido,

sem necessariamente contribuir para um processo mais democrático e com maior legitimidade, sem os devidos pesos e contrapesos.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Massachusetts: The MIT press, 1996. Pag. 228. "Participants in an application discourse must work their different interpretations of the same situation into a normatively rich description of the circumstances that does not simply abstract from the existing differences in perception".

HELD, David, *Democracy and the Global Order*, pp. 16-17

LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, p. 67

MORATA, Francesc, *Regiones y Gobernanza Multinível en la UE*

RANGEL, Paulo, *O Estado do Estado – Ensaio de Política Constitucional sobre Justiça e Democracia*, 2009, Publicações Dom Quixote

RANGEL, Paulo. *Estado fraco, tribunais fortes: de novo as questões de legitimidade e função*, JULGAR n.º 3 (publicação integral), disponível para consultar em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/05-Paulo-Rangel-legitimidade-e-fun%C3%A7%C3%A3o.pdf>

POIARES MADURO, Miguel, *O superavit democrático europeu*, *Análise Social*, vol. XXXVI (158-159), 2001, 119-152 <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218726235P4oDU9zc1En43LC4.pdf>

POIARES MADURO, Miguel, "Europa - menos poesia, mais prosa" disponível em <https://www.tsf.pt/opiniao/europa---menos-poesia-mais-prosa-13702602.html>

SILVEIRA, Alessandra. "Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial." Em *Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*, de Alexandre Walmott e Saulo Pinto Coelho, editado por Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado. LAECC, Uberlândia, Minas Gerais/Brasil, 2015.

SILVEIRA, Alessandra, A União de Direito e Ordem Jurídicas da União Europeia, disponível para consulta em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Alessandra%20Silveira.pdf>

SOENGAS-PÉREZ, Xosé, El papel de Internet y de las redes sociales en las revueltas árabes: una alternativa a la censura de la prensa oficial, disponível em: <https://doi.org/10.3916/C41-2013-14>

SOENGAS-PÉREZ, Xosé, ASSIF, Mohamed, El ciberactivismo en el proceso de cambio político y social en los países árabes, Disponível para consulta em: <https://doi.org/10.3916/C53-2017-05>

LIBERDADE E TECNOLOGIA: A PROPOSTA DE REGULAMENTO SOBRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL DA UE

Sónia Moreira¹

INTRODUÇÃO

Não pode haver liberdade sem responsabilidade. Uma e outra são um binómio, a outra face da mesma moeda¹. Esta realidade tem de verificar-se também no que toca à utilização da tecnologia, mormente na utilização da Inteligência Artificial (IA).

A Proposta de Regulamento sobre Inteligência Artificial da União Europeia, de 21 de Abril de 2021² (PRIA) veio lançar o debate sobre as regras que devem adotar-se para garantir a liberdade e os direitos fundamentais dos particulares no contexto do uso da IA, sem desencorajar o desenvolvimento da tecnologia e das vantagens que esta pode trazer à vida do ser humano. É um equilíbrio difícil, mas que se tentou encontrar. Por um lado, a Proposta veio considerar que há sistemas de IA que devem ser, simplesmente, proibidos; por outro, veio categorizar os restantes sistemas em Sistemas de Baixo-Risco e Sistemas de Alto-Risco.

De entre os considerados sistemas de Alto-Risco encontramos, por exemplo, sistemas de IA autónomos com implicações em matéria de direitos fundamentais que são explicitamente mencionados no anexo III, nomeadamente, os sistemas que se refiram à utilização da IA pelas autoridades policiais e no Judiciário. O Considerando n.º 38 e o Considerando n.º 40 da

PRIA classificam como sendo de risco elevado todos os sistemas de IA utilizados em avaliações individuais de risco, em polígrafos e outros instrumentos que visem detetar o estado emocional de uma pessoa singular, para prever a ocorrência ou reincidência de infrações penais com base na definição de perfis, etc., bem como os sistemas utilizados para auxiliar juízes no tribunal (exceto aqueles que se limitem a realizar tarefas acessórias), atendendo ao impacto significativo que têm na vida das pessoas e nos seus direitos fundamentais, nomeadamente, os utilizados para a tomada de decisões com vista a prevenir, investigar, detetar ou processar uma infração penal, condicionando a liberdade pessoal das pessoas, pondo em causa o seu direito à defesa, à presunção de inocência, a um tribunal imparcial, etc.³.

A PRIA estabeleceu para os sistemas de Alto Risco a necessidade de conformidade com uma série de requisitos antes de serem lançados no mercado: têm de prever um procedimento de atualização; têm de respeitar determinadas condições; têm de estar inscritos numa base de dados de elevada segurança; têm de ser transparentes (estão sujeitos a uma obrigação de informar os utilizadores da sua utilização); têm de estar sujeitos a supervisão humana, etc. A proposta prevê, ainda, a emissão de um Certificado de Conformidade e o registo obrigatório do sistema numa base de dados⁴.

¹ Prof.ª Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho, Portugal Investigadora Integrada do JusGov (Centro de Investigação em Justiça e Governança)

² Na verdade, [d]o mesmo modo que a autonomia privada decorre do princípio geral da autodeterminação do homem, está correlacionado com a natureza humana que este responde pelos seus actos”. HEINRICH EWALD HÖRSTER/ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019 (reimpr. de 2022), p. 77.

³ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que Estabelece Regras Harmonizadas em Matéria de Inteligência Artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e Altera Determinados Atos Legislativos da União*, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206> [consultado a 3/11/2022].

⁴ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que Estabelece Regras Harmonizadas em Matéria de Inteligência Artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e Altera Determinados Atos Legislativos da União*, pp. 30 e 31.

⁵ Para uma análise sobre estes requisitos e uma apreciação crítica sobre a sua (não) suficiência no caso da aplicação de sistemas de IA no judiciário, v. SÓNIA MOREIRA, «Artificial Intelligence: Brief considerations regarding the Robot-Judge», in MARIA MIGUEL

Infelizmente, a PRIA não se debruçou sobre a outra face da moeda: não aponta quem deve responder pelos danos causados pela IA. Assim, a nossa intenção é refletir sobre quem deve responder e em que termos pelos prejuízos causados pela decisão injusta de um Juiz-Robot ou pelo mau funcionamento de um sistema de apoio à decisão do juiz humano.

1. A IA E O SEU USO NO JUDICIÁRIO

Fala-se de IA em múltiplos domínios e áreas, mas há ainda um certo desconhecimento sobre a forma como funciona e, afinal, o que significa.

Em finais de 2017, por exemplo, o *Alpha Zero*, um programa de IA desenvolvido pela *Google DeepMind*, derrotou o mais potente programa de xadrez do mundo (o *Stockfish*). Segundo alguns autores, tratou-se de uma verdadeira revolução silenciosa, porque este último não passava de um programa que se baseava na experiência acumulada, nos conhecimentos e estratégias desenvolvidos por seres humanos, com enorme capacidade de processamento de dados, que lhe permitia avaliar muito mais possibilidades de jogadas em muito menos tempo do que um ser humano, mas não possuía criatividade; já o *Alpha Zero* “era fruto exclusivo de treino de IA: os seus criadores forneceram-lhe as regras do xadrez e deram-lhe instruções para que desenvolvesse uma estratégia que maximizasse a proporção de vitórias sobre derrotas”. Bastaram quatro horas de treino, a jogar consigo mesmo, para que o *Alpha Zero*, se tornasse o melhor programa de xadrez do mundo, tendo criado as suas próprias

jogadas, algumas das quais um ser humano não ponderaria⁵.

A IA pode ser definida como um ramo das ciências informáticas que, através da criação de algoritmos, permite a um agente de *software* receber estímulos externos - dados - e responder a uma situação, resolvendo um determinado problema de forma autónoma⁶.

O art. 3.º, 1), da PRIA define sistema de IA como “um programa informático desenvolvido com uma ou várias das técnicas e abordagens enumeradas no anexo I, capaz de, tendo em vista um determinado conjunto de objetivos definidos por seres humanos, criar resultados, tais como conteúdos, previsões, recomendações ou decisões, que influenciam os ambientes com os quais interage”⁷.

Estes agentes autónomos podem ter corpo físico (*hardware* e *software*) – os quais vulgarmente designamos por “*robots*”⁸ – ou ser constituídos apenas por *software* – caso em que se chamam “*bots*”⁹.

Um sistema de apoio à decisão de um juiz humano será, assim, um *bot*. O mesmo se diga de um sistema que venha substituir o juiz humano, decidindo autonomamente, de acordo com os algoritmos com que foi programado. No entanto, por razões práticas e por se tratar de uma designação intuitiva, iremos utilizar a expressão “juiz-robot”.

O problema destes sistemas de IA é que podem aprender autonomamente, através de mecanismos de *machine learning* ou mesmo *deep learning*, passando a possuir competências e a tomar decisões para as quais não foram programados. Isto significa que estes sistemas

CARVALHO/SÓNIA MOREIRA (coords.), *Governance & Technology - E-Tec Yearbook*, JusGov - Research Centre for Justice and Governance/University of Minho - School of Law, 2021, pp. 309 ss. (pp. 297-313), disponível em <https://www.jusgov.uminho.pt/publicacoes/etec-yearbook-2021-2/> [consultado a 13/10/2022].

⁵ HENRY A. KISSINGER/ ERIC SCHMIDT/ DANIEL HUTTENLOCHER, *A Era da Inteligência Artificial*, Alfragide, D. Quixote, 2021, pp. 13 e 14. Até à data da edição desta obra, os autores afirmam que ainda nenhum ser humano conseguiu vencer um jogo de xadrez contra o *Alpha Zero*.

⁶ John McCarthy define IA como “the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs. It is related to the similar task of using computers to understand human intelligence, but Artificial Intelligence does not have to confine itself to methods that are biologically observable”. *Apud* PAULO NOVAIS/PEDRO MIGUEL FREITAS, *Inteligência Artificial e Regulação de*

Algoritmos, Diálogos, União Europeia-Brasil, 2018, p. 14, disponível em http://www.sectorialogues.org/documentos/noticias/adjuntos/ef9c1b_Intelig%C3%Aancia%20Artificial%20e%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20de%20Algoritmos.pdf [consultado a 12/10/2022].

⁷ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho... (Regulamento Inteligência Artificial)...*, p. 43.

⁸ Michael Froomkin define “*robot*” como “a man-made object capable of responding to external stimuli and acting on the world without requiring direct – some might say constant – human control”. Cfr. RYAN CALO/A. MICHAEL FROOMKIN/LAURIE SILVERS/MITCHELL RUBENSTEIN (eds.), *Robot Law*, Edward Elgar, 2016, p. xi.

⁹ PAULO NOVAIS/PEDRO MIGUEL FREITAS, *Inteligência Artificial e Regulação de Algoritmos*, p. 17.

dependem da qualidade e da suficiência dos dados que lhes são fornecidos aquando da sua “aprendizagem”, pois se a amostra com que aprenderam não for extensa o suficiente, não abranger múltiplas espécies de casos ou se for tendenciosa, os sistemas irão reproduzir (e potenciar exponencialmente) os enviesamentos ou tratamentos discriminatórios que encontrarem, uma vez que foram criados para aprender através da sua experiência, detectando padrões e aplicando a solução que normalmente se aplica naquele tipo de casos. Assim, levanta-se a questão de saber quem responde pelos danos causados por um juiz-robot, uma vez que, nestes casos, não ocorrerá qualquer acção humana negligente¹⁰.

Ora, apesar de ter havido uma primeira abordagem da União Europeia no sentido de se considerar a criação de *E-Persons*, para efeitos de as fazer responder pelos danos que pudessem autonomamente causar¹¹, após grande contestação, esta ideia foi abandonada¹². É que a autonomia destes agentes é muito diferente da autonomia humana, uma vez que, em última análise, depende sempre dos *inputs* originais do programador¹³. Isto significa que um Juiz-Robot não pode ser responsabilizado pelas suas decisões, por mais inteligente que possa parecer¹⁴. E isto deixa-nos com o problema da chamada *responsibility gap*, pois o ser humano pode também não ser responsável se a acção do robot não for previsível¹⁵. Este problema tem de ser resolvido, para os *bots* e os *robots*^{16/17} em

¹⁰ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, «O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução», *Revista de Direito Civil*, V, n.º 2, 2020, p. 265 (pp. 261-305).

¹¹ V. Ponto 59, al. f), 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)), p. 250 (pp. 239-257), disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0051&qid=1665509693617&from=PT> [consultado a 11/10/2022].

¹² Os documentos mais recentes da U (COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco sobre a Inteligência Artificial – Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança*, disponível em <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1> [consultado a 4/11/2022] e a PRIA) não defenderam esta possibilidade. Na verdade, a Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial (2020/2014(INL)), disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_PT.html [consultado a 11/10/2022], até diz expressamente o contrário no Considerando (6) da Proposta de Regulamento sobre Responsabilidade Civil: “os sistemas de IA não têm personalidade jurídica nem consciência humana e (...) a sua única missão é servir a humanidade”.

¹³ Um agente dotado de verdadeira autonomia (capaz de pensar e, eventualmente, sentir como um ser humano) é denominado de agente dotado de IA Forte. Neste momento, a IA Forte ainda não existe. Sobre estes conceitos, v. MARCOS EHRHARDT JÚNIOR/ GABRIELA BUARQUE PEREIRA SILVA, «Pessoa e Sujeito de Direito: Reflexões sobre a Proposta Europeia de Personalidade Jurídica Eletrônica», *RJLB*, Year 7, 2021, n.º 2, pp. 1100 e 1101 (pp. 1089-1117), disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/2/2021_02_1089_1117.pdf [consultado a 11/10/2022].

¹⁴ Considerando esta falta de autonomia geral e o facto de serem criações humanas, Henrique Sousa Antunes afirma que “o conceito de responsabilidade é uma manifestação da autodeterminação do ser humano”. HENRIQUE SOUSA ANTUNES, «Inteligência artificial e responsabilidade civil», in MANUEL LOPES ROCHA/RUI SOARES PEREIRA (coords.), *Inteligência Artificial & Direito*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 25 (pp. 19-35).

¹⁵ STEVEN S. GOUVEIA, «O problema da lacuna da responsabilidade na Inteligência Artificial», in MANUEL CURADO/ANA ELISABETE FERREIRA/ANDRÉ DIAS PEREIRA (coords.), *Vanguardas da Responsabilidade – Direito, Neurociências e Inteligência Artificial*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony, 2019, pp. 172 e 173 (pp. 172-184).

¹⁶ Ugo Pagallo considera que “this kind of liability crucially depends on the different kinds of robots with which we are dealing: a robot nanny, a robot toy, a robot chauffeur, a robot employee, and so forth. This is one of the most innovative aspects in the field of the laws of robots, as traditional forms of responsibility for the behaviour of others, such as children, pets, or employees, have to be complemented with new strict liability policies, or alternatively, mitigated through insurance models, authentication systems, and the mechanism of allocating the burden of proof”. UGO PAGALLO, *The Laws of Robots – Crimes, Contracts and Torts*, Heidelberg/New York/London, Springer, 2013, p. 115.

¹⁷ Apresentando algumas propostas de solução no que toca aos danos causados por Veículos Autónomos, SÓNIA MOREIRA, «Considerações sobre Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil: o Caso dos Veículos Autónomos», in MARIA MIGUEL CARVALHO (coord.), *E.Tec Yearbook - Artificial Intelligence & Robots*, JusGov/School of Law – University of Minho, 2020, pp. 69 a 91, disponível em <https://hdl.handle.net/1822/79431> e SOFIA PATRÍCIA TRAVASSOS DE FREITAS ALCAIDE, *A Responsabilidade Civil por Danos Causados por Veículos Autónomos*, Coimbra, Almedina, 2021.

geral e para o Juiz-Robot em particular, se se pretende que sejam implementados.

Em outro estudo, fomos particularmente críticos sobre a ideia da implementação da figura do juiz-robot. Após darmos conta da existência e do desenvolvimento de vários sistemas de IA no Judiciário (nomeadamente, a actual aplicação do COMPAS nos Estados Unidos da América; do Vítor, do Radar e do Sócrates no Brasil; do Prometea na Argentina; o desenvolvimento de um Juiz-robot na Estónia, etc.), bem como de sistemas de resolução alternativa de litígios online (p. ex. o HM Online Court no Reino Unido), defendemos que não se pode substituir o processo de decisão do ser humano pelo de uma máquina sem que o princípio da dignidade da pessoa humana seja violado, pois coisificamos o ser humano ao torná-lo no objecto de acção de uma coisa. Em especial no que toca a casos que contendam com os direitos fundamentais das pessoas, defendemos que o ser humano tem direito a ser julgado por outro ser humano.

Assim, apesar das inegáveis vantagens da utilização da IA no Judiciário (como a maior celeridade processual, a redução de custos, etc.), cremos que a substituição do juiz humano por um juiz-robot deverá respeitar os seguintes princípios: não ser admitida de todo nos casos em que esteja em causa a vida, a liberdade, ou outros direitos fundamentais dos cidadãos; não ser admitida nos casos em que a sobrevivência dos cidadãos possa estar em causa (por exemplo, no caso de atribuição ou não de um direito de indemnização a favor de um lesado que dependa desta para a sua sobrevivência); ser admitida apenas nos casos em que estão em causa apenas valores patrimoniais diminutos; a decisão do juiz-robot deve ser sempre passível de recurso para um juiz humano¹⁸.

¹⁸ SÓNIA MOREIRA, «Artificial Intelligence: Brief considerations regarding the Robot-Judge», pp. 306 e 307.

¹⁹ O capítulo 2 da PRIA estabelece os requisitos aplicáveis a sistemas de inteligência artificial de risco elevado: obriga a que seja criado e mantido um sistema de gestão de risco (art. 9.º); estipula exigências relativamente aos dados utilizados para o treino dos sistemas de IA e à sua governação (art. 10.º); determina a documentação técnica que deve ser elaborada antes da sua colocação no mercado (art. 11.º); obriga à manutenção de registos (logs) automáticos do funcionamento destes sistemas, de forma a assegurar a rastreabilidade do seu funcionamento (art.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASO DE “ERRO JUDICIÁRIO” DA IA

2.1 A ausência de regras da Proposta de Regulamento

A União Europeia (UE) está muito ciente dos problemas levantados pela utilização da IA no Judiciário e na actividade policial, como já vimos pelos Considerandos 38 e 40 da PRIA, classificando estes sistemas como de Alto Risco e submetendo-os a uma série de requisitos (arts. 8.º a 15.º da PRIA¹⁹), nomeadamente à existência de um Certificado de Conformidade com as regras do Regulamento antes de estes sistemas serem colocados no mercado (art. 43.º da PRIA)²⁰. Contudo, não estabeleceu regras que determinassem quem responde e em que termos quando estes sistemas venham a ser implementados e venham a causar danos aos cidadãos.

As únicas normas da PRIA que estabelecem sanções são as do Título X. O art. 71.º, n.º 1, delega nos Estados-Membros o estabelecimento do regime de sanções a aplicar (incluindo coimas) em caso de infração do regulamento, “bem como de todas as medidas necessárias para garantir que este é aplicado correta e eficazmente”. As regras e medidas aprovadas por cada Estado-Membro deverão ser notificadas à Comissão (art. 71.º, n.º 2) e deverão respeitar os limites gerais estabelecidos nos números seguintes desta norma. Por exemplo, n.º 3 do art. 71.º determina:

Ficam sujeitas a coimas até 30 000 000 EUR ou, se o infrator for uma empresa, até 6 % do seu volume de negócios anual a nível mundial no exercício anterior, consoante o que for mais elevado, as seguintes infrações:

- a) Incumprimento da proibição das práticas de inteligência artificial referidas no artigo 5.º;
- b) Não conformidade do sistema de IA com os requisitos estabelecidos no artigo 10.º.

12.º); prevê normas relativas à transparência e prestação de informações aos utilizadores (art. 13.º); estabelece a obrigatoriedade de supervisão humana (art. 14.º); exige que estes sistemas sejam concebidos de forma alcançar um nível apropriado de exatidão, solidez e cibersegurança (art. 15.º). COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho... (Regulamento Inteligência Artificial)...*, pp. 51 a 57.

²⁰ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho... (Regulamento Inteligência Artificial)...*, p. 43.

O n.º 4 do art. 71.º estabelece:

A não conformidade do sistema de IA com quaisquer requisitos ou obrigações por força do presente regulamento, que não os estabelecidos nos artigos 5.º e 10.º, fica sujeita a coimas até 20 000 000 EUR ou, se o infrator for uma empresa, até 4 % do seu volume de negócios anual a nível mundial no exercício anterior, consoante o que for mais elevado.

Ou seja, a PRIA prevê sanções para as entidades que coloquem no mercado produtos ou serviços que utilizem sistemas de IA que não respeitem as práticas de IA nela consagradas ou que não respeitem os requisitos nela estabelecidos, mas não se pronuncia sobre o ressarcimento devido aos particulares que venham a sofrer danos provocado por estes sistemas.

2.2 As Recomendações do Parlamento Europeu

A Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial (2020/2014(INL))²¹, designada como “Regime de Responsabilidade Civil aplicável à Inteligência Artificial” poderia ser uma ajuda preciosa neste âmbito.

Ao elaborar este documento, o Parlamento Europeu (PE) teve em conta não só as Directivas e Regulamentos aplicáveis nesta sede, como ainda propostas de regulamentos, vários relatórios de Peritos de Alto Nível (nomeadamente, o relatório, de 8 de abril de 2019, do Grupo de Peritos de Alto Nível em Inteligência Artificial, com o título «Orientações éticas para uma IA de confiança»²²; o relatório, de 21 de novembro de 2019, do Grupo de Peritos sobre Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias - Formação no domínio das novas tecnologias, com o título «Responsabilidade em matéria de inteligência artificial e outras tecnologias digitais emergentes»), o Livro Branco da Comissão Europeia, de 19 de fevereiro de 2020, sobre a inteligência artificial – Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança²³, vários

estudos de diversas entidades e as suas próprias Resoluções anteriores sobre matérias atinentes.

O Considerando A inicia, desde logo, por reconhecer que o instituto da responsabilidade civil desempenha “um importante papel duplo”: por um lado, garante que o lesado é ressarcido pelos danos que lhe foram causados por quem seja considerado responsável; por outro, incentiva os eventuais futuros lesantes a absterem-se de actividades que possam vir a causar danos ou prejuízos, ao ponderar na sua actuação o risco de virem a ter de pagar uma indemnização. No entanto, reconhece, logo de seguida, no Considerando B, que um quadro jurídico de responsabilidade civil deve atender à necessidade de equilíbrio entre a “confiança na segurança, fiabilidade e coerência dos produtos e serviços, nomeadamente na tecnologia digital”, garantindo o devido ressarcimento aos lesados, e as necessidades das empresas (particularmente das pequenas e médias empresas), para que estas possam apostar no desenvolvimento das novas tecnologias. Ou seja, o PE considera que “o objetivo de um quadro de responsabilidade deve ser proporcionar segurança jurídica para todas as partes, quer se trate do produtor, do operador, da pessoa lesada ou de terceiros”.

Assim, no ponto 1. (Introdução), o PE começa por explicar que a introdução de tecnologias de IA na sociedade actual é útil, pode “melhorar as nossas vidas em quase todos os setores” e deve ser encorajada, mas deve ser garantido um quadro estável em toda a União, i.e., uma legislação uniforme, baseada em princípios comuns (Ponto 2.). Atendendo ao facto de o mercado único digital implicar transferência transfronteiriça de dados (Ponto 3.), incentiva a promoção das normas da União em matéria de responsabilidade civil a nível internacional (Ponto 4.), utilizando a forma de Regulamento (Ponto 5.). Daí que, esta Resolução do PE tenha um Anexo designado “Recomendações Pormenorizadas para a Elaboração de um Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho Relativo à Responsabilidade pela Operação de Sistemas de Inteligência Artificial”, no final do qual se

²¹ Disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_PT.html [consultado a 13/10/2022].

²² Disponível em <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-pt> [consultado a 3/11/2022].

²³ Disponível em <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aecce-01aa75ed71a1> [consultado a 4/11/2022].

encontra o texto de uma “Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à responsabilidade pela operação de sistemas de inteligência artificial” (PRRIA – Proposta de Regulamento Sobre Responsabilidade da IA).

O Considerando (7) da PRRIA reconhece que poderá haver casos em que um operador de um sistema de IA venha argumentar que a atividade causadora dos danos estava fora do seu controlo em virtude de os danos derivarem de uma operação autónoma do seu sistema de IA. Desta forma o lesado poderá não conseguir provar a culpa do produtor, de um terceiro interveniente ou do operador, ficando sem indemnização. Contudo, o Considerando (8) desta Proposta afirma que

(...) quem cria, mantém, controla o sistema de IA, ou nele interfere, deverá ser responsável pelos danos ou prejuízos causados pela atividade, o dispositivo ou o processo. Tal resulta de conceitos jurídicos gerais e amplamente aceites em matéria de responsabilidade, segundo os quais a pessoa que cria ou mantém um risco para o público é responsável se esse risco causar dano ou prejuízo e, por conseguinte, deverá minimizar *a priori* ou compensar *a posteriori* esse risco.

Consequentemente, a ascensão dos sistemas de IA não implica uma revisão completa das regras em matéria de responsabilidade em toda a União. Para responder aos desafios relacionados com a IA, seria suficiente proceder a ajustamentos específicos da legislação existente e introduzir disposições novas bem avaliadas e orientadas, com vista a evitar a fragmentação regulamentar e a garantir a harmonização da legislação em matéria de responsabilidade civil em toda a União no que toca à IA.

Portanto, a utilização de IA, nomeadamente no Judiciário, tendo sido já classificada como um actividade de Alto Risco ou Risco Elevado, caso venha a causar prejuízos aos cidadãos, parece merecer a aplicação de um regime de responsabilidade objectiva. Na verdade, o Capítulo II da PRRIA, relativo aos sistemas de alto risco, consagra no art. 4.º a regra da responsabilidade objectiva do operador destes sistemas (n.º 1), não podendo “eximir-se da sua responsabilidade alegando que agiram com a

devida diligência ou que os prejuízos ou danos foram causados por uma atividade, um dispositivo ou um processo autónomo baseado no seu sistema de IA” (n.º 3). A única excepção será a que diz respeito a danos causados por motivos de força maior. Deste modo, atendendo à extensão da eventual responsabilidade, a Proposta prevê que todas as operações destes sistemas estejam cobertas por um seguro de responsabilidade adequado às indemnizações previstas nos arts. 5.º e 6.º (n.º 4 do art. 4.º).

Finalmente, a pedra de toque do regime aqui proposto encontra-se no n.º 5 do art. 4.º, que afasta expressamente as legislações nacionais, caso diverjam da opção pela responsabilidade objectiva da PRRIA.

Tudo isto sem prejuízo de se poder lançar mão da Directiva 85/374/CEE (“Directiva relativa à responsabilidade decorrente dos produtos”²⁴) contra o produtor de um sistema de IA defeituoso (Considerando (9)). Daí que a proposta em análise estabeleça apenas como seu objecto no art. 1.º que “[o] presente regulamento estabelece as regras aplicáveis às ações de responsabilidade civil de pessoas singulares e coletivas contra operadores de sistemas de IA” (itálico nosso).

A questão, no entanto, que devemos considerar é a de quem deverá ser o responsável. É que neste âmbito é muito comum que haja vários operadores do sistema de IA. O art. 3.º, al. e), da PRRIA define operador de *frontend* como “qualquer pessoa singular ou coletiva que exerça um grau de controlo sobre um risco relacionado com a *operação e o funcionamento* do sistema de IA e que beneficie da sua operação” (itálico nosso). Assim, serão as pessoas que tomam as principais decisões sobre a *utilização* do sistema de IA (Considerando (10)). A al. f) do art. 3.º da PRRIA define operador de *backend* como “qualquer pessoa singular ou coletiva que, de forma contínua, *defina as características da tecnologia*, forneça dados e preste serviços essenciais de apoio de *backend*” (itálico nosso). Poderá exercer um maior controlo sobre os riscos operacionais, em especial se for também o “produtor” do sistema, nos termos da Directiva

²⁴ Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal->

[content/PT/TXT/?uri=celex%3A31985L0374](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31985L0374) [consultada a 3/3/2022] e transposta para o direito interno português através do DL n.º 383/89, de 6 de Novembro (Responsabilidade Decorrente de Produtos Defeituosos), alterado pelo DL n.º 131/2001, de 24 de Abril.

relativa à Responsabilidade do Produtor²⁵. Assim, sendo, esta Directiva também lhe será aplicável. Contudo, caso apenas exista um único operador e este for o produtor do sistema, o PE defende no Considerando (10) que o Regulamento sobre Responsabilidade Civil da IA deverá prevalecer sobre a referida Directiva.

O utilizador do sistema de IA também poderá ser responsabilizado nos termos da PRRIA caso seja considerado um “operador” (Considerando (11)).

A Proposta entende que, havendo vários operadores, todos serão solidariamente responsáveis perante o lesado (art. 11.º), havendo depois um direito de regresso nas relações internas entre os vários responsáveis (art. 12.º), na medida nos respetivos níveis de controlo que os operadores têm sobre o risco relacionado com a operação e o funcionamento do sistema de IA (art. 12.º, n.º 3).

Assim, caso estas Recomendações do PE à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à IA tivessem sido implementadas na forma de Regulamento sobre a Responsabilidade Civil da IA, nos termos aqui expostos, um sistema de IA de apoio à decisão do juiz (ou um sistema que o substituísse) que viesse a provocar danos a um arguido ou a um demandante daria azo a responsabilidade civil nos seguintes termos: caso considerássemos o tribunal um operador de *frontend* do sistema e o produtor ou fornecedor do sistema, ou mesmo a entidade que procedesse às devidas revisões e controlasse os devidos registos, etc. operadores de *backend*, todos responderiam solidariamente perante o lesado, discutindo *a posteriori*, o respectivo direito de regresso conforme quem detivesse o controlo do risco que estivesse em causa.

Isto é o mesmo que dizer, que, potencialmente, estaríamos perante uma responsabilidade objectiva do Estado por actos de gestão pública.

2.3 A Proposta de Directiva da UE sobre Responsabilidade Civil Extracontratual da IA de 28/09/2022

Infelizmente, a opção política que acabou por vingar na mais recente proposta da UE não foi neste sentido. Em primeiro lugar, em vez de um Regulamento, propõe-se, agora, uma Directiva.

A Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial (Directiva Responsabilidade da IA), de 28/09/2022²⁶ (PDRIA), reconhecendo a necessidade de a UE avançar para evitar que os Estados-Membros legislassem isoladamente sobre os desafios impostos pela IA, adaptando os seus regimes de responsabilidade civil de forma dispersa e fragmentária, prejudicando, assim, a segurança e a previsibilidade do mercado único e acarretando maiores custos para as empresas, entendeu ser suficiente uma harmonização da adaptação das regras nacionais já existentes. Ou seja, para promover a implantação da IA, a opção foi causar o menor impacto possível nas empresas, tentando garantir que a protecção dos direitos dos lesados se mantivesse no mesmo nível em que estaria se os danos tivessem sido provocados sem o envolvimento de sistemas de IA (Considerando (7))²⁷.

Com este intuito foram discutidas três opções políticas:

Opção política 1: três medidas destinadas a reduzir o ónus da prova para as vítimas que tentam provar o seu direito a indemnização.

Opção política 2: as medidas previstas na opção n.º 1 + harmonização das regras de responsabilidade objetiva para os casos de utilização da IA com um perfil de risco específico, juntamente com um seguro obrigatório.

Opção política 3: uma abordagem faseada que consiste:

– numa primeira fase: nas medidas previstas na opção n.º 1,

– numa segunda fase: num mecanismo de reexame destinado a reavaliar, em especial, a necessidade de harmonizar a responsabilidade objetiva para os casos de utilização da IA com um perfil de risco específico

²⁵ A já referida Directiva 85/374/CEE, de 25 de Julho de 1985.

²⁶ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial (Directiva Responsabilidade da IA)*, de 28 de Setembro de 2022, disponível em [https://eur-](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496&qid=1665770433787&from=PT)

[lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496&qid=1665770433787&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496&qid=1665770433787&from=PT) [consultada em 14/10/2022].

²⁷ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho... (Directiva Responsabilidade da IA)*, p. 19.

(eventualmente associado a um seguro obrigatório)²⁸.

Após uma análise da eficácia, eficiência, coerência e proporcionalidade de cada opção, entendeu-se que a opção 3 seria a mais adequada, pois permitiria aos lesados o mesmo nível de protecção do que o das vítimas de tecnologias tradicionais, enquanto promoveria a adopção da IA²⁹.

Ou seja, apesar de reconhecer que as regras gerais dos Estados-Membros normalmente exigem que o lesado faça a prova do facto culposo do eventual lesante e do nexo de causalidade entre esse facto e o dano e que esta prova, nos casos em que os danos são causados por sistemas de IA, em virtude da sua opacidade, comportamento autónomo e complexidade, poderá ser extremamente difícil ou até impossível (Considerando (3)), o PE entendeu que “[p]ara colher os benefícios económicos e sociais da IA e promover a transição para a economia digital, é necessário adaptar de forma seletiva determinadas regras nacionais de responsabilidade civil”, tendo em vista “contribuir para a confiança da sociedade e dos consumidores, promovendo assim a implantação da IA” (Considerando (5))³⁰.

Portanto, afastou-se, para já, a regra da responsabilidade objectiva que se defendia em 2020, embora se tenha deixado a porta aberta para esta possibilidade, caso numa re-avaliação da situação se conclua que as medidas implementadas não são suficientes, ao menos nos casos de sistemas de IA de risco elevado. Note-se que também era só em relação a estes sistemas que em 2020 se defendia a regra da responsabilidade objectiva.

É de referir que a Directiva da Responsabilidade da IA proposta em 2022 operaria ao lado da Directiva da Responsabilidade por Produtos Defeituosos, cuja revisão permitirá

clarificar e assegurar a possibilidade de o lesado pedir uma indemnização por danos causados por produtos defeituosos assentes em IA (Considerando (11))³¹. Deste modo, havendo um produto defeituoso que possua um sistema de IA, pelo menos esta protecção já estaria assegurada.

A Proposta de Directiva da Responsabilidade da IA seguirá uma harmonização mínima, permitindo aos demandantes recorrer às normas nacionais caso estas lhes sejam mais favoráveis, por exemplo, caso prevejam inversões do ónus da prova mais extensas ou até responsabilidade objectiva do responsável (Considerando (14))³².

Com vista a assegurar a coerência com a PRIA de 21 de Abril de 2021, esta Proposta de Directiva utiliza as mesmas definições (Considerando (15))³³.

Por outro lado, sabendo que os lesados poderão não saber se o seu dano é ressarcível à luz de uma acção de indemnização, a Proposta de Directiva considerou adequado conceder-lhes o direito a requerer ao tribunal que ordene aos fornecedores de sistemas de IA, às pessoas sujeitas às obrigações de um fornecedor (nos termos do artigo 24.º ou do artigo 28.º, n.º 1, da PRIA) ou a um utilizador que divulguem elementos de prova pertinentes de que disponham. Com base nesta divulgação de elementos de prova suficientes para o potencial demandante poder decidir avançar ou não, evitar-se-ão litígios e custos desnecessários. Esta ordem do tribunal justificar-se-á por os sistemas de Alto Risco estarem sujeitos a determinadas obrigações decorrentes da PRIA em matéria de documentação, conservação de registos e informação dos operadores implicados na conceção, no desenvolvimento e na implantação de sistemas de IA, mas o lesado não ter o direito de aceder a estes registos (Considerandos (16) e (18))³⁴.

²⁸ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho... (Directiva Responsabilidade da IA)*, p. 10.

²⁹ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho... (Directiva Responsabilidade da IA)*, p. 10.

³⁰ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho... (Directiva Responsabilidade da IA)*, p. 18.

³¹ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho... (Directiva Responsabilidade da IA)*, p. 19.

³² COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho... (Directiva Responsabilidade da IA)*, p. 20.

³³ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho... (Directiva Responsabilidade da IA)*, p. 20.

³⁴ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho... (Directiva Responsabilidade da IA)*, pp. 20 e 21.

Assim, o sistema desenhado por esta proposta de Directiva assenta na responsabilidade subjetiva, mas aligeira o ónus da prova do lesado. Em primeiro lugar, caso o fornecedor, a pessoa sujeita às obrigações de um fornecedor nos termos do art. 24.º ou 28.º, n.º 1, da PRIA, ou o utilizador do sistema de IA, após pedido prévio de acesso às informações relevantes por parte do potencial demandante, ao qual não acedeu, não cumprir a ordem do tribunal neste sentido, o tribunal nacional presumirá que o demandado não cumpriu um dever de diligência pertinente, considerando que os tais elementos de prova solicitados permitiriam fazer esta prova para efeitos da ação de indemnização em causa. Ainda assim, esta presunção de culpa do demandado é ilidível (art. 3.º, n.º 5)³⁵.

O art. 4.º, n.º 1, prevê ainda uma presunção ilidível do nexo de causalidade em caso de culpa. Assim, os tribunais nacionais presumirão que existe um nexo de causalidade entre o facto culposo do demandado e o resultado danoso (ou a falta de resultado da qual se produzam danos), desde que estejam preenchidos cumulativamente os seguintes requisitos:

(a) O demandante demonstrou ou o tribunal presumiu, nos termos do artigo 3.º, n.º 5, a existência de culpa do demandado, ou de uma pessoa por cujo comportamento o demandado é responsável, *consistindo tal no incumprimento de um dever de diligência previsto no direito da União ou no direito nacional* diretamente destinado a proteger contra o dano ocorrido; (itálico nosso)

(b) Pode-se considerar que é *razoavelmente provável*, com base nas circunstâncias do caso, que o facto culposo influenciou o resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de IA de produzir um resultado; (itálico nosso)

(c) O demandante demonstrou que o resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de IA de produzir um resultado deu origem ao dano³⁶.

Portanto, desde que haja culpa (provada ou presumida nos termos da Proposta de Directiva), que o demandante tenha provado que

o resultado (ou a falta dele) produzido pelo sistema de IA deu origem ao dano e se considere que é razoavelmente provável que o facto culposo do demandado tenha influenciado a actuação do sistema de IA, o tribunal presumirá a existência do respectivo nexo de causalidade. Mais uma vez, no entanto, esta presunção é ilidível (art. 4.º, n.º 7), podendo o demandado provar que o seu facto culposo não poderia ter causado o dano (Considerando (30))³⁷.

O n.º 2 do art. 4.º determina que, no caso de uma ação de indemnização intentada contra um fornecedor de sistemas de IA de risco elevado, a culpa prevista no n.º 1, alínea a), do art. 4.º (incumprimento de um dever de diligência previsto no direito da União ou no direito nacional) só é considerada existente se o autor da ação tiver demonstrado que o demandado não cumpriu algum dos requisitos estabelecidos na PRIA:

(a) O sistema de IA utiliza técnicas de treino de modelos com dados que não cumprem os critérios de qualidade referidos no art. 10.º, n.º 2 a 4, da PRIA;

(b) O sistema de IA não cumpre os requisitos de transparência do art. 13.º da PRIA;

(c) O sistema de IA não permite uma supervisão eficaz por pessoas singulares durante a sua utilização, conforme determina o art. 14.º da PRIA;

(d) O sistema de IA não possui um nível apropriado de exatidão, solidez e cibersegurança nos termos dos arts. 15.º e 16.º, alínea a), da PRIA; ou

(e) As medidas corretivas necessárias não foram imediatamente tomadas para assegurar a conformidade do sistema de IA com as obrigações estabelecidas na PRIA ou para proceder à retirada ou recolha do sistema, nos termos do art. 16.º, al. g), e do artigo 21.º da PRIA³⁸.

Por outro lado, o n.º 3 do art. 4.º trata das acções intentadas contra um utilizador de um sistema de IA de risco elevado sujeito aos requisitos estabelecidos na PRIA, considerando que, neste caso, o demandante tem de provar que o utilizador:

³⁵ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho... (Directiva Responsabilidade da IA)*, p. 29.

³⁶ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho... (Directiva Responsabilidade da IA)*, pp. 29 e 30.

³⁷ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho... (Directiva Responsabilidade da IA)*, pp. 31 e 26.

³⁸ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho... (Directiva Responsabilidade da IA)*, p. 30.

(a) Não cumpriu as suas obrigações de utilizar ou controlar o sistema de IA de acordo com as instruções de utilização, ou não suspender ou interrompeu a sua utilização nos termos do art. 29.º da PRIA; ou

(b) Expôs o sistema de IA a dados de entrada sob o seu controlo que não eram pertinentes, considerando a finalidade do sistema, nos termos do artigo 29.º, n.º 3, da PRIA³⁹.

Na verdade, o n.º 6 desta norma vai mais longe e afirma ainda que se o demandado utilizou o sistema no âmbito de uma atividade pessoal e não profissional, “a presunção estabelecida no n.º 1 só é aplicável se o demandado tiver interferido substancialmente nas condições de funcionamento” ou se “tivesse a obrigação e a capacidade de determinar as condições de funcionamento do sistema de IA, mas não o tenha feito”⁴⁰.

Finalmente, o n.º 5 do art. 4.º, relativamente a sistemas que não sejam de risco elevado, determina que a presunção estabelecida no n.º 1 só é aplicável se o tribunal nacional considerar que é *excessivamente difícil* para o demandante provar o nexo de causalidade⁴¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos, apesar de ter partido de uma concepção mais protectora dos consumidores e dos lesados, propondo um regime de responsabilidade objectiva num Regulamento, que não poderia ser afastado pelas normas nacionais dos Estados-Membros, a última proposta segue, ao invés, uma alteração minimalista, propondo apenas uma Directiva e limitando-se a inverter o ónus da prova do demandante através do estabelecimento de presunções de culpa do demandado e do nexo de causalidade.

Confessamo-nos apreensivos. A solução da Proposta de Directiva possui muitos conceitos de difícil concretização: o que é “excessivamente difícil” para o demandante? O que são “interferências substanciais” nas condições de

funcionamento? O que é “razoavelmente provável”, com base nas circunstâncias do caso?

Apesar de permitir aos legisladores nacionais manter a aplicação de regimes mais protectores e de o regime agora proposto visar garantir que a UE não fica atrás na corrida ao desenvolvimento da IA, como provavelmente ficaria se onerasse demasiado as empresas, questionamo-nos sobre se será suficiente para proteger os direitos e interesses dos lesados.

O tempo o dirá. Por isso, vemos com bons olhos o facto de se prever, desde logo, a obrigatoriedade de a Comissão reexaminar a aplicação da Directiva ao fim de cinco anos (art. 5.º, n.º 1), a fim de avaliar a adequação das regras de responsabilidade objectiva para as acções contra os operadores de determinados sistemas de IA. Contudo a proposta de Directiva não deixa de afirmar nesta norma que a aplicação da responsabilidade objectiva só se colocará desde que tais acções não estejam já abrangidas por outras regras da União em matéria de responsabilidade e que se terá de avaliar a necessidade de cobertura de seguro, mas sem deixar de ter em vista o efeito e impacto destas alterações na implantação e adoção de sistemas de IA, particularmente para as pequenas e médias empresas⁴².

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALCAIDE, SOFIA PATRÍCIA TRAVASSOS DE FREITAS, *A Responsabilidade Civil por Danos Causados por Veículos Autónomos*, Coimbra, Almedina, 2021

ANTUNES, HENRIQUE SOUSA, «Inteligência artificial e responsabilidade civil», in MANUEL LOPES ROCHA/RUI SOARES PEREIRA (coords.), *Inteligência Artificial & Direito*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 19-35

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, «O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução», *Revista de Direito Civil*, V, n.º 2, 2020, pp. 261-305.

COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco sobre a Inteligência Artificial – Uma abordagem europeia*

³⁹ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho... (Directiva Responsabilidade da IA)*, pp. 30 e 31.

⁴⁰ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho... (Directiva Responsabilidade da IA)*, p. 31.

⁴¹ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho... (Directiva Responsabilidade da IA)*, p. 31.

⁴² COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho... (Directiva Responsabilidade da IA)*, p. 31.

virada para a excelência e a confiança, disponível em <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1> [consultado a 4/11/2022]

COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que Estabelece Regras Harmonizadas em Matéria de Inteligência Artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e Altera Determinados Atos Legislativos da União*, de 21 de Abril de 2021, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206> [consultado a 3/11/2022]

COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial (Diretiva Responsabilidade da IA)*, de 28 de Setembro de 2022, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496&qid=1665770433787&from=PT> [consultado a 14/10/2022]

CALO, RYAN / FROOMKIN, A. MICHAEL / SILVERS, LAURIE / RUBENSTEIN, MITCHELL (eds.), *Robot Law*, Edward Elgar, 2016

GOUVEIA, STEVEN S., «O problema da lacuna da responsabilidade na Inteligência Artificial», in MANUEL CURADO/ANA ELISABETE FERREIRA/ANDRÉ DIAS PEREIRA (coords.), *Vanguardas da Responsabilidade – Direito, Neurociências e Inteligência Artificial*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony, 2019, pp. 172-184

GRUPO INDEPENDENTE DE PERITOS DE ALTO NÍVEL EM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, *Orientações éticas para uma IA de confiança*, disponível em <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-pt> [consultado a 4/11/2022]

HÖRSTER, HEINRICH EWALD / SILVA, EVA SÓNIA MOREIRA DA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2019 (reimpr. de 2022)

JÚNIOR, MARCOS EHRHARDT / SILVA, GABRIELA BUARQUE PEREIRA, «Pessoa e Sujeito de Direito: Reflexões sobre a Proposta Europeia de Personalidade Jurídica Eletrônica», *RJLB*, Year 7, 2021, n.º 2, pp. 1089-1117, disponível em

https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/2/2021_02_1089_1117.pdf [consultado a 11/10/2022]

KISSINGER, HENRY A. / SCHMIDT, ERIC / HUTTENLOCHER, DANIEL, *A Era da Inteligência Artificial*, Alfragide, D. Quixote, 2021

MOREIRA, SÓNIA, «Artificial Intelligence: Brief considerations regarding the Robot-Judge», in MARIA MIGUEL CARVALHO/SÓNIA MOREIRA (coords.), *Governance & Technology - E-Tec Yearbook*, JusGov - Research Centre for Justice and Governance/University of Minho - School of Law, 2021, pp. 297-313, Disponível em <https://www.jusgov.uminho.pt/publicacoes/etec-yearbook-2021-2/> [consultado a 13/10/2022]

MOREIRA, SÓNIA, «Considerações sobre Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil: o Caso dos Veículos Autónomos», in MARIA MIGUEL CARVALHO (coord.), *E.Tec Yearbook - Artificial Intelligence & Robots*, JusGov/School of Law – University of Minho, 2020, pp. 69 a 91, disponível em <https://hdl.handle.net/1822/79431> [consultado a 13/10/2022]

NOVAIS, PAULO / FREITAS, PEDRO MIGUEL, *Inteligência Artificial e Regulação de Algoritmos*, Diálogos, União Europeia-Brasil, 2018, disponível em http://www.sectordialogues.org/documentos/noticias/adjuntos/ef9c1b_Intelig%C3%A2ncia%20Artificial%20e%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20de%20Algoritmos.pdf. [consultado a 12/10/2022]

PAGALLO, UGO, *The Laws of Robots – Crimes, Contracts and Torts*, Heidelberg/New York/London, Springer, 2013

PARLAMENTO EUROPEU, *Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial (2020/2014(INL))*, disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_PT.html) [consultado a 11/10/2022]

PARLAMENTO EUROPEU, *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))*, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0051&qid=1665509693617&from=PT> [consultado a 11/10/2022]

PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA LOCAL: UM ESTUDO SOBRE A APLICABILIDADE DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA LOCAL BRASILEIRA E EUROPEIA A PARTIR DE INSTRUMENTOS DE GOVERNANÇA ADMINISTRATIVA

Ricardo Hermany¹
Camila Lemos de Melo²

INTRODUÇÃO

O aumento da exigência da transparência na Administração Pública é visto tanto em países com em transição de regimes autoritários para sociedades mais democráticas, como em democracias amadurecidas. Em decorrência da sociedade da informação a divulgação de dados transmutou a forma de controle da Administração Pública, pois contribuiu com o aumento da exigência dos cidadãos à prestação de conta dos atos de seus governantes, berço dos programas de integridade.

O modelo de Estado de Direito promove o controle da Administração Pública, pois estrutura-se na separação de poderes e nos limites estabelecidos ao exercício do poder do Estado. Nesse sentido, o controle da Administração Pública permite a vigilância, a orientação e a correção da atuação das autoridades administrativas para que estas não se distanciem das regras e princípios norteadores do ordenamento jurídico e dos interesses públicos que legitimam a sua existência.

Portanto, o uso de técnicas de controle interno, como a gestão de risco, auxilia na transformação da cultura reativa da Administração Pública para torná-la proativa. Nesse sentido, os mecanismos de planejamentos agregam valor à administração pública como um todo e, na esfera local, tornam as cidades mais atraentes para investir, crescer e prosperar, tanto para novos negócios quanto para novas famílias e

assim, conseqüentemente, corroborar com o desenvolvimento da marca da cidade.

Desta forma, as entidades locais podem agir como embriões de programas de integridade público uma vez que os programas de *compliance* públicos atuam como um instrumento de governança pública tendentes a estabelecer, de acordo com a realidade de cada ente público, políticas e diretrizes de gestão com o intuito de fomentar a transparência, probidade e eficácia no serviço público.

Assim, o presente trabalho apresenta como tema o estudo dos programas de integridade para a Administração Pública local, na conjuntura brasileira e europeia. Neste contexto, questiona-se: a partir das técnicas de governança, é possível a aplicação dos programas de *compliance* na administração pública em entes locais considerando as perspectivas brasileiras e europeia? O trabalho será construído e elaborado a partir do método de abordagem dedutivo, do método procedimental monográfico, e da técnica da documentação indireta.

O objetivo geral é analisar a aplicabilidade e relevância dos programas de *compliance* na Administração Pública como um instrumento de governança pública, a partir do exame de gestão de riscos. Para responder o problema de pesquisa divide-se a investigação em três objetivos específicos: primeiro, examinar-se-á os pressupostos jurídico-institucionais de combate a corrupção na administração pública por meio dos principais marcos-normativos de combate à

¹ Pós Doutor na Universidade de Lisboa (2011). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999). Professor da Graduação e Pós-Graduação em Direito - UNISC. Coordenador do grupo de estudos de Gestão Local e Políticas Públicas - UNISC. Advogado. E-mail: <hermany@unisc.br>.

² Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito UNISC em regime sanduíche com a Universidade do Minho, Portugal. Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Advogada especialista em Compliance e LGPD. E-mail: <camilalmeo@yahoo.com.br>.

corrupção no século XX e dos paradigmas das técnicas de governança na esfera pública.

Após o conceituar algumas teorias da Governança Administrativa demonstrar-se-á as principais estruturas de governança a sua função no combate à corrupção e os possíveis reflexos na administração pública local brasileira e europeia. Para, ao final, discorrer sobre o instituto do *Compliance* Público na perspectiva Brasileira e Europeia e discutir os desafios jurídicos-institucionais de aplicação deste programa na gestão pública como um instrumento de fomento da transparência e eficácia administrativa.

1. PRESSUPOSTOS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS DE COMBATE A CORRUPÇÃO

A corrupção existe dentro de inúmeros ramos de conhecimento e sua forma alterna-se de acordo com a época em que ela ocorre, do local praticado, das instituições, da formação social, política e institucional. A compreensão deste instituto, por um breve delineado histórico da corrupção na esfera administrativa especificamente a partir do século XX, contribui para a compreensão da evolução de seus institutos jurídicos e das suas interconexões com as mudanças sociopolíticas e econômicas que moldaram a estrutura jurídica-econômica herdada pela administração pública no Estado Democrático de Direito.

Na contemporaneidade, a corrupção nas gestões públicas afeta diretamente o modelo de Estado Democrático de Direito descredibiliza as instituições públicas pela conduta de suas autoridades, contribui para o desperdício de recursos públicos, com a baixa qualidade das obras e serviços públicos, com o desvio de verbas em áreas não prioritárias, para o entrave ao crescimento econômico e afastamento de investimentos externos, para o excesso de regulação, dentre outras consequências¹.

¹ “Os efeitos negativos para o sistema democrático da chamada corrupção política foram descritos no seguinte sentido: a) a corrupção assola a regra da maioria, que é a própria democracia; b) corrói os fundamentos da moderna teoria da representação que esta na base do ideal democrático; c) afeta a princípio da publicidade e transparência; d) empobrece a qualidade da democracia, ao retirar da agenda política todas aquelas questões que constituem a contraprestação corrupta correspondente a recepção por parte dos partidos com fundos irregulares; e) provoca uma série de ilícitos em cascata” (ZENKNER, Marcelo. **Integridade governamental e**

A corrupção assombra a contemporaneidade, mas o principal marco normativo para seu combate decorre de um dos casos alarmantes na história, o escândalo de Watergate nos Estados-Unidos, no início da década de 1970. Nos Estados Unidos, após alguns escândalos de fraudes envolvendo propina para os congressistas norte-americanos, Nova York aprovou um projeto de lei o qual legitimou a corrupção no ordenamento jurídico. Contudo, foi somente com o escândalo de *Watergate* envolvendo a tentativa reeleição de Richard Nixon que o Senado americano vislumbrou a necessidade da criação de uma legislação de combate à corrupção nos Estados Unidos e, como resposta, o Congresso americano criou a FCPA - *Foreign Corrupt Practices Acts*, em 1977².

A Lei de Práticas de Corrupção no Exterior (*Foreign Corrupt Practices Acts*) é a legislação pioneira na criminalização de pagamentos de subornos em jurisdições estrangeiras. Seu conteúdo alcança a importância da integridade pública, a preocupação com a estabilidade dos governos, bem como os danos potenciais nas relações de outros países com os Estados Unidos³.

As principais convenções internacionais de combate a corrupção ocorreram em 1996, com a chamada Convenção Interamericana contra a Corrupção, provida pela OEA, considerada como o primeiro instrumento jurídico internacional de reconhecimento da corrupção supranacional, objetivava fomentar a promoção e o fortalecimento do desenvolvimento de mecanismos necessários para prevenção, detecção, punição e erradicação da corrupção, além de promover, facilitar e regular a assistência e cooperação entre os Estados Partes.

E em 1997, Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promovida pela OCDE. Por desta convenção, os

empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 266).

² STANFORD LAW SCHOOL. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse: a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP. Disponível em: <http://fcpa.stanford.edu/> Acesso em: 22/02/2022.

³ PUNDER, Patricia. A importância dos sistemas de integridade. *In.*: CUNHA, Matheus Lourenço; EL KALAY, Márcio (org.). **Manual de Compliance**. Vol 1. São Paulo: LEC, 2019.

Estados firmaram um compromisso de adequação das legislações internas às medidas de prevenção e combate a corrupção com o intuito de combater estes delitos na esfera das transações comerciais internacionais. Estas convenções foram ratificadas no Brasil, respectivamente, pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002 e pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, e pela União Europeia.

Ademais, a Comissão da União Europeia, instigada por estas convenções, em 1999, anunciou uma política de tolerância zero no que respeita à fraude e à corrupção e, na sequência desta iniciativa, foi criado o OLAF para prosseguir a luta contra a fraude em todas as vertentes e para informar o público das consequências da fraude. Assim, garantir que os funcionários das instituições europeias estão conscientes dos procedimentos que devem seguir quando suspeitam estar perante um caso de fraude e dar formação aos auditores e a outros colaboradores assumem-se como prioridades de relevo para a Comissão Europeia.

Desta maneira, estimulou-se ao longo dos anos a criação de programas de integridade pública. A exemplo, o governo federal brasileiro, após a criação do Programa de Fomento à Integridade Pública Nacional, em conjunto com a CGU, publicou a Portaria nº 1.089, em 25 de abril de 2018, que estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade e dá outras providências.

E, recentemente, entrou em vigor o Decreto Federal nº 11.129 de 11 de julho de 2022, para regulamentar a responsabilização objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira (Lei Federal nº 12.846/2013) e objetiva fomentar e difundir a cultura da integridade na esfera pública e privada. A atualização trouxe alterações

positivas, aproximou-se das práticas mais modernas de *compliance* e das normas internacionais que regulamentam os sistemas de gestão de *compliance* (ISSO 31301) e os sistemas de gestão antissuborno (ISSO 37001).

2. A GOVERNANÇA E SEUS REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA LOCAL

A necessidade de fundação de espaços públicos de governação, regulação e intervenção, cujos mecanismos de controle e funcionamento sejam submetidos às sociedades transnacionais e a governança ganhou importância com a complexidade das atuações internacionais com a problemática dos bens comuns mundiais e dos bens públicos mundiais, bem como pelo forte conteúdo econômico de inúmeros acordos bilaterais⁴.

O Livro Branco da Governança Europeia⁵ conceitua governança como “o conjunto de regras, processos e práticas que dizem respeito à qualidade do exercício do poder a nível europeu, essencialmente no que se refere à responsabilidade, transparência, coerência, eficiência e eficácia”, associando-se ao fortalecimento da boa administração vinculado à gestão do setor público, *accountability* e do fomento a transparência e ao acesso à informação⁶.

A governança transnacional traz, estrategicamente, uma forma de articulação entre o poder local e o global tendo em vista a impossibilidade de dispensar a cooperação entre os poderes e ao mesmo tempo multiplicar esforços para melhorar a produção dos resultados em escala global. Nesse sentido, as novas estratégias de governança devem pressupor a aproximação entre povos e culturas e a participação consciente e reflexiva do cidadão na gestão política, econômica e social⁷.

O federalismo brasileiro, ao possibilitar a descentralização do poder, através da fragmentação da estrutura de gestão social entre os entes federativos, principalmente no que tange ao poder local dos municípios, possibilitou

⁴ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós-Copenhague 2009**. Sequência, Florianópolis, v. 31, p. 319-339, jul. 2010.

⁵ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Governança Europeia. Um livro branco, COM 2001/428 disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal->

[content/PT/TXT/?uri=celex%3A52001DC0428](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52001DC0428)> Acesso em: 02 fev. 2022.

⁶ ZENKNER, 2019, p. 86.

⁷ INSTITUTO LATINO-AMERICANO DE GOVERNANÇA E COMPLIANCE PÚBLICO. **Governança pública municipal: transformando sua administração**. 1. Ed. Brasília: NT editora, 2020, p. 21

a autonomia das unidades federativas através das competências atribuídas pela constituição federal brasileira. Desse modo, o poder local na constituição brasileira traz a possibilidade de autorregulamentação democrática e maior chance de controle das decisões públicas da sociedade em seu núcleo especializado e específico

Igualmente, dentro do quadro da edificação do Estado democrático de direito, o “*poder local*” constituiu uma das fórmulas de participação dos cidadãos na vida pública pois enquanto sistema de órgãos, serviços e agentes públicos, a administração e governança local devem assegurar em nome da coletividade a satisfação regular e contínua das necessidades de segurança, cultura e bem-estar dos cidadãos, cujas demandas nos termos da Constituição e da lei têm a obrigação de prover. Nesse sentido, a fórmula de exercício do poder de autoridade do Estado aliado à administração local representa uma das melhores oportunidades de “*envolvimento dos cidadãos no processo de tomada de decisões governamentais naquelas matérias que têm a ver com o seu cotidiano*”⁸.

A governança pública corrobora na criação de valor público, segundo Moore⁹ é preciso que os agentes públicos demonstrem que os resultados da sua atuação valem o preço pago pela sociedade (restrição individual e consumo privado – dinheiro pago em impostos e taxas). Os benefícios de sua aplicação na Administração Pública, segundo o Instituto Latino-americano de Governança e *Compliance* público, podem resumir-se a soma da transparência com a proximidade do governo com a sociedade, resultantes na efetividade, eficiência e eficácia.

O Brasil o governo federal segue um modelo descentralizado de Governança pública, não obrigatório para as gestões locais, as quais devem atentar para às suas potencialidades e necessidades de gestão para então definir a forma de implantação da governança. Na esfera federal brasileira aprovou-se o Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, que dispõe sobre a política de Governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.¹⁰

No âmbito do Mercado Único Europeu, a governança atua diretamente na necessidade de uma aplicação coerente e uniforme da UE¹¹, por meio de avaliações regulares para alcançar a homogeneidade na implementação das legislações relativas ao mercado único, considerando a necessidade de transposição e aplicação das normas europeias no funcionamento do mercado interno dos Estado-Membros.

Aplicar práticas de governança em municípios contribui com o cumprimento dos objetivos do gestor público dentro de sua gestão e fora, quando relacionados às necessidades populacionais. Para isso, a governança pública municipal deve atuar com base em três pilares: liderança, estratégia e controle. A liderança assegura as condições mínimas para o exercício da boa governança, a estratégia define e monitora os objetivos e metas e cabe ao controle a prestação de contas, a transparência e a responsabilização¹².

Portanto, governança municipal pode ser um poderoso instrumento de transformação local, mas para que isto ocorra, é necessário que os Municípios constituam modelos próprios de governança, adequados “*ao seu contexto, à sua estrutura, à sua rede, ao seu formato de*

⁸ CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2001.

⁹ MOORE, M. H. **Criando valor público – gestão estratégica no governo**. Rio de Janeiro: Uniletras, 2002, p. 55.

¹⁰ INSTITUTO LATINO-AMERICANO DE GOVERNANÇA E COMPLIANCE PÚBLICO. **Governança pública municipal: transformando sua administração**. 1. Ed. Brasília: NT editora, 2020, p. 25.

¹¹ (2015/2354(INI)) 69. Solicita aos Estados-Membros que transponham as normas do mercado interno de forma coerente e consistente e apliquem, correta e integralmente, a legislação e as normas relativas ao mercado interno; salienta que a imposição de testes e registos adicionais, o não reconhecimento de certificados e normas, as restrições territoriais à oferta e

outras medidas afins geram custos suplementares para os consumidores e retalhistas, privando assim os cidadãos europeus do pleno usufruto das vantagens do mercado único; solicita igualmente à Comissão, a fim de assegurar uma melhor governação, que siga uma política apropriada em relação aos Estados-Membros que não aplicam adequadamente as regras do mercado interno, recorrendo, sempre que adequado, a procedimentos por infração e a uma aceleração desses processos através de uma abordagem de procedimento simplificado

¹² INSTITUTO LATINO-AMERICANO DE GOVERNANÇA E COMPLIANCE PÚBLICO. **Governança pública municipal: transformando sua administração**. 1. Ed. Brasília: NT editora, 2020.

articulação e aos seus potenciais”¹³. A governança é um meio para atingir os objetivos da administração pública.

Diante das características da autonomia dos entes locais, reforça-se as necessidades de transformação da gestão administrativa estatal e local pois é preciso efetivar um aprofundamento constante da autonomia local em virtude da sua atuação na promoção da democracia e, conseqüentemente, da melhora no governo e na gestão local.

3. APLICAÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE PÚBLICO NA PERSPECTIVA BRASILEIRA E EUROPEIA

O instituto do *Compliance* Público na perspectiva Brasileira e Europeia e discutir os desafios jurídicos-institucionais de aplicação deste programa na gestão pública como um instrumento de fomento da transparência e eficácia administrativa.

Possivelmente, alguns julgam a palavra “integridade” ser uma mera tradução de “*Compliance*”, equivocadamente, pois a integridade possui um significado muito mais abrangente. Além de estar conforme os requisitos legais, ela impõe uma conduta correta, permanente, como foi dito, “fazer o certo, independentemente de normas, códigos ou leis”. Segundo Nohara¹⁴ o modelo gerencial propugnado pela reforma, conforme visto, mede a eficiência da Administração Pública a partir da perspectiva da satisfação exclusiva do cidadão-cliente que se utiliza dos serviços públicos, que são comparados com os prestados pela iniciativa privada.

O fortalecimento das competências locais potencializa a atuação das autoridades dirigentes e democráticas, pois, ao atribuir competência para um poder local há um fortalecimento da Constituição dirigente. Isso porque é por intermédio do reconhecimento do poder local que há um empoderamento das normativas

constitucionais e, conseqüentemente, o fortalecimento da república¹⁵.

O poder local na Constituição brasileira traz a possibilidade de autorregulamentação democrática e maior chance de controle das decisões públicas da sociedade em seu núcleo especializado e específico. O Federalismo brasileiro, ao possibilitar a descentralização do poder, por meio da fragmentação da estrutura de gestão social entre os entes federativos, principalmente no que tange ao poder local dos municípios, possibilitou a autonomia das unidades federativas através das competências atribuídas pela constituição federal brasileira.

Por meio do fortalecimento da comunicação interna dos agentes públicos, entende-se possível fazer-se um fortalecimento da comunicação entre os órgãos e entidades da Administração Pública local no que tange à gestão das políticas públicas. Com isso, possibilitaria o fomento da comunicação e transparência das informações e, como consequência, um aumento nos índices de denúncia de irregularidade e de corrupção em busca da promoção de resultados eficientes bem como na maximização do bem-estar social e na consumação dos direitos fundamentais¹⁶.

Vale referir que um programa de *Compliance* estruturado possibilita assegurar a proteção da Administração Pública, das empresas com ela contratadas e de seus dirigentes na prática de delitos e cooperação com agentes criminosos minimizando riscos e possíveis desgastes com a opinião pública. O escopo do processo de *Compliance* é agir de acordo com as regras e normas de empresa com o intuito de fomentar a integridade, agilidades diante dos riscos e, dentro do âmbito público, aprimorar a imagem das Administração perante os seus administrados¹⁷.

Considerando o cenário político brasileiro, no dia 25 de abril de 2018, o Ministério do Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União

¹³ ZENKNER, 2019, p. 26.

¹⁴ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 117-118.

¹⁵ HERMANY, Ricardo *et al.* **Gestão local e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010.

¹⁶ MESQUITA, C. B. C. de. **O que é compliance público?** Partindo para uma Teoria Jurídica da Regulação a partir da Portaria nº 1.089 (25 de abril de 2018) da Controladoria-Geral da União (CGU). Revista de

Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 5, n. 1, p. 147-182, maio 2019. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/download/20587/21695/47023>>. Acesso em: 01 de nov. de 2022.

¹⁷ BLOK, Marcella. **Compliance e governança corporativa**: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 8.421/2015. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

publicou a Portaria de nº 1.089, a qual *estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade e dá outras providências*¹⁸. Assim, determinou que até 30 de novembro de 2018 ocorresse a implementação e a aprovação dos programas de integridade pelos órgãos e entidades da administração pública federal autárquica e fundacional. Evidencia-se que esta portaria é considerada como a primeira legislação no Brasil que estabelece diretrizes de implementação do que passou a ser denominado de “*Compliance Público*”¹⁹ pela doutrina.

Neste cenário, o Decreto Federal nº 11.129/2022 especifica definições e parâmetros do processo administrativo de responsabilização de atos praticados por pessoas jurídicas contra a administração pública, suas sanções e forma de encaminhamento judicial, o acordo de leniência e, por fim, os objetivos e parâmetros dos programas de integridade. A atualização efetuada no regulamento da lei anticorrupção (Lei Federal nº 12.846/2013) reforça o direcionamento de aperfeiçoamento das normas anticorrupção e o estímulo à adoção de programas de integridade em nosso país.

Na União Europeia, os instrumentos utilizados pelos Estados-Membros da UE para ajudar a combater a fraude e outras irregularidades nos fundos da UE sob gestão partilhada enfatizam boas práticas de gestão pública potencialmente transferíveis para os entes locais.

Para além dos instrumentos da Comissão, existem vários instrumentos que são utilizados pelas autoridades nacionais para ajudar na sua luta contra a corrupção e a fraude nos fundos em gestão partilhada, como, por exemplo: registros de empresas para detectar potenciais conflitos de interesse e fraudes em procedimentos de compras; bancos de dados de compras para identificar licitações em conluio e fraudes em procedimentos de compras; sistemas de monitoramento de fundos que também são

usados por algumas autoridades nacionais para detectar o duplo financiamento e manipulação dos custos do projeto durante a implementação do projeto; esquemas de denúncia, bandeiras vermelhas, sanções e várias formas de treinamento e orientação.

Contudo, a grande maioria destas ferramentas funciona apenas em determinados Estados-Membros da UE e não permitem qualquer fluxo de informação transfronteiriço. Vale referir ainda que a maioria dos Estados-Membros utiliza mais do que um sistema informático, o que também contribuiu para o elevado nível de fragmentação e complicações de interoperabilidade.

Além de ser uma solução inovadora para combater a fraude, iniciativas de transparência como os “*Pactos de Integridade*”, também chamados de Programas de *Compliance* público, destacam-se como boas práticas para ajudar a prevenir fraudes, pois normalmente envolvem terceiros imparciais (por exemplo, ONGs) no monitoramento dos programas.

Assim, a posição da função dos programas de *Compliance* na estrutura organizacional das entidades da Administração Pública atua de modo a assegurar a sua autonomia e os fatores de risco a ela relacionados e é de extrema relevância para fomentar a independência e autonomia de forma com responsabilidade, independência e transparência. E entende-se que a aplicação dos programas de *Compliance* na Administração Pública local deve servir como princípio à ser fomentado por todos os agentes públicos para que o estado de espírito de “*estar em Compliance*” torne-se automático em cada um, a partir de treinamentos, com o intuito de integrar valor aos entes locais ao disseminar a elevação dos padrões éticos e culturais, aumentar a agilidade nas burocracias internas, melhorar o relacionamento com os cidadãos e ressignificar de forma íntegra a imagem dos entes públicos locais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹⁸ De acordo com o art. 7º da citada legislação, “os órgãos e as entidades deverão iniciar a execução e o monitoramento de seu Programa de Integridade, com base nas medidas definidas pelos planos de integridade. Parágrafo único. Os órgãos e as entidades deverão buscar expandir o alcance de seu Programa de

Integridade para as políticas públicas por eles implementadas e monitoradas, bem como para fornecedores e outras organizações públicas ou privadas com as quais mantenha relação.

¹⁹ MESQUITA, 2022.

Os entes locais podem utilizar-se do seu poder local para aplicar, em cada caso, práticas de boa governança e programas de integridade com o intuito de aprimorar a prestação dos serviços públicos, a gestão dos riscos administrativos, a gestão dos contratos públicos e, principalmente, recuperar a confiança dos cidadãos nos atos de gestão pública considerando o alto índice de corrupção nos últimos anos vislumbrados no Brasil.

Da análise do papel programas de *Compliance* no âmbito da governança, percebe-se a sua importância quando aplicado à Administração Pública. Assim, considerando as tendências atuais de combate à corrupção, bem como as novas legislações que abordam os princípios dos programas de *Compliance*, conclui-se que a Administração Pública, de modo geral, pode se beneficiar por meio da implementação destes programas, visando o auxílio na eficácia, boa governança e probidade na prestação de serviços públicos, bem como, revigorar a imagem pré-existente nas parcerias público privadas além de possibilitar o aprimoramento dos controles internos das gestões públicas municipais.

Tendo em vista o andamento da pesquisa, os resultados preliminares apontam que a aplicação das normas de gestão de *Compliance* público no âmbito da Administração local teria a funcionalidade de um instrumento jurídico regulatório de integração social sistêmica pois ao ser elaborado por órgão ou entidades da Administração Pública abrangeria um conjunto de mecanismos e procedimentos setoriais destinados a promover a integridade inerentes as políticas públicas aplicadas.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BLOK, Marcella. **Compliance e governança corporativa**: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 8.421/2015. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2001.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Governança Europeia. Um livro branco, COM 2001/428 disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal->

[content/PT/TXT/?uri=celex%3A52001DC0428](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52001DC0428)> Acesso em: 02 fev. 2022.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós-Copenhague 2009**. Sequência, Florianópolis, v. 31, p. 319-339, jul. 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. **U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. Disponível em: <https://www.trade.gov/us-foreign-corrupt-practices-act> Acesso em: out. 2022.

HERMANY, Ricardo *et al.* **Gestão local e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010.

INSTITUTO LATINO-AMERICANO DE GOVERNANÇA E COMPLIANCE PÚBLICO. **Governança pública municipal: transformando sua administração**. 1. Ed. Brasília: NT editora, 2020.

MESQUITA, C. B. C. de. **O que é compliance público?** Partindo para uma Teoria Jurídica da Regulação a partir da Portaria nº 1.089 (25 de abril de 2018) da Controladoria-Geral da União (CGU). Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 5, n. 1, p. 147-182, maio 2019. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/download/20587/21695/47023>>. Acesso em: 01 de nov. de 2022.

MOORE, M. H. **Criando valor público – gestão estratégica no governo**. Rio de Janeiro: Uniletras, 2002, p. 55.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

PUNDER, Patricia. A importância dos sistemas de integridade. In.: CUNHA, Matheus Lourenço; EL KALAY, Márcio (org.). **Manual de Compliance**. Vol 1. São Paulo: LEC, 2019.

STANFORD LAW SCHOOL. **Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse: a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP**. Disponível em: <http://fcpa.stanford.edu/> Acesso em: 22/02/2022.

ZENKER, Marcelo. **Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal**. Belo Horizonte: Forum, 2019

O EXAME DA ORDEM E A CRISE NA FORMAÇÃO DE JURISTAS NO BRASIL: O SISTEMA DE FORMAÇÃO DE JURISTAS PORTUGUESES COMO FONTE DE INSPIRAÇÃO PARA MELHORIA DO SISTEMA BRASILEIRO

Talita de Fátima Pereira Furtado Montezuma¹
Beatriz Chaves Bittencourt de Albuquerque²

INTRODUÇÃO

A formação dos juristas, em especial de advogados, no Brasil tem se mostrando deficiente e incompleta. Esta afirmação se confirma pelo número cada vez maior de bacharéis em Direito que não conseguem lograr êxito no exame da ordem dos advogados.

A aprovação no exame da ordem exigida pela Ordem dos Advogados do Brasil, é considerada uma das ferramentas essenciais para selecionar os profissionais do direito, demonstrando quais juristas estão aptos ao exercício da advocacia. O exame também serve como um indicador sobre o ensino jurídico. Assim, o índice de aprovações e reprovações são fatores pelos quais se atesta a qualidade do ensino jurídico.

O elevado número de bacharéis reprovados nos últimos exames de ordem, conclui-se que uma parcela significativa de alunos do curso de Direito está concluindo sua formação acadêmica sem desenvolver as competências básicas necessárias para o exercício da advocacia, o que atesta a crise do ensino jurídico vivenciada no Brasil.

A sociedade brasileira vive em constante transformação, o que, por consequência, também exige uma ciência transformadora que acompanhe o meio social e seja capaz de atendê-lo. Assim é necessário que sejam feitas mudanças e adequações no estilo avaliativo adotado pelo exame da Ordem dos Advogados do Brasil para que este se torne um instrumento capaz de filtrar, da maneira correta, os juristas que saem do curso de direito e ingressam no mercado de trabalho.

Nesse contexto, o presente trabalho busca se extrair ideias, conceitos e métodos de usados para formação de juristas em Portugal, país

lusófono cuja as leis muitas vezes são utilizadas como fonte de inspiração para criação de legislações brasileiras e cuja seleção avaliativa dos profissionais jurídicos, especialmente advogados, engloba uma esfera de informação técnica e outra de desenvolvimento das habilidades práticas, demonstrando como estas ideias podem ser aproveitadas no processo de aprimorar o exame de ordem a fim de abranger e testar os conhecimentos teóricos e práticos dos juristas formados no Brasil.

Como metodologia a ser empregada, define-se uma abordagem qualitativa e descritivo-analítica. Como fontes de pesquisa utiliza-se livros, legislação, bem como artigos científicos, extraídos de bases de dados científica como Scielo, vlex, Revista dos Tribunais, com o intuito de fornecer um estudo teórico direcionado a avaliação e seleção de habilidades e competências no âmbito jurídico, notadamente na carreira advocatícia. Os resultados encontram-se sintetizados neste trabalho.

1. A CRISE DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL E OS MÉTODOS DE AVALIAÇÃO DE PROFISSIONAIS DO DIREITO

É indiscutível o papel que a Justiça exerce no meio social. Aqui ao se utilizar do termo “Justiça”, busca-se uma abrangência ampla do seu significado, considerando-se que a sua função vai desde a realização de análises dos valores morais e culturais da sociedade, para que seja possível identificar as possíveis deficiências e melhorias, que servirão como base para elaboração ou modificação de leis, até a garantia da sua justa e correta aplicação.

Por óbvio, tamanha tarefa demanda a atuação de um extenso número de profissionais. Juízes, promotores, advogados, entre outras

¹ Professora adjunta da Universidade Federal Rural do Semiárido, Doutora em Direito pela Universidade de Brasília (2021), Mestre (2015) e Graduada em Direito (2012) pela Universidade Federal do Ceará.

² Mestranda em Direito Constitucional pela UNIFOR. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

ocupações, que são responsáveis por garantir a atuação do Poder Judiciário no Brasil. Assim, diante da grande variedade de funções ofertada pelo Poder Judiciário, o curso de Direito sempre apresentou altos índices de adesão. Nesse ponto, não se pode olvidar que além da grande variedade de funções, a estabilidade garantida aos servidores públicos que logram êxito em concursos públicos, também se torna um grande atrativo para o curso de Direito.

O crescimento de procura pelo curso, gerou, conseqüentemente, o aumento do número de oferta. De acordo com um levantamento realizado pela OAB do Paraná, no ano de 2021 o Brasil tinha mais faculdades de Direito do que todos os países no mundo juntos¹.

Com a grande quantidade de profissionais na área jurídica, o Estado precisou adotar novas medidas para buscar tentar garantir sempre o melhor exercício da Justiça no país. Em 1996, por meio do Provimento nº 81 o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil tornou obrigatória a realização do Exame de Ordem para o exercício da advocacia e admissão no quadro de advogados².

Segundo as diretrizes do mencionado Provimento, o exame deveria ser dividido em duas partes. Primeiramente os alunos são submetidos a uma prova objetiva com questões de múltipla escolha, sendo necessário a obtenção de nota mínima de 5 para que o candidato esteja apto a realizar a prova seguinte. A segunda parte do exame, chamada de Prova Prático-Profissional, ocasião em que o candidato tem a liberdade de escolher entre as áreas de Direito Civil, Direito Penal, Direito Comercial, Direito do Trabalho, Direito Tributário ou Direito Administrativo para realização da prova, é dividida em duas partes: a primeira o candidato deverá elaborar peça privativa de advogado e a segunda deverá responder cinco questões práticas elaboradas de forma a retratar “situações problemas”. Em 2010, o exame passou a ser unificado, ou seja, todos os candidatos inscritos do país devem realizar a mesma prova, que desde então vem sendo

elaborada e aplicada pela a FGV Projetos, unidade de pesquisa aplicada e de assessoria técnica da Fundação Getúlio Vargas.

Contudo, embora o exame tenha sido criado inicialmente com o intuito de garantir o bom exercício da advocacia e promover uma melhor atuação do Poder Judiciário, com o decorrer dos anos, verificaram-se altos índices de reprovações. Em abril de 2016, a FGV Projetos publicou um estudo chamado “Exame da Ordem em número”, de acordo com o levantamento feito pela instituição apenas 40% dos aprovados foram bem sucedidos já na primeira oportunidade³, ou seja, menos da metade dos candidatos conseguiram aprovação de primeira no exame.

A grande quantidade de bacharéis incapazes de obter êxito no exame de Ordem, chama atenção para a crise do ensino jurídico que atualmente se alastra pelo Brasil. A crise aqui abordada não deve ser considerada como recente, ela sempre existiu, contudo veio se agravando a medida em que o número de faculdades e alunos foram aumentando de maneira descontrolada. Ainda, é válido ressaltar que o alto índice de reprovações no exame da Ordem aponta para apenas um dos pontos críticos da crise, que de uma maneira geral apresenta questões no âmbito da grade curricular e extracurricular, didático, pedagógico, metodológico, político e econômico.

O exame da Ordem é responsável por atestar a aptidão dos alunos para exercer na prática a advocacia, ou seja, os alunos devem demonstrar como solucionam demandas reais, muitas vezes inseridas dentro de algum contexto social e que necessitam de um olhar humanístico, com a devida análise de valores morais, para serem resolvidas. Logo, as Instituições de Ensino Superior (IES) devem estar focadas em encontrar uma mescla entre o ensino prático e teórico, uma vez que os dois estão interligados.

O cerne do processo de aprendizagem não está nem na teoria ou doutrina, que podem se tornar abstrações inúteis, nem na prática cotidiana, que

¹ OAB/PR. **Brasil tem mais faculdades de Direito que todos os países.** Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/brasil-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-paises/>. Acesso em: 10 out. 2022.

² BRASIL. Provimento nº 81, de 16 de Abril de 1996. **Estabelece normas e diretrizes do Exame de Ordem.** Original publicado em 23 de abril de 1996. Disponível em: <http://www.oab->

ba.org.br/fileadmin/user_upload/Tribunal_de_Etica/Provimento_Num81.pdf Acesso em 10 out. 2022.

³ FGV Projetos. **Exame de Ordem em Números Volume III Abril De 2016.** Disponível em: <https://examedeordem.oab.org.br/pdf/exame-de-ordem-em-numeros-l.pdf>. Acesso em: 10 out 2022.

pode se tornar repetição mecânica. O cerne do processo de aprendizagem está na forma como o aluno articula esses dois termos, na forma como permite que cada um deles ilumine e desafie o outro. Mas essa capacidade de articulação não está nem na doutrina nem nos casos. Ela é uma faculdade do sujeito que experimenta e pensa, é a habilidade que ele tem de refletir sobre o concreto e formular hipóteses sobre seu sentido.⁴

Conforme explicado, denota-se que a primeira fase do exame da Ordem, exclusiva com questões de múltipla escolha, não passa de um teste de memorização da legislação vigente, não existe qualquer aplicação prática de conhecimento jurídico. Na segunda fase pode-se dizer que existe uma breve aplicação teórica, contudo, não existem dúvidas é bastante limitada, uma vez que os alunos escolhem a área do Direito que vai ser aplicada a prova e, por consequência, já tem conhecimento de quais peças podem ser cobradas.

Veja-se que o exame da Ordem não busca em momento algum testar o senso crítico de seus candidatos. Não se pode permitir a formação de juristas sem qualquer tipo de capacidade crítica frente a problemas de cunho social que irão enfrentar.

Contudo, esta não é a finalidade para a qual a educação e o ensino superior como um todo se presta – em especial o jurídico, que lida diretamente com as demandas sociais. Assim, não se espera de um aluno do curso de Direito a aplicação de uma lei ou mesmo uma teoria a um caso concreto como se isto se constituísse em uma fórmula matemática, em que a resolução fosse exata.

O Direito é uma ciência humana e, como tal, necessita de análises complexas e interpretativas para a resolução dos problemas da sociedade. Ou seja, existem casos em que a lei ou mesmo o Direito não serão suficientes para determinado caso e, por isso, o profissional deverá recorrer a outros saberes que ultrapassam o âmbito do Direito.⁵

Entende-se que para a boa formação do jurista, as IES devem buscar desenvolver habilidades múltiplas em seus alunos, que vão

desde o conhecimento da lei de maneira geral até a sua melhor aplicação dentro de caso concreto em concordância com os valores morais da sociedade aonde o problema está figurado.

Entende-se, pois, que já não bastam instituições de ensino jurídico com estruturas tradicionais que desconheçam as novas condições de aprendizagem. Os cursos jurídicos deverão se preocupar com indivíduos emancipados que sejam capazes de construir suas carreiras em sintonia com as demandas e opções sociais e possuir habilidades suficientes para adequar seu conhecimento às novas características da sociedade, aos grupos profissionais e aos novos tipos de organizações sociais. Entendidas como trajetórias sociais, essas carreiras deverão pressupor, portanto, o re-pensamento e a reinvenção do mundo jurídico e dos processos de deliberação democrática.⁶

A busca pelo melhor alinhamento entre prática e teoria é o ponto chave para formação de bons juristas e é o que as IES devem buscar ofertar aos seus alunos. Não se deve permitir a criação de um sistema de ensino, que será obrigatoriamente cobrado em avaliação posterior, voltado apenas para teoria com enfoque na memorização de artigos e legislação, é preciso que através da pesquisa e ensinamentos de extensão, sejam estimuladas diversas habilidades entre os alunos.

A Faculdade de Direito deveria ser o lugar apropriado (a instituição adequada) para o aluno aprender a pesquisar, raciocinar, compreender e, sobretudo, interpretar, argumentar e redigir (petições, recursos, arrazoados). Mas pouco se faz nesse sentido. Para além de aulas expositivas, fundadas na ideologia legalista, quase nada mais é oferecido ao aluno. Centros de pesquisas, produção científica, publicação de artigos e livros etc.: isso só tem preocupado umas poucas faculdades, que não estão conseguindo cumprir (de modo satisfatório) seu papel institucional de educar e preparar o acadêmico para o exercício profissional.⁷

Veja-se que aqui não se trata questão em torno da realização ou não de um exame para atestar a qualidade dos profissionais, e sim, sobre como o exame da Ordem se mostra concatenado

⁴ GHIRARD, José Garcez. **O instante do encontro: questões fundamentais para o ensino jurídico**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012. Série didáticos. Coleção Acadêmica Livre. GHIRARD, José Garcez. 2012, p. 47.

⁵ PINHEIRO, Priscila Tinelli. **Reestruturação do Exame da OAB como uma alternativa à crise do Ensino Jurídico**. *Derecho y Cambio Social*, p. 1-19, 2016. PINHEIRO, Priscila Tinelli. 2016, p. 10.

⁶ GUSTIN, Miracy, Barbosa de Sousa **A complexidade social e o ensino do direito: novos conceitos e papéis**. Revista da

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2003. Disponível em: 1274-Texto do Artigo-2417-2-10-20141006.pdf .Acesso em: 31maio 2022. GUSTIN, Miracy, Barbosa de Sousa. 2003, p. 204

⁷GOMES, Luiz Flávio. **Crise do ensino jurídico, exame da OAB e empregabilidade**. Disponível em: <http://www.profpito.com/acriselfgomes.html>. Acesso em: 01 jun. 2022. GOMES, Luiz Flávio.2006.

com o ensino jurídico ofertado pelas faculdades e universidades pelo país.

Para Gustin uma sociedade em transformação exige uma ciência transformadora, capaz de “dar conta” da complexidade social⁸. Assim, uma vez que o índice de aprovações se mostra abaixo do esperado, é possível constatar que existe uma deficiência na aplicação do ensino teórico na prática dos atos da advocacia no dia a dia.

2. A DIDÁTICA DO ENSINO JURÍDICO NO BRASILEIRO

No Brasil, o curso de direito segue uma dinâmica de ensino mais tradicional, advinda da influência positivista. A aplicação dessa dinâmica tradicional, onde se busca principalmente demonstrar a aplicação pura e simples da lei, os alunos acabam desconhecendo as demandas reais ligadas ao exercício prático do direito. Existe uma preferência pela aula em um formato puramente expositivo, com a explicação direta sobre os dispositivos tal qual como constam nos códigos.

Nessa perspectiva, afirma-se que a crise do ensino jurídico brasileiro está atrelada a incapacidade dos estudantes de realizar uma aplicação prática da lei, como forma de demonstrar a conexão entre os conhecimentos práticos e teóricos. É notório que existe um distanciamento estabelecido entre o Direito e a realidade social reflete-se até mesmo nos exemplos utilizados contidos nos livros, bem como naqueles utilizados pelos professores nas salas de aula para contextualização das matérias jurídicas.⁹

Importa destacar que apesar das críticas, não se busca a simples substituição do método de ensino tradicional ou expositivo. Esse tipo de metodologia é de grande importância para ciência jurídica de maneira geral, mas, deve-se considerar a amplitude da aplicação do direito, e assim entender que até um método que é considerado relevante, pode, e deve, ser

aperfeiçoado. É importante ressaltar que as faculdades de Direito ainda hoje utilizam, prioritariamente, metodologias de ensino que omitem a participação ativa do estudante na construção dos saberes jurídicos, rechaçando, inclusive, questionamentos sobre as estruturas vigentes¹⁰.

O ensino deve sempre se posicionar de maneira ativa, estimulando o discente a produzir e aperfeiçoar sua forma de conhecimento. É preciso que exista um espaço para que os alunos consigam desenvolver suas próprias competências, formando assim uma autonomia crítica na forma de pensar e explorar a sociedade e o mundo. O ensino deve ser interdisciplinar de maneira a explorar as múltiplas inteligências e habilidades dos diferentes tipos de alunos. Segundo Gustin e Lima

importa, pois, desenvolver competências de aprendizagem autônoma que permitam o dinamismo da conclusão permanente do ser, daí por que a ação educativa deve ser continuada. Não se recomenda o ensino enciclopédico, aquele que valoriza sobremaneira o acúmulo de conhecimentos, o cumprimento de programas excessivamente extensos a qualquer custo. O sujeito que desenvolve autonomia crítica é aquele cuja forma de pensar é exploratória e, por esta característica, é inevitavelmente problematizante e interdisciplinar.¹¹

A educação, de uma maneira geral, deve se voltar para a formação de cidadãos críticos e com papel de agentes transformadores capazes de promover mudanças no meio social no qual estão inseridos. Assim, especificamente o estudante do curso de Direito, deve sempre buscar superar as barreiras do ensino puramente teórico, demonstrando sua habilidade de aplicar na prática o que foi passado dentro da sala de aula. Contudo, o ensino jurídico ainda carece do desenvolvimento de competências imprescindíveis na carreira profissional e pessoal.

Nesse ponto, os professores e suas formas de avaliação desempenham um papel essencial

⁸ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa **A complexidade social e o ensino do direito: novos conceitos e papéis**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2003. Disponível em: 1274-Texto do Artigo-2417-2-10-20141006.pdf. Acesso em: 31maio 2022. GUSTIN, Miracy, Barbosa de Sousa. 2003, p. 206

⁹ PINHEIRO, Priscila Tinelli. Reestruturação do Exame da OAB como uma alternativa à crise do Ensino Jurídico. **Derecho y Cambio Social**, p. 1-19, 2016. PINHEIRO, 2006, p. 6

¹⁰ RIOS, Priscila Frances Uedlih. **A necessária formação emancipatória nos cursos de Direito e as habilidades para**

a prática profissional jurídica: uma análise da avaliação proposta no Exame da OAB. 2019. 132 f. Dissertação (Mestrado). RIOS, 2019, p. 30.

¹¹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LIMA, Paula Gabriela Mendes. **Pedagogia da Emancipação: desafios e perspectivas para o ensino das ciências sociais aplicadas no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. GUSTIN; LIMA, 2010, p. 62

na formação dos juristas. É estritamente necessário que o conteúdo passado pelo professor dentro de sala de aula busque contemplar as mais diversas formas de inteligências de seus alunos e que esteja sempre alinhado com a sua forma de avaliação. De acordo com Sales e Araújo é essencial que o professor tenha consciência da existência das várias inteligências, que devam ser reconhecidas e estimuladas para melhor desenvolvimento do potencial de aprendizagem de cada aluno.¹² Os métodos avaliativos devem ser direcionados a atingir a maior gama de inteligências e habilidades possíveis, respeitando as aptidões e deficiências de cada um dos alunos.

Assim, considerando a importância da aplicação do Direito no meio social, o estudante de Direito precisa ter uma vasta abrangência de habilidades, entre elas, comunicação escrita e oral, conhecimento técnico da lei e a capacidade de aplicação prática do conhecimento. Esses são alguns pontos que ilustram a complexidade das competências profissionais exigidas aos profissionais jurídicos na era contemporânea. Logo os métodos de ensino devem estar em constante evolução como forma de potencializar e impulsionar novas formas de aprendizado, edificando o desenvolvimento de habilidades e competências entre os alunos.

Assim como os métodos de ensino, as formas de avaliação devem também evoluir, uma vez que apresentam um papel essencial na formação dos juristas, sendo responsáveis por atestar a eficiência do ensino e dos métodos de aprendizagem. Sua utilização deve ser criteriosa e bem dosada segundo a metodologia utilizada no desenvolvimento do ensino. É um momento de extrema relevância dentro do contexto da aprendizagem, capaz de demonstrar a singularidade do processo de transmissão do conteúdo, ou seja, perceber como a ação educativa ocorreu na prática, a partir da identificação dos conteúdos, conceitos e visões

que foram apreendidas pelos discentes em sala de aula¹³.

Contudo, o que se observa atualmente no Brasil, mais especificamente na avaliação do exame da ordem dos advogados, é que tem se usado um modelo de exclusivamente tradicional de prova que não consegue reconhecer e explorar as múltiplas inteligências de todos os alunos.

Assim, a avaliação dos estudantes da área jurídica não pode ser reduzida a uma visão mecanicista e simplificador, esse modelo de avaliação é causador da proliferação de provas de rendimento e das escalas de atitudes, em que as metas estão predeterminadas e os fins estabelecidos, havendo, portanto, uma mera medição do êxito nos resultados obtidos, que vai de encontro com a teoria das múltiplas inteligências.¹⁴

As diversificações devem ser exploradas no momento da elaboração e aplicação das avaliações, de maneira que sejam priorizados os mais diversos tipos de inteligência, criando conexões com os alunos e permitindo que estes apliquem essa conexão no meio social para resolução de problemas reais, o que não vem sendo feito nas avaliações para ingresso na Ordem dos Advogados.

Assim, a avaliação dos estudantes da área jurídica não pode ser reduzida a uma visão mecanicista e simplificador, esse modelo de avaliação é causador da proliferação de provas de rendimento e das escalas de atitudes, em que as metas estão predeterminadas e os fins estabelecidos, havendo, portanto, uma mera medição do êxito nos resultados obtidos, que vai de encontro com a teoria das múltiplas inteligências.¹⁵

Existem diversas técnicas e meios de avaliação que podem ser explorados no âmbito da construção do aprendizado jurídico. Os modos de avaliação são diferenciados e, dentre os variados métodos, destacam-se como mais comuns os seguintes: prova objetiva, dissertativa, seminário, trabalho em grupo, debate, relatório

¹² SALES, Lilia Maia de Moraes; DE ARAÚJO, André Villaverde. A teoria das inteligências múltiplas de Howard Gardner e o ensino do Direito. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 23, n. 2, p. 682-702, 2018. SALES, ARAÚJO, 2018, p. 689.

¹³ CORDEIRO, Carla Priscilla Barbosa Santos; DO PRADO, Edna Cristina; PALMEIRA, Lana Lisiêr de Lima. O lugar ocupado pela avaliação da aprendizagem na formação do professor do curso de direito. In: **Colloquium Humanarum**. ISSN: 1809-8207. 2020. p. 85-105. Cordeiro, Prado e Palmeira, 2020, p. 87

¹⁴ SALES, Lilia Maia de Moraes; DE ARAÚJO, André Villaverde. A teoria das inteligências múltiplas de Howard Gardner e o ensino do Direito. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 23, n. 2, p. 682-702, 2018. SALES, ARAÚJO, 2018, p. 691.

¹⁵ SALES, Lilia Maia de Moraes; DE ARAÚJO, André Villaverde. A teoria das inteligências múltiplas de Howard Gardner e o ensino do Direito. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 23, n. 2, p. 682-702, 2018. SALES, ARAÚJO, 2018, p. 691.

individual, autoavaliação, observação e conselho de classe.

Ao contrário do que se é aplicado atualmente no Brasil, para que haja um ensino jurídico e educação de qualidade, na avaliação educacional, não se deve restringir a forma de avaliação à tradicional abordagem meramente quantitativa, pela qual se afere apenas os conhecimentos adquiridos pelos discentes, por meio das notas, as quais se tornam o fim do aprendizado e não o meio para aquisição do conhecimento.

A tradicional avaliação educacional quantitativa não contempla a participação e desenvolvimento do aluno no processo avaliativo do ensino jurídico.

É preciso que se introduza no sistema de aprendizagem jurídico brasileiro um método de avaliação formativa, por meio de uma prática pedagógica diferenciada, relacionada a uma avaliação qualitativa, tendo por base a igualdade entre as partes da relação ensino-aprendizagem, com dialeticidade de atuação conjunta, sendo mais preocupada com a qualidade do aprendizado e voltada para questões práticas, capazes de ajudar a transformar o meio social no qual o jurista está inserido e a solucionar problemáticas reais vivenciadas diariamente pela população. É preciso compreender que toda avaliação deve ser processual, deve estar envolta no processo de ensino e aprendizagem, uma vez que faz parte desse processo de maneira inseparável¹⁶.

Desse modo, o desafio de pensar a avaliação do ensino jurídico estende-se para após a conclusão do curso, especialmente no Exame de Ordem dos Advogados. Em geral é o primeiro desafio avaliativo relevante enfrentado pelos bacharéis. Assim, pensar o aspecto qualitativo do exame, tendo em vista o desenvolvimento de competências e habilidades é passo importante para contribuição da nova perspectiva do ensino jurídico.

3. OS MÉTODOS DE FORMAÇÃO E AVALIAÇÃO DE JURISTAS EM PORTUGAL

Conforme evidenciado nos tópicos anteriores, a crise no ensino jurídico é uma realidade que se perpetua de forma cada vez mais evidente no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Diante dos dados apresentados, se torna claro que, apesar da instituição de novos métodos e das tentativas de aperfeiçoá-los, os órgãos responsáveis pela educação e as próprias instituições de ensino superior tem falhado na missão de graduar juristas plenamente aptos ao exercício da advocacia.

Contudo, há de se evidenciar que a formação de juristas competentes, capazes de buscar a melhor forma de administrar e manipular a lei é de interesse global. Existem habilidades que devem ser comuns aos juristas em todo mundo, por exemplo, capacidade de argumentação, oratória, elucidação de fatos e argumentos por meio da escrita, aptidão para gerenciar problemas e crises diversas, entre outros. Estas habilidades são básicas para atuação de qualquer advogado, seja no Brasil ou qualquer outro país.

Embora as habilidades sejam comuns, cada país buscou criar uma maneira diferente de trabalhar a formação do seu jurista, objetivando desenvolver as habilidades que julgarem mais pertinentes para atuação dentro do seu sistema legislativo próprio. Ressalta-se que não existe um sistema de ensino jurídico e avaliação ideal ou perfeita, entretanto, é válido que se faça uma análise dos métodos utilizados em outros países com intuito de incrementar e aperfeiçoar o brasileiro.

Assim, será demonstrado os métodos aplicados na formação e avaliação de juristas em Portugal, país lusófono que também aplica o sistema de *civil law*.

Inicialmente, importa destacar que Portugal possui certa semelhança com o Brasil no tocante ao crescimento de advogados. Campanella, da Silva e da Costa apontam que em 2021 existiam um total de 33298 advogados em Portugal e que o número de profissionais teve um crescimento irregular nos últimos vinte anos, mas nos últimos quatro anos houve uma estabilização em um percentual de 3%.¹⁷

¹⁶ CORDEIRO, Carla Priscilla Barbosa Santos; DO PRADO, Edna Cristina; PALMEIRA, Lana Lisiêr de Lima. O lugar ocupado pela avaliação da aprendizagem na formação do professor do curso de direito. In: **Colloquium Humanarum**.

ISSN: 1809-8207. 2020. p. 85-105. Cordeiro, Prado e Palmeira, 2020, p. 99.

¹⁷ CAMPANELLA, Sancha de Carvalho e; DA SILVA, Allen dos Santos Pinto; DA COSTA, Jorge Alexandre Rodrigues da Costa. O exercício da Advocacia: Estudo comparativo

O sistema avaliativo para adentrar a ordem dos advogados de Portugal em linhas gerais se assemelha a educação continuada ou uma fase de maturação do profissional do direito. Essa fase é considerada indispensável para formação do advogado.

O exercício da advocacia depende de um tirocínio sob orientação da OA, destinado a habilitar e certificar publicamente que o candidato obteve formação técnico-profissional e deontológica adequada ao início da atividade e cumpriu os demais requisitos impostos pelo Estatuto e regulamentos para a aquisição do título de Advogado.¹⁸

Os estudantes que desejam se tornar advogados são submetidos a um estágio que deve ser obrigatoriamente supervisionado por um advogado com pelo menos cinco anos de exercício efetivo de profissão com o intuito de garantir uma boa orientação de suas atividades. A tendência é que cada vez mais a Ordem do Advogados (AO), busque cada vez mais nomear apenas um estagiário para cada advogado.

O estágio é desenvolvido em duas fases e culmina com a realização de prova de agregação e entrevista. O processo ocorre dentro de um calendário de 18 meses contados da inscrição até a realização da prova de agregação, conforme o Regulamento n.º 913-A/2015 de 22 de dezembro de 2015 (Regulamento Nacional de Estágio)¹⁹.

O regulamento define que a primeira fase possui duração mínima de seis meses. Durante esse período, o estagiário deve buscar desenvolver conhecimentos técnico-profissionais e deontológicos essenciais ao exercício da advocacia, podendo ser exigido aos estagiários a elaboração de trabalhos ou relatórios que comprovem os conhecimentos adquiridos. Ademais, o art. 2º deste diploma normativo ainda especifica que essa produção técnica é elemento integrante da prova de agregação.

Nessa fase existe um foco maior na formação nas áreas de direitos humanos, igualdade de gênero, direito dos menores, acesso ao direito e aos tribunais e etc, o que demonstra a preocupação com a formação humanística e competência do advogado. Em síntese, a etapa

inicial é desenvolvida pelo trabalho e permanência do Advogado estagiário no escritório do patrono e pela frequência das sessões de formação obrigatórias disponibilizadas pelos Centros de Estágio.

A segunda etapa possui um tempo de duração maior e busca desenvolver a vivência dentro da profissão, explorando o contato direto com a vida judiciária, com as repartições públicas e os demais serviços relacionados.

A segunda fase do estágio visa o desenvolvimento e aprofundamento progressivos das exigências práticas da Advocacia através da vivência da profissão baseada no relacionamento do advogado estagiário com o patrono e o seu escritório, de intervenções judiciais em práticas tuteladas, de contactos com a vida judiciária, repartições e todos os serviços relacionados com o exercício da atividade profissional e a consolidação dos conhecimentos técnico-profissionais e o apuramento dos conhecimentos deontológicos através da frequência de ações de formação temática exigidas pelos serviços de estágio da OA e da participação no regime do acesso ao direito e à justiça.²⁰

Na segunda etapa o regulamento de estágio fixa um requisito de dez intervenções judiciais a serem realizadas pelo estagiário advogado e sobre quais áreas estas devem incidir, sendo elas penal, cível, laboral, administrativa ou tributária. O art. 22 do Estatuto Nacional do Estágio define que o patrono deve orientar ou acompanhar as referidas intervenções em pelo menos duas áreas destas. Além do mais, em complemento deve cumprir um cômputo de assistir trinta diligências judiciais, das quais devem constituir-se no mínimo de dez na jurisdição cível e dez na jurisdição penal.

É importante ressaltar que o programa de estágio em Portugal não faz parte do currículo das universidades, ou seja, não está inserido no curso de direito, ao contrário do Brasil onde o estágio é integrado a grade acadêmica.

O estágio é encerrado com a realização da prova de agregação, a qual se destina à verificação da capacidade técnica-científica e deontológica do advogado estagiário. A prova de agregação tem três etapas diferentes,

Portugal e Brasil. **J²-Jornal Jurídico**, v. 4, n. 2, p. 109-133, 2021. Campanella, da Silva e da Costa, 2021, p. 123.

¹⁸ POIARES, Nuno. **As profissões (para) jurídicas em Portugal: requisitos, mandatos e convergências**. Fronteira do Caos Editores, 2018. Poiares, 2018, p. 49.

¹⁹ Regulamento n.º 913-A/2015 (Série II), de 22 de dezembro de 2015. Lisboa, Portugal. Disponível

em: <https://portal.oa.pt/media/114701/regulamento-nacional-de-estagio.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022

²⁰ POIARES, Nuno. **As profissões (para) jurídicas em Portugal: requisitos, mandatos e convergências**. Fronteira do Caos Editores, 2018. Poiares, 2018, p. 52.

primeiramente o estagiário deve entregar no Centro de Estágio de todos os relatórios e demais elementos exigidos para o seu processo de avaliação, posteriormente os estagiários são submetidos a uma entrevista e prova escrita.

A entrevista compreende a análise, ponderação e discussão teórico-prática dos elementos mencionados nos artigos 22.º a 25.º do regulamento de estágio²¹, tais como Penal, Cível, Laboral, Administrativo e Tributário. Já a prova escrita, se assemelha muito com a prova realizada no Brasil, é aplicada em todo país, sendo uma avaliação uniforme, com direito a consulta a legislação.

Nota-se que o processo de formação do advogado em Portugal agrega um número de etapas maior do que no Brasil. A dinâmica da formação do advogado vai além apenas do simples fato da inscrição na Ordem, agregando valores e conteúdos necessários ao desenvolvimento do profissional do Direito.

Em síntese, a formação de um advogado em Portugal é mais demorada do que no Brasil. Contudo, há de se admitir que a formação é mais completa, a preparação teórica acadêmica é dada pela universidade e a prática imposta pela ordem. É neste aspecto que reside a grande diferença no acesso à profissão, os advogados portugueses têm a formação específica de acesso à profissão, estruturada tendo em conta os desafios reais da profissão e as responsabilidades para com a comunidade.

É então claro que o Brasil possui uma formação mais exígua, não existe um estágio ou outra fase de desenvolvimento ministrado e fiscalizado pela OAB. A facilidade de maior ascensão a profissão de advogado, pode ser um dos motivos pelo qual se atinge um elevado número de profissionais e termina por desencadear a crise no ensino jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente estudo foi possível verificar um dos pontos que evidenciam grave crise na educação jurídica brasileira: elevado número de cursos de graduação em Direito e os altos índices de alunos reprovados no Exame de Ordem dos Advogados.

Como forma de saída da crise do ensino jurídico foi apontado um modelo de desenvolvimento baseado em uma valorização mais ampla das habilidades necessárias ao exercício da advocacia, com um ensino pautado na gestão de competências, que explorem de maneira conjunta o conhecimento e a prática dentro da vivência jurídica.

Dentre as competências exigidas encontram-se a resolução de problemas complexos, pensamento crítico, criatividade, gestão de pessoas, coordenação, capacidade de decidir, negociação e flexibilidade cognitiva. O ensino jurídico, portanto, deve acompanhar as mudanças sociais com o objetivo de reconfigurar a prestação educacional a fim de formar profissionais que consigam atender as demandas necessárias dentro do mercado de trabalho e no meio social, medida que vai além do ensino de técnicas para elaboração de petições e sistematização e compilação de códigos, introduzindo nova metodologia e plano de ensinamentos em sua grade curricular.

Assim, visando atender um novo modelo de ensino qualitativo, a avaliação para permitir o ingresso do bacharel na Ordem dos Advogados não pode reproduzir um padrão tradicional, com viés positivista. Ao contrário, deve ser alinhado ao processo de ensino e aprendizagem, reconhecendo o aluno como figura central do processo, estimulando o sendo crítico, capacidade de resolução de problemas sociais e o conhecimento das normas.

Não se trata da simples discussão sobre a realização ou não de um exame para atestar a qualidade dos profissionais, mas sim, de como buscar a melhor forma de realização do exame da Ordem, de maneira que ele esteja interligado com as novas metodologias, orientações e práticas do ensino jurídico ofertado pelas faculdades e universidades do Brasil.

Como forma de inspiração para repensar a forma de ascensão a profissão de advogados, foi delimitada a experiência na formação de juristas em Portugal, destacando alguns aspectos para análise.

Em Portugal a licenciatura em direito é seguida de um estágio obrigatório de dezoito meses, supervisionado pela OA, impondo, ainda,

²¹ POIARES, Nuno. **As profissões (para) jurídicas em Portugal: requisitos, mandatos e convergências**. Fronteira do Caos Editores, 2018. Poiares, 2018, p. 53.

a figura do patrono com mais de cinco anos de experiência para garantir a qualidade da formação do advogado. A característica principal desse modelo consiste na aplicação de uma técnica de estudo continuado atua como transição e permite o desenvolvimento e evolução das competências profissionais, servindo como uma preparação sucessiva de forma supervisionada.

No Brasil, o grau de bacharel gira em torno de cinco anos, contemplando apenas um estágio curricular. Em comparação com o outro país destacado, fica simples notar que em grande parte das vezes há uma ascensão imediata à carreira de advogado após a conclusão do curso de Direito. Adotar um procedimento avaliativo mais longo, com critérios balanceados entre diversas atividades pode ser uma via de permitir uma seleção e avaliação mais consciente dos profissionais que prezam pela profissão de Advogado.

A formação de juristas em Portugal exhibe ideias primorosas com a aplicação de técnica de ensino prolongada onde o foco é distribuído em mais de um critério avaliativo, não apenas em uma prova escrita. As características elencadas são um interessante ponto de partida para a construção de um exame de Ordem mais qualitativo no âmbito do ensino jurídico no Brasil.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Provimento nº 81, de 16 de Abril de 1996. **Estabelece normas e diretrizes do Exame de Ordem.** Original publicado em 23 de abril de 1996. Disponível em: http://www.oab-ba.org.br/fileadmin/user_upload/Tribunal_de_Etica/Provimento_Num81.pdf Acesso em 10 out. 2022.

CAMPANELLA, Sancha de Carvalho e; DA SILVA, Allen dos Santos Pinto; DA COSTA, Jorge Alexandre Rodrigues da Costa. O exercício da Advocacia: Estudo comparativo Portugal e Brasil. **J²-Jornal Jurídico**, v. 4, n. 2, p. 109-133, 2021.

CORDEIRO, Carla Priscilla Barbosa Santos; DO PRADO, Edna Cristina; PALMEIRA, Lana Lisiêr de Lima. O lugar ocupado pela avaliação da aprendizagem na formação do professor do curso de direito. In: **Colloquium Humanarum**. ISSN: 1809-8207. 2020. p. 85-105.

FGV Projetos. **Exame de Ordem em Números Volume III** Abril De 2016. Disponível em: <https://examedeordem.oab.org.br/pdf/exame-de-ordem-em-numeros-l.pdf>. Acesso em: 12 out 2022.

GHIRARD, José Garcez .**O instante do encontro: questões fundamentais para o ensino jurídico.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012. Série didáticos. Coleção Acadêmica Livre.

GOMES, Luiz Flávio.**Crise do ensino jurídico, exame da OAB e empregabilidade.** Disponível em: <http://www.profpito.com/acriselfgomes.html>. Acesso em: 10 out. 2022..

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LIMA, Paula Gabriela Mendes. **Pedagogia da Emancipação: desafios e perspectivas para o ensino das ciências sociais aplicadas no século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GUSTIN, Miracy, Barbosa de Sousa. **A complexidade social e o ensino do direito: novos conceitos e papéis.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2003. Disponível em: 1274-Texto do Artigo-2417-2-10-20141006.pdf .Acesso em: 12 out 2022.

OAB/PR. **Brasil tem mais faculdades de Direito que todos os países.** Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/brasil-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-paises/> . Acesso em: 10 out 2022.

PINHEIRO, Priscila Tinelli ;**Reestruturação do Exame da OAB como uma alternativa à crise do Ensino Jurídico.** *Derecho y Cambio Social*, p. 1-19, 2016.

PINHEIRO, Priscila Tinelli. Reestruturação do Exame da OAB como uma alternativa à crise do Ensino Jurídico. **Derecho y Cambio Social**, p. 1-19, 2016.

POIARES, Nuno. **As profissões (para) jurídicas em Portugal: requisitos, mandatos e convergências.** Fronteira do Caos Editores, 2018.

Regulamento n.º 913-A/2015 (Série II), de 22 de dezembro de 2015. Lisboa, Portugal. Disponível em:<https://portal.oa.pt/media/114701/regulamento-nacional-de-estagio.pdf> . Acesso em: 12 out. 2022

RIOS, Priscila Frances Uedlih. **A necessária formação emancipatória nos cursos de Direito e**

as habilidades para a prática profissional jurídica: uma análise da avaliação proposta no Exame da OAB. 2019. 132 f. Dissertação (Mestrado).

SALES, Lilia Maia de Moraes; DE ARAÚJO, André Villaverde. A teoria das inteligências múltiplas de Howard Gardner e o ensino do Direito. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 23, n. 2, p. 682-702, 2018.

SALES, Lilia Maia de Moraes; DE ARAÚJO, André Villaverde. A teoria das inteligências múltiplas de Howard Gardner e o ensino do Direito. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 23, n. 2, p. 682-702, 2018.

A LEI BRASILEIRA ANTITERRORISMO DIANTE DO GARANTISMO PENAL E DO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Renê Iarley da Rocha Marques¹
Gina Vidal Marcílio Pompeu²

INTRODUÇÃO

O atentado terrorista de 11 de Setembro de 2001 em Nova Iorque e outros inúmeros ocorridos em praticamente todos os pontos do globo modificaram a percepção e tratamento acerca do fenômeno em nível mundial. A elaboração de estruturas penais para o combate aos terroristas em muitos países passou a despir os infratores de direitos e liberdades fundamentais que o garantismo penal e o constitucionalismo garantista buscaram assegurar. O infrator foi transformado no inimigo do Estado.

O estudo teve como objetivo analisar a Lei brasileira antiterrorismo à luz do garantismo penal e do constitucionalismo garantista e como justificativa a ausência de um amplo envolvimento dos Estados democráticos no que diz respeito à criação e coordenação estratégica de direitos não apenas individuais, mas, sobretudo sociais, econômicos e culturais, o que pode contribuir para a disseminação de leis que não se coadunam com o com os valores humanitários, tais como a dignidade da pessoa humana, que no caso brasileiro é o epicentro axiológico e normativo do ordenamento jurídico brasileiro, também necessário à consecução dos princípios fundamentais, dotados de fundamentos, objetivos e compromissos internos e internacionais que a República cimentou no texto constitucional.

Em nome da suposta guerra contra o terror, um Estado comprometido com o patamar mínimo civilizatório não deve apresentar a única

e estreita via da legislação combativa senão investir em direitos sociais, econômicos e culturais de maneira estratégica, como forma de substituir as vulnerabilidades e consequentemente os atentados violentos por oportunidades sociais e por melhores condições de vida para a sua população.

A metodologia congrega teoria e prática e articula conhecimentos de Direito, Sociologia e Economia, diante da relevância do diálogo de saberes para tratar de questões afetas ao desenvolvimento humano como eixo imprescindível à superação da crise humanitária proveniente de violências que tanto partem dos particulares quanto do próprio Estado. O texto utiliza pesquisa exploratória, com abordagem qualitativa, técnica bibliográfica e documental, com análise da legislação, referências teóricas e artigos científicos existentes sobre o tema. Assim, espera-se que a reflexão proposta no estudo acerca de investimentos seletivos em direitos seja tratada pelos Estados como meios complementares de combate ao terrorismo e como recursos necessários à construção de um patamar mínimo civilizatório.

O desenvolvimento do presente artigo está dividido em três seções. A primeira seção aborda o conceito de terrorismo e a aproximação da Lei brasileira antiterror aos fundamentos da Teoria do Direito Penal do Inimigo. A segunda seção apresenta noções sobre a Teoria do Garantismo e sua presença na Constituição brasileira de 1988. A terceira seção analisa a compatibilidade da Lei Antiterrorismo com o garantismo penal e com o constitucionalismo garantista e de que forma os

¹ Mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Professor do Curso de Direito da Faculdade Ieducare (FIED). Advogado. E-mail: rene.iarley.adv@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7172-0932>.

² Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará. Professora Titular de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza e do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Estágio Pós-Doutoral em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Estágio pós-doutoral em direitos humanos, econômicos e a responsabilidade social das empresas pela Faculdade de Direito da Universidade do Havre. E-mail: ginapompeu@unifor.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0446-7452>.

investimentos estratégicos em direitos por parte dos Estados podem contribuir como solução complementar contra o fenômeno terrorista e para a construção de um patamar mínimo civilizatório para as nações.

1. TERRORISMO: CONCEITO E APROXIMAÇÕES DA LEI BRASILEIRA ANTITERRORISMO À TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Ainda hoje não existe consenso por parte da comunidade internacional sobre o conceito universal de terrorismo, sequer sobre os elementos que o definem, em razão da complexidade do fenômeno. O fato é que a ausência de uma conceituação e mesmo de uma definição no cenário internacional constitui-se em obstáculo à cooperação internacional entre os países no que diz com as armas para tratar do combate ao fenômeno.

Mesmo assim, a comunidade internacional tem proposto medidas e exigido dos Estados a criminalização do fenômeno por meio de sua legislação nacional. Alguns documentos internacionais contribuíram para a formulação do conceito jurídico do fenômeno terrorista. Dentre eles, é possível mencionar a Resolução nº 49/60 da Assembleia Geral da ONU, de 1994, sobre medidas para eliminar o terrorismo internacional. A Resolução considera que o terrorismo consiste em

atos criminosos que se destinem a provocar um estado de terror no público em geral, num grupo de pessoas ou particulares para fins políticos em qualquer circunstância injustificáveis, quaisquer que sejam as considerações, de cunho político, filosófico, ideológico, racial, étnico, religioso ou de qualquer outra natureza que possa ser invocada para justificá-los¹.

A Convenção Interamericana Contra o Terrorismo aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) por meio da Resolução nº 1.840/02, mesmo sem

conceituar terrorismo, reconhece que a ameaça representada pelo terrorismo abala os valores democráticos, a paz e a segurança internacionais. Além disso, afirma que o terrorismo trata-se um grave fenômeno delitivo que preocupa todos os Estados, bem como atenta contra a democracia, cria obstáculos à realização dos direitos humanos e fundamentais, e, portanto, desestabiliza as bases de toda a sociedade².

O Conselho de Segurança da ONU, por meio da Resolução nº 1.566/04, diz que, atos criminosos, inclusive contra civis, cometidos com intenção de causar morte ou lesões corporais graves, ou tomada de reféns, com o propósito de provocar um estado de terror no público em geral ou em um grupo de pessoas em particular, intimidar uma população ou obrigar um governo ou uma organização internacional a fazer ou abster-se de praticar qualquer ato que constitua infração dentro do escopo e conforme definido nas convenções internacionais e protocolos relativos ao terrorismo, não são, em nenhuma circunstância, justificáveis por considerações de caráter político, filosófico, ideológico, racial, étnico, religioso ou outra natureza semelhante³.

Os documentos internacionais contribuíram para a discussão legislativa sobre da matéria no Brasil, sobretudo em razão dos jogos olímpicos que seriam sediados no país no ano de 2016, e conseqüentemente, receberiam turistas dos mais diversos países. Aprovada às pressas a Lei Antiterrorismo (Lei nº 13.260/16), em atenção ao mandado de criminalização previsto na CF/88, no seu art. 5º, inciso XLIII⁴ houve a regulamentação infraconstitucional do tema no Brasil, de modo que se elaborou o conceito de terrorismo, bem como se especificou os seus atos. Segundo o art. 2º da Lei 13.260/16⁵

o terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a

¹ (Tradução nossa). UNITED NATIONS. General Assembly. *A/RES/49/60*, 9 December 1994. Dispõe sobre medidas para eliminar o terrorismo internacional.

² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Assembleia Geral. *AG/RES. 1840 (XXXII-O/02)*. Convenção Interamericana contra o terrorismo aprovada na primeira sessão plenária, realizada em 3 de junho de 2002.

³ (Tradução nossa). UNITED NATIONS. Security Council. *S/RES/1566 (2004)*, 8 October 2004. Relativa às ameaças à paz e segurança internacionais causadas por atos terroristas.

⁴ Segundo o artigo 5º, inciso XLIII, a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

⁵ BRASIL. *Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm. Acesso em: 25 out. 2022.

finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública, tendo especificado os seus atos no § 1º do artigo 2º⁶.

No âmbito da doutrina também existe um esforço para a construção do conceito de terrorismo. Segundo Danielle Duarte Munhoz⁷, a definição de terrorismo, parte de características pautadas nos seguintes elementos: a) político-estratégico, cuja intenção é provocar transformações políticas que coloquem determinados Estados na condição de inimigos por razões ideológicas e/ou religiosas; b) emprego de recursos violentos, seja no plano físico ou psicológico, com o fim de vulnerar o sentimento de segurança por parte dos cidadãos; c) localização de pontos-alvo de destruição com vistas a atingir vítimas em massa; d) ameaça a Estado, mesmo que o dano atinja a particulares, aleatoriamente; e) emprego de dano espiritual; f) ataques realizados por grupos que pertencem a diversas nacionalidades contra pessoas de diversas nacionalidades em diversos locais.

É possível perceber pontos de aproximação da Lei brasileira antiterrorismo com a Teoria do Direito Penal do Inimigo, idealizada pelo penalista alemão Günther Jakobs e combatida pelo clássico direito penal liberal. Jakobs propõe dois modelos de Direito Penal: (a) um Direito Penal que se aplica à pessoa e; (b) um Direito Penal que se aplica ao inimigo. O primeiro se aplica ao delinquente acidental, sendo-lhe assegurado

garantias pelo Estado e a permanência no status de cidadão⁸. O segundo se aplica ao delinquente habitual, sendo-lhe flexibilizado e até suprimido certas garantias⁹.

Nesse sentido, o Estado estaria autorizado a agir de duas formas: (a) tratando como pessoa aquele que agiu de modo acidentalmente errado, a ele se aplicando pena que vise restabelecer a vigência normativa; (b) tratando como inimigo aquele que, em razão da contumácia do desvio de conduta, autoriza o procedimento de guerra¹⁰.

Como pontos de aproximação da Lei Antiterrorismo com o Direito Penal do Inimigo é possível citar: (a) a indeterminação dos bens jurídicos a serem tutelados. Ao conceituar terrorismo no artigo 2º¹¹, o legislador utilizou expressões vagas e imprecisas, tais como: terror social ou generalizado, paz pública e incolumidade pública¹²; (b) a desproporcionalidade sobre o *quantum* de pena, pois segundo o art. 2º, à prática do crime de terrorismo o legislador cominou a pena que varia de 12 a 30 anos de reclusão, além da que corresponder à ameaça ou violência¹³. Portanto, caso uma pessoa atente contra a vida de alguém por uma das razões do *caput* do art. 2º da Lei Antiterrorismo, com a finalidade de provocar terror social ou generalizado estará sujeito à pena do homicídio prevista no Código Penal que se

⁶ Segundo o § 1º do artigo 2º, os atos especificados no conceito de terrorismo são: I – usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa; [...] IV – sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça à pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento; V – atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa. BRASIL. *Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016*.

⁷ MUNHOZ, Danielle Duarte. *Terrorismo: análise política brasileira antiterror segundo o garantismo e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 16-17.

⁸ ROSA, Gerson Faustino; QUEIROZ, Thais Vitoriano. A definição legal de terrorismo e o direito penal do inimigo:

uma análise crítica à luz dos direitos fundamentais. *Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro – RECONTO*. Maringá, (v. 3), n. 1, jan./jun. 2020, p. 11-12.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. “Trad.” Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 194.

¹⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 87.

¹¹ O art. 2º da Lei 13.260/16 conceitua terrorismo como a prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. BRASIL. *Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016*.

¹² ROSA, Gerson Faustino; QUEIROZ, Thais Vitoriano. A definição legal de terrorismo e o direito penal do inimigo, p. 17-18.

¹³ BRASIL. *Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016*.

somará à pena do ato de terrorismo¹⁴; (c) punição de atos preparatórios de terrorismo do art. 5º¹⁵ é mais severa do que aquela voltada para o início da execução, sem que haja a consumação por força de circunstâncias alheias à vontade do agente¹⁶; (d) antecipação das barreiras de punição estatal. Nesse sentido, o art. 5º da Lei¹⁷ criminaliza atos que independem de qualquer resultado naturalístico e é omissivo no que diz com a descrição de quais condutas poderiam ser abrangidas na expressão atos preparatórios de terrorismo¹⁸; (e) flexibilização e/ou eventual supressão de garantias. O art. 12, § 4º autoriza o juiz a decretar de ofício, no curso da investigação ou da ação penal, medidas cautelares sobre bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, de modo que viola o sistema acusatório¹⁹.

2. NOÇÕES SOBRE A TEORIA DO GARANTISMO E SUA PRESENÇA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

O garantismo proposto por Ferrajoli não se aplica exclusivamente ao campo do Direito Penal. Representa uma teoria do direito, relativa às democracias constitucionais e imprescindível aos pilares para o Estado de Direito, cujo atributo central consiste na preservação das liberdades fundamentais ante ao poder excessivo do Estado²⁰.

Ao garantismo, atribuem-se três significados, que são: (a) modelo normativo de direito; (b) teoria do direito; (c) filosofia e teoria política. O primeiro diz com a positivação de princípios que se irradiam por toda a produção

normativa, bem como propiciam a estrita legalidade nos planos: (1) epistemológico; (2) político; (3) jurídico²¹. O segundo exige que a produção normativa atenda tanto a critérios formais de procedimento quanto materiais, sob pena de ser considerada ilegítima. O terceiro alude à teoria da democracia como sistema jurídico e político que sedimenta valores por meio da realização e expansão de garantias não apenas em defesa de direitos fundamentais, mas de direitos sociais, econômicos e culturais os quais devem vincular, limitar, bem como exigir prestação positiva dos poderes públicos²².

No Brasil, o garantismo previsto na CF/88 resultou da redemocratização brasileira, em respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, concernentes em prestações negativas bem como positivas pelo Estado. No texto constitucional, é possível identificar uma série de princípios que dão suporte ao constitucionalismo garantista. Merecem menção os princípios fundamentais catalogados no Título I da CF/88. Dentre os fundamentos da República positivados logo no Título I da CF/88, cita-se a cidadania (art. 1º, inciso II), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, inciso II); entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil cita-se o de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I); de garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II); de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III); de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo,

¹⁴ SILVA, Felipe Rodrigues da; ROSA, Gerson Faustino. Direito penal do inimigo e terrorismo. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Franca*. São Paulo, (v.14), n.1, jun. 2019, p. 100.

¹⁵ Nos termos do artigo 5º da Lei 13.260/2016, sanciona-se a realização dos atos preparatórios de terrorismo com a pena correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade. BRASIL. *Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016*.

¹⁶ SILVA, Felipe Rodrigues da; ROSA, Gerson Faustino. Direito penal do inimigo e terrorismo, p. 101-102.

¹⁷ O art. 5º da Lei assim diz: realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito: Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade. BRASIL. *Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016*.

¹⁸ ROSA, Gerson Faustino; QUEIROZ, Thais Vitoriano. A definição legal de terrorismo e o direito penal do inimigo, p. 16.

¹⁹ ROSA, Gerson Faustino; QUEIROZ, Thais Vitoriano. A definição legal de terrorismo e o direito penal do inimigo, p. 18-19.

²⁰ TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. *Revista da Faculdade de Direito de Franca*. São Paulo, (v. 5), n.1, p. 3-21, 2012, p. 05-06.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. "Trad." André Karam Trindade. In: STRECK, Lênio Luis; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Primeira parte. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 24.

²² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista, p. 24.

cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV), bem como citase entre seus princípios nas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II); a autodeterminação dos povos (art. 4º, inciso III); defesa da paz (art. 4º, inciso VI); solução pacífica dos conflitos (art. 4º, inciso VII); repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º, inciso VIII).

Já o artigo 5º da CF/88 apresenta dispositivos do garantismo penal em seu catálogo. Dentre eles, destacam-se os seguintes: (a) a legalidade estrita (incisos II e XXXIX); (b) a anterioridade da lei penal (inciso XXXIX); (c) a irretroatividade penal (inciso XL); (d) a individualização da pena (incisos XLV, XLVI e XLVIII); (e) o juiz natural (incisos XXXVII e LIII); (f) o devido processo legal (inciso LIV); (g) o contraditório e ampla defesa (inciso LV); (h) a culpabilidade (inciso LVII); (i) a humanidade (inciso III). Todos configuram princípios constitucionais que dão suporte à teoria garantista, sobretudo no que diz respeito à proteção de direitos fundamentais do cidadão²³.

Vale ressaltar a existência de princípios no ordenamento jurídico brasileiro que consubstanciam valores do garantismo penal, não descritos de modo expresso na CF/88, como por exemplo, o princípio da intervenção mínima, da insignificância, da ofensividade, da proporcionalidade, dentre outros²⁴.

Diante da relevância atribuída ao sistema das garantias dos direitos fundamentais pela CF/88 e visto a correlação existente entre os princípios penais e constitucionais com os axiomas garantistas, a última seção propõe analisar a compatibilidade da Lei Antiterrorismo

com o garantismo penal e com o constitucionalismo garantista.

3. A COMPATIBILIDADE DA LEI ANTITERRORISMO COM O GARANTISMO PENAL E COM O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Os axiomas do garantismo penal representam implicações de dever ser, e foram criados como princípios de caráter político, moral ou natural de contenção do poder penal, com viés prescritivo. São dez os axiomas propostos por Ferrajoli, quais sejam: *nulla poena sine crimine* (A1); *nullum crimen sine lege* (A2); *nulla lex poenalis sine necessitate* (A3); *nulla necessitas sine injuria* (A4); *nulla injuria sine actione* (A5); *nulla actio sine culpa* (A6); *nulla culpa sine iudicio* (A7); *nullum iudicium sine accusatione* (A8); *nulla accusatio sine probatione* (A9); e *nulla probatio sine defensione* (A10)²⁵.

A Lei Antiterrorismo brasileira, deixou de observar axiomas do garantismo penal. Ao conceituar terrorismo, inobservou o princípio da taxatividade da lei penal, como se percebe da leitura do *caput* e do § 1º do art. 2º²⁶. O legislador foi vago ao considerar como finalidade os elementos subjetivos de provocar terror social ou generalizado e de expor a perigo a paz pública ou incolumidade pública e acabou por violar a taxatividade, corolário da legalidade estrita prescrita no axioma *nullum crimen sine lege* (A2).

Está presente na Lei a desproporção da sanção em relação a determinados atos terroristas inseridos no inciso I do § 1º do seu art. 2º. A determinação da pena de reclusão de 12 a 30 anos, tanto para a ameaça quanto para a

²³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

²⁴ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; NOTTINGHAM, Andréa de Boni. O garantismo e a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, (v.16), n.64, p.125-145, jan./mar. 2017, p. 132.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. "Trad." Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74-75.

²⁶ O art. 2º assim diz: O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a

incolumidade pública. § 1º São atos de terrorismo: I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa; (...) IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento. BRASIL. *Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016*.

efetivação do uso de explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa não se coaduna com o princípio da proporcionalidade²⁷.

A reprimenda penal do agente apenas pelo fato de integrar organização terrorista manifesta a adoção da teoria do direito penal do autor. O art. 3º da Lei Antiterrorismo²⁸, ao criminalizar o agente pelo seu *status* e não pela prática delitiva, viola o princípio da materialidade ou exterioridade da ação prescrito no *nulla injuria sine actione* (A5). Ademais, o Direito Penal deve se ocupar exclusivamente dos atos ilícitos cometidos pelo agente, com vistas a não se ingerir excessivamente e ocasionar a responsabilidade objetiva do agente, sobretudo em atenção ao axioma *nulla actio sine culpa* (A6).

O princípio da materialidade ou exterioridade da ação, que veda a criminalização de atos preparatórios foi violado pelo art. 5º da Lei²⁹. A aproximação de afetação ao bem jurídico protegido é *conditio sine qua* para a responsabilização criminal. Portanto, restou violado o princípio da lesividade prescrito no axioma *nulla necessitas sine injuria* (A4).

Por fim, a permissão ao magistrado como um juiz de instrução para a decretação de ofício medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, tanto na fase de investigação criminal quanto no curso do processo penal, segundo o art. 12 da Lei³⁰, vai de encontro ao sistema acusatório prescrito no axioma *nullum iudicium sine accusatione* (A8).

O constitucionalismo garantista, compreendido como modelo de direito, está alicerçado no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, cuja validade reclama a aglutinação de procedimentos formais e escolhas materiais nas práticas jurídicas

que coadunem com os conteúdos, metas e valores constitucionais.

Nesse sentido, os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil já destacados como imprescindíveis ao constitucionalismo garantista brasileiro no atual cenário revelam que o fortalecimento do Estado é imprescindível para que não reinem abusos aos direitos humanos, bem como conflitos sociais, exclusão e violência, em nome do primado da dignidade da pessoa humana. Para isso, a CF/88 dispõe de um arsenal de metas que, se perquiridas e alcançadas a contento, podem levar o país a conquistar um patamar mínimo civilizatório, de modo a contribuir como meio complementar de combate ao terrorismo.

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e apresenta como objetivos fundamentais a serem alcançados, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a garantia do desenvolvimento nacional. Com o fim de assegurar o desenvolvimento, volve a ordem econômica e a livre-iniciativa à valorização do trabalho humano para a existência digna de sua população, e a ordem social ao primado do trabalho para o bem-estar e a justiça social. Assim, o legislador constituinte caminhou no sentido de criar um sistema constitucionalista garantista na ordem jurídica brasileira.

A questão do desenvolvimento é relevante e deve ser compreendida sob múltiplas dimensões. Amartya Sen³¹ afirma que uma perspectiva de desenvolvimento integral que alie crescimento econômico com desenvolvimento humano deve ser abordada sob variadas frentes, o que demanda dos poderes públicos e das instituições um balanceamento dos interesses e

²⁷ BRASIL. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016.

²⁸ O art. 3º assim diz: Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista: Pena - reclusão, de cinco a oito anos, e multa. BRASIL. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016.

²⁹ O art. 5º assim diz: Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito: Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade. BRASIL. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016.

³⁰ O art. 12 assim diz: O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do

delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes de crime previsto nesta Lei, poderá decretar, no curso da investigação ou da ação penal, medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei. BRASIL. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016.

³¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 144, 151-152.

fomento ao mercado. Combinar interesses mercadológicos com oportunidades sociais possibilita que liberdades instrumentais múltiplas convirjam para o amplo desenvolvimento do Estado e, conseqüentemente, para a erradicação da pobreza e da violência.

Segundo Joseph Stiglitz³², Estados e instituições que não proporcionam oportunidades sociais tendem à crescente desigualdade social e ao aumento da violência. Segundo o autor, a economia moderna exige um modelo de Estado que realize investimentos em infraestrutura, educação e tecnologia, que consubstanciam meios indispensáveis à redução das desigualdades sociais e conseqüentemente à diminuição da violência, visto que a desigualdade ocasiona disfunção econômica capaz de atingir toda a sociedade.

O desenvolvimento deve, pois, ser perquirido com foco nas capacidades humanas. Nesse sentido, Martha Craven Nussbaum³³ explica que o investimento nas capacidades constituem condições para o florescimento humano, bem como para a definição e fortalecimento de direitos básicos do ser humano. Ademais, abrange todos os indivíduos e pauta-se na dignidade humana. Portanto, contempla: a integridade física; a saúde; a imaginação e o pensamento; os sentidos; a razão prática; as emoções; a relação com outras espécies; o acesso ao lazer e o controle ambiental.

Consoante a Resolução nº 41/128 da ONU, o direito ao desenvolvimento constitui-se um direito humano inalienável. Nesse sentido, as novas dimensões apresentadas tem o condão de garantir que todos os povos estejam em condições de participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, com ele contribuir e dele desfrutar. É assim, pois, que se constrói um patamar mínimo civilizatório, com respeito a direitos fundamentais, sociais e culturais³⁴.

Esse é, inclusive, o desejo do legislador constituinte brasileiro, que expressamente elaborou diretrizes para que a ordem econômica assegure a todos existência digna, consoante os ditames da justiça social, nos termos do art. 170 da CF/88. Portanto, enquanto a eficácia de direitos sociais, econômicos e culturais for questionável, a Constituição brasileira não passará de uma mera folha de papel, nas expressões de Ferdinand Lassale.

A ausência de equalização entre os índices de crescimento econômico e de desenvolvimento humano no Brasil demonstram que é preciso que haja uma gestão estratégica do governo em prol do desenvolvimento integral, com óculos nos objetivos fundamentais da República. O país ocupa a 26ª posição em crescimento econômico³⁵ e a 87ª posição em desenvolvimento humano³⁶. Nesse sentido, o desenvolvimento humano não guarda relação equânime com o crescimento econômico, o que releva a necessidade de planejamento estratégico trabalhe as duas frentes.

Investir com estratégia certamente contribuirá para alavancar o desenvolvimento no país e para assegurar as metas da República Federativa do Brasil, para a construção de uma sociedade que lute pela erradicação da pobreza e a marginalização e pela redução das desigualdades sociais e regionais e, conseqüentemente, da violência que assola o país. Ademais, contribuirá para que o legislador repense a estrutura normativa material de sua legislação penal, pois que a educação da população possibilitará o afloramento de exigências para os representantes de poder.

Visto que nos governos democráticos, a escassez de recursos orçamentários é uma realidade, deve-se, como dito, pensar estrategicamente na criação de um pacote de direitos para a realização de investimentos responsáveis que possibilitem o progresso simultâneo de variadas frentes, com vistas ao

³² STIGLITZ, Joseph Eugene. *O grande abismo: sociedades desiguais e o que podemos fazer sobre isso*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. 75-82.

³³ NUSSBAUM, Martha Craven. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 191-196, 199-275.

³⁴ Ver: <https://undocs.org/es/A/RES/41/128>

³⁵ Levantamento da Austin Rating, com base em dados do Banco Mundial e do FMI, publicado em dezembro de 2021:

https://public.flourish.studio/visualisation/8014700/?utm_source=showcase&utm_campaign=visualisation/8014700

³⁶ Relatório de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), publicado em 2022. Ver: https://public.flourish.studio/visualisation/4668920/?utm_source=showcase&utm_campaign=visualisation/4668920

desenvolvimento integral do Estado e voltado para a consecução da realização dos objetivos fundamentais da República, o que deve incluir, certamente, direitos fundamentais, sociais, econômicos e culturais. Assim, não apenas o Brasil, mas os Estados democráticos que seguirem o exemplo poderão atingir um patamar mínimo civilizatório e combater a violência e o terrorismo com armas complementares e eficazes.

Por fim, é possível dizer que, embora tenha atendido o comando constitucional de criminalização do terrorismo e cumprido a promessa constitucional à ordem internacional de repúdio ao terrorismo, a Lei antiterrorismo brasileira, com o intuito de adotar uma política eficaz e ao mesmo tempo dotada de rigor penal, deixou de observar valores do garantismo penal, bem como do constitucionalismo garantista, fundamentais aos indivíduos e às coletividades, bem como necessária à preservação do Estado Democrático de Direito. Portanto, merece o debate e a reflexão conjunta e compartilhada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internacionalização da prevenção e da repressão criminal de atos criminosos representou uma resposta aos ataques promovidos nos Estados Unidos da América, no episódio conhecido como 11 de setembro de 2001. A partir de então, esforços internacionais tem sido realizados no afã de regulamentar o terrorismo nos documentos internacionais e nacionais. No entanto, diante da complexidade do fenômeno, ainda hoje não existe consenso internacional sobre o conceito de terrorismo nem sobre a sua definição. Indubitavelmente, a situação corrobora para o tratamento abusivo do termo, o que ao invés de reduzir a violência, pode perpetrá-la ainda mais.

A aprovação da Lei Antiterrorismo no Brasil, tensiona segurança e liberdade no limite máximo. O estudo analisou a aludida Lei à luz do garantismo penal e do constitucionalismo garantista e concluiu que há pontos de aproximação entre ela e as premissas do Direito Penal do Inimigo. Ademais, a Lei deixou de respeitar axiomas do garantismo penal. O tratamento da matéria sugere o compromisso do Estado no que diz tanto com o respeito ao garantismo penal quanto com o constitucionalismo garantista, pois ambos são

imprescindíveis à preservação e ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Não se fala em democracia quando a maioria da população do país não dispõe de liberdades fundamentais e de recursos necessários a uma vida minimamente digna.

Investimentos estratégicos em direitos que estimulem à capacitação, a autodisciplina, a inclusão e a cooperação devem constar nas prioridades da agenda de políticas públicas e no orçamento, como forma de possibilitar condições para que a população goze de uma mínima dignidade. O terrorismo pode ser, por fim, compreendido como um fenômeno resultante das desigualdades sociais que se refletem na ausência de oportunidades sociais e na manifesta resistência de muitos Estados democráticos em materializar direitos fundamentais, sociais, econômicos e culturais. Portanto, é urgente que se crie uma racionalidade pautada no desenvolvimento diversificado e consciente sobre o futuro da humanidade. Urge que os Estados democráticos pensem meios outros de enfrentamento para esse fenômeno global.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 out. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016*. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/13260.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. "Trad." André Karam Trindade. In: STRECK, Lênio Luis; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Primeira parte. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. "Trad." Ana Paula Zomer

Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

MUNHOZ, Danielle Duarte. *Terrorismo: análise política brasileira antiterror segundo o garantismo e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NUSSBAUM, Martha Craven. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Assembleia Geral. *AG/RES. 1840 (XXXII-O/02)*. Convenção Interamericana contra o terrorismo aprovada na primeira sessão plenária, realizada em 03 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/council/AG/ResDec/>. Acesso em 20 out. 2022.

ROSA, Gerson Faustino; QUEIROZ, Thais Vitoriano. *A definição legal de terrorismo e o direito penal do inimigo: uma análise crítica à luz dos direitos fundamentais*. Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro – RECONTO. Maringá, (v. 3), n. 1, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://revistareconto.com.br/index.php/Reconto/article/view/42>. Acesso em: 10 out. 2022.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; NOTTINGHAM, Andréa de Boni. O garantismo e a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, (v.16), n.64, p.125-145, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www.itecrs.org/edicoes/ano:2017/titulo:v16n64p125-145>. Acesso em: 08 out. 2022.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Felipe Rodrigues da; ROSA, Gerson Faustino. Direito penal do inimigo e terrorismo. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito de França*. São Paulo, (v.14), n.1, jun. 2019. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/827>. Acesso em: 02 out. 2022.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. “Trad.” Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STIGLITZ, Joseph Eugene. *O grande abismo: sociedades desiguais e o que podemos fazer sobre isso*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. *Revista da Faculdade de Direito de França*. São Paulo, (v. 5), n.1, p. 3-21, 2012. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/156/98>. Acesso em: 08 out. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. *A/RES/49/60*, 9 December 1994. Dispõe sobre medidas para eliminar o terrorismo internacional. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/49/60>. Acesso em: 23 out. 2022.

UNITED NATIONS. Security Council. *S/RES/1566 (2004)*, 8 October 2004. Relativa às ameaças à paz e segurança internacionais causadas por atos terroristas. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/n0454282.pdf>. Acesso em: 25 out. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly *A/RE/41/6128*. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. [S. l.]: UN, 4 dec. 1986. p. 196-198. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/RES/41/128>. Acesso em: 20 out. 2022.

SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE E O MAR: DESAFIOS E OPORTUNIDADES

Salustino David S. Andrade¹

INTRODUÇÃO

Desde que se constituiu a Organização das Nações Unidas que esta organização de cariz internacional, foi envidando esforços junto aos seus membros para o estabelecimento de um marco internacional que pudesse regulamentar os diferentes espaços marítimos.

Entre a década 50 e 70 do século XX foram celebradas diversas convenções, até que no ano de 1982 assinou-se a “Constituição dos Oceanos”, a Convenção das Nações Unidas do Direito do Mar. Trata-se de um instrumento jurídico internacional que procura abordar num só documento a o regime jurídico da delimitação dos espaços marítimos, as competências dos Estados costeiros, a definição da pirataria marítima.

Busca-se neste artigo tratar dos espaços marítimos que estão sob jurisdição do Estado costeiro e inclusive nos espaços internacionais como o Alto Mar e a Área.

A pirataria e a segurança marítima constituem atualmente uma enorme preocupação para os Estados do Golfo da Guiné, pelo que se destaca nesta reflexão o que se passa e o que se deve fazer.

As ilhas do meio do mundo como são conhecidas e chamadas por vários pesquisadores, São Tomé e Príncipe, localiza-se no Golfo da Guiné (GG), no oceano Atlântico, distando do continente africano cerca de 300 km e é tocada ao sul da ilha de São Tomé pela linha do Equador e ao oeste da ilha do Príncipe pelo eixo meridiano.

As duas ilhas distam-se entre si cerca de 150 km o que permite que tenham uma ZEE medindo de área 125.891 km², ou seja, o território marítimo é 160 vezes maior que o território terrestre.

Desde a chegada dos portugueses as ilhas na segunda metade do séc. XV que o arquipélago passou a desempenhar um importante papel no comércio mundial, mormente como entreposto de homens e mulheres feito escravos.

Situado no meio do Atlântico, a ilha de São Tomé foi escolhida como base de vida considerando a sua proximidade com América, Brasil (Bahia) e distância com África. O mar sempre esteve presente na vida da população da ilha, pois sendo um território insular, o único meio de chegar e sair do arquipélago, pelo menos, até meados do séc. XX foi o mar.

1. ASSUNTOS DO MAR NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS DO DIREITO DO MAR: A DELIMITAÇÃO DOS ESPAÇOS MARÍTIMOS, A PIRATARIA E SEGURANÇA MARÍTIMA

1.1 A Delimitação dos Espaços Marítimos

A Convenção das Nações Unidas do Direito do Mar de 1982 deu um maior relevo e visibilidade aos assuntos do mar, tendo dado considerável importância mundial ao papel dos oceanos enquanto catalisadores da economia global, constituindo vias vitais de comunicação entre mercados, países, regiões e continentes.

Considerado um do mais importante instrumento jurídico internacional depois da Carta das Nações Unidas, a CNDUM estipula o regime e natureza jurídica dos diferentes espaços marítimos dos Estados costeiros, define o Estado arquipelágico, aborda as regras internacionais para proteção e preservação do meio marinho, frisa sobre a investigação científica e marinha, e trata sobre a pirataria e segurança.

Quanto ao espaço marítimo, a CNDUM preconiza e delimita as seguintes áreas: Mar Territorial, Zona Contígua, Zona Econômica Exclusiva (ZEE), Plataforma Continental, Alto Mar, Área e Águas arquipelágicas.

O artigo 2.º e 3.º da CNUDM estabelece que o Mar Territorial é a extensão do território de um Estado costeiro, e no caso de Estado arquipelágico, das águas arquipelágicas, que exerce a soberania e o

¹ Doutor em Ciência Jurídica (dupla titulação) pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil) e Universidade de Perugia (Itália). Mestre em Assessoria Jurídica pela Universidade Politécnica de Madrid (UPM - Espanha). Professor de Direito na Universidade de São Tomé e Príncipe. E-mail: lindosalu@gmail.com.

controle pleno. Este espaço marítimo é medido a partir das linhas de base e não pode ultrapassar 12 milhas náuticas. A soberania exercida pelo Estado costeiro no Mar Territorial abrange o espaço aéreo sobrejacente e também a seu solo e subsolo, tendo ele direitos exclusivos sobre seus recursos vivos e não vivos¹.

“A linha que determina o fim das águas territoriais de um Estado demarca o início da Zona Contígua”², pelo que, de acordo com a CNUDM a Zona Contígua é um espaço marítimo que o Estado costeiro pode estabelecer como medida de proteção e segurança ao seu espaço terrestre, que pode se estender por 12 milhas náuticas após o Mar Territorial. O Estado costeiro, bem como o Estado arquipelágico possui soberania limitada neste espaço marítimo, podendo, contudo, fiscalizar e reprimir infrações às normas aduaneiras, fiscais, sanitárias, de imigração e quaisquer outras vigentes em seu território³.

De acordo com o artigo 55.º a 57.º da CNUDM, a ZEE é um espaço marítimo que situa no limite exterior do Mar Territorial, sendo adjacente a este, medindo 200 milhas náuticas, contadas da linha de base, a partir da qual se mede a largura do Mar Territorial.⁴ Na ZEE, o Estado costeiro possui soberania de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais vivos ou não vivos das águas sobrejacentes ao leito do mar e o seu subsolo. O Estado costeiro pode, na ZEE, realizar atividades de exploração e aproveitamento económico, além de possuir jurisdição para estabelecer ilhas artificiais e estruturas voltadas à investigação marinha.⁵

Por sua vez, a Plataforma Continental mede 200 milhas náuticas a contar a partir da linha de base usada para medida do Mar Territorial (artigo 76.º),

que poderá ser estendida até as 350 milhas náuticas (art. 76.5). Este espaço marítimo compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas do Estado costeiro que se estendem além do seu Mar Territorial, em toda a extensão do prolongamento natural do seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental.⁶

A CNUDM estabeleceu também dois espaços marítimos fora da jurisdição de qualquer Estado, que é a zona internacional do leito do mar: o Alto Mar e a Área.

O Alto Mar inicia onde termina a ZEE, ou seja, o limite interior do Alto Mar coincide com o limite exterior da ZEE, estando aberto a todos os Estados, costeiros ou sem litoral.⁷

A Área é uma zona situada além das jurisdições nacionais que compreende o leito do mar, os fundos marinhos e o seu subsolo.⁸ A CNUDM estabelece que a Área e seus recursos são patrimônio comum da humanidade.

As Águas arquipelágicas são espaços marítimos que circundam o perímetro dos territórios arquipélagos até as suas linhas de base. Os Estados arquipélagos detêm soberania sobre as águas anteriores às linhas de base que circundam as ilhas do arquipélago.⁹

Diante destas limitações, o Estado são-tomense beneficia de uma localização geográfica que permite uma ligação marítima direta com qualquer Estado do Golfo da Guiné. A sua localização no meio do mar constitui um desafio a sua soberania ao mesmo tempo que apresenta uma grande oportunidade para o seu desenvolvimento.

São Tomé e Príncipe, que tornou num Estado independente a 12 de 1975, participou na negociação da CNUDM e ratificou-a em 3 de novembro de 1987, tendo esta entrado no

¹ Artigo 2.º e 3.º CNUDM. RIBEIRO, M. C. **O Direito do Mar, sua Evolução e Repercussões** in Políticas Públicas do Mar Para um novo Conceito Estratégico Nacional. MATIAS, Nuno V. e outros (Coordenadores). Lisboa: Esfera do Caos Editores, 2010. p. 269.

² ZANELLA, Tiago Vinicius. **Curso Direito do Mar**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 192.

³ CNUDM. Art. 33.1 e 2. RIBEIRO, M. C. **O Direito do Mar, sua Evolução e Repercussões** in Políticas Públicas do Mar Para um novo Conceito Estratégico Nacional. MATIAS, Nuno V. e outros (Coordenadores). Lisboa: Esfera do Caos Editores, 2010. p. 269.

⁴ CNUDM. Art. 55.º a 57.º

⁵ ZANELLA, Tiago Vinicius. **Curso Direito do Mar**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 209. RIBEIRO, M. C. **O Direito do Mar, sua Evolução**

e Repercussões. In: Políticas Públicas do Mar Para um novo Conceito Estratégico Nacional. MATIAS, Nuno V. e outros (Coordenadores). Lisboa: Esfera do Caos Editores, 2010. p. 271.

⁶ CNUDM. Art. 76.º. RIBEIRO, Chantal Marta. **O Direito do Mar, sua Evolução e Repercussões** in Políticas Públicas do Mar Para um novo Conceito Estratégico Nacional. MATIAS, Nuno V. e outros (Coordenadores). Lisboa: Esfera do Caos Editores, 2010. p. 269.

⁷ Convenção sobre o Alto Mar. In: Convenção de Genebra sobre o Direito do Mar de 1958. Art. 1

⁸ CNUDM. Art. 1,1,1.

⁹ CNUDM. Art. 49.1-3.

ordenamento jurídico são-tomense a 11 de novembro de 1994, por força do art. 13.º n.º 3 da Constituição da República. Em conformidade com a CNUDM, STP aprovou a Lei nº. 1/98, de 31 de março, publicada no Diário da República n.º 3, que define a linha de base arquipelágica, os vértices e as coordenadas da localização dos respetivos pontos.

1.2 A pirataria e a segurança marítima no golfo da Guiné

A prática da pirataria é bastante antiga e remonta a datas antes de Cristo, sobretudo com os povos egípcios e gregos. A questão da pirataria marítima se intensifica pelo fato de que quase a totalidade do comércio internacional é realizado por mar – mais de 80% - fazendo com que as embarcações se tornem alvo de investidas piratas e causando enorme prejuízo à economia mundial.

Atualmente os piratas podem tanto pertencer a uma grande organização criminosa munida de armamento bélico sofisticado, quanto serem apenas pescadores com pouco equipamento para realizar os ataques. As embarcações vítimas desses “piratas contemporâneos” vão desde navios petroleiros até barcos de passeios.

Os espaços marítimos onde ocorre a maior parte dos atos de pirataria é a área considerada pela CNUDM como Alto Mar, mas também há registros de pirataria em Zonas Econômicas Exclusivas e Zona Contígua. Quando esses atos ocorrem – porque têm ocorrido – no Mar Territorial convencionou-se tipificar como roubo.

A CNUDM caracteriza o que são atos de pirataria:

a) Qualquer ato ilícito de violência ou de detenção ou qualquer ato de depredação cometidos, para fins privados, pela tripulação ou pelos passageiros de um navio ou de uma aeronave privados, e dirigidos contra:

- I. um navio ou uma aeronave em alto mar ou pessoas ou bens a bordo dos mesmos;
- II. um navio ou uma aeronave, pessoas ou bens em lugar não submetido à jurisdição de qualquer Estado;

b) Qualquer ato de participação voluntária na utilização de um navio ou de uma aeronave, quando aquele que o pratica tenha conhecimento de factos que deem a esse navio ou a essa aeronave o carácter de navio ou aeronave pirata;

c) Qualquer ação que tenha por fim incitar ou ajudar intencionalmente a cometer um dos atos enunciados nas alíneas a) ou b).¹⁰

Conforme se percebe pela leitura deste artigo da CNUDM, existem três formas de se envolver com esse crime: a pirataria em si, a participação ou o auxílio a ela. Para constituir pirataria é necessário que o ato seja feito por parte de uma embarcação privada e em espaço marítimo internacional, ou seja, fora da jurisdição dos Estados, constituindo, desse modo, um crime de direito internacional; caso a violência ocorra dentro dos limites de jurisdição de um Estado, caracteriza-se como “roubo armado contra navios”¹¹. Quando o crime ocorre dentro da jurisdição do Estado, este é responsável pelo julgamento e punição, podendo inclusive aplicar outras leis internas.

Devido ao crescimento económico de alguns países na América, no Leste e Sudeste Asiático e na África sem a sua tradução no consequente desenvolvimento económico de uma maneira visível na vida da população, devido ainda a instabilidade político-governativa, a corrupção em massa, as elevadas taxas de desemprego, falta de transparência nos lucros obtidos na indústria petrolífera, etc. tem feito com que essas regiões do globo sejam mais afetadas pela prática da pirataria marítima.

Na África, por exemplo, durante muitos anos a pirataria concentrou no Golfo de Áden, por conta da instabilidade institucional e político-governativa na Somália, mas desde 2010 que a pirataria tem crescido de uma maneira bastante assustadora no Golfo da Guiné, deixando as águas internacionais e adentrando nas zonas jurisdicionais dos Estados costeiros.

Atualmente o Golfo da Guiné - que é uma vasta área, compreendendo 6.000 quilômetros de litoral da parte ocidental da África que se estende do Senegal no Norte a Angola no Sul, conta com 20 Estados costeiros e arquipelágicos, além de vários Estados sem litoral - é um dos principais centros de pirataria no mundo, sobretudo devido as recentes descobertas petrolíferas nos países desta região.

Dispõe a CNUDM no artigo 100.º que “Todos os Estados devem cooperar em toda a medida do possível na repressão da pirataria no alto mar ou em

¹⁰ CNUDM. Art. 101.º

¹¹ Código de Prática para Investigação de Crimes de Pirataria e Roubo Armado contra Navios, resolução 1025 da Organização Marítima Internacional

qualquer outro lugar que não se encontre sob a jurisdição de qualquer Estado.”

O combate à pirataria marítima passa por um dever de cooperação internacional entre os Estados para conseguirem reprimir esta prática criminosa e para que este desiderato seja alcançado levanta-se a questão de segurança marítima.

Ora, a segurança dos e nos espaços marítimos também ocupa um lugar central entre as preocupações da vida quotidiana, assumindo-se como um pré-requisito para o desenvolvimento de qualquer outra atividade no mar. Ou seja, a segurança marítima está associada ao desenvolvimento económico, por essa razão garantir a segurança da navegação marítima é de extremamente importante.

Entretanto, contrariamente a pirataria marítima, o conceito de segurança marítima não se encontra claramente definido nas convenções internacionais na medida em que abarca diferentes conceitos no direito do mar e do direito marítimo. Desse modo, pode-se conceitualizar a segurança marítima em “*maritime safety*” e “*maritime security*”.

O “*maritime safety*” refere-se à prevenção ou minimização de potenciais acidentes no mar, que possam ocorrer como resultado da não conformidade com as normas aplicáveis à construção, equipamento e operação de navios.

Por sua vez, o “*maritime security*” trata de assuntos relacionados a disputa de fronteiras marítimas, terrorismo marítimo, pirataria e assaltos à mão armada, tráfico de narcóticos, pessoas e bens ilegais, proliferação de armas, pesca ilegal, crimes ambientais e nos acidentes marítimos. É deste último que se aborda nesta pesquisa.

Está-se a referir a segurança nos diferentes espaços marítimos sob jurisdição de um Estado e ou nas águas internacionais. A segurança marítima (*maritime security*) sempre foi uma problemática para os Estados costeiros africanos. Questiona-se: até onde os Estados costeiros podem agir de acordo com as convenções internacionais e leis internas? Se para proteção dos espaços marítimos sob soberania dos Estados costeiros no Golfo da Guiné tem sido bastante difícil, imagina como seria complexo e

custoso fazer a proteção dos mares e oceanos, além das águas territoriais de cada Estado?

Os Estados costeiros no Golfo da Guiné compreenderam que precisam depender da cooperação estatal e da jurisdição internacional para protegerem os seus espaços marítimos. A segurança marítima começa em terra, mais precisamente na estabilidade dos países e na operacionalização de políticas de proteção recíproca, na infraestruturização dos países, criando e alocando meios e qualidade de vida para a população, ou seja, a segurança marítima implicará forçosamente uma visão holística da segurança no Golfo da Guiné, de forma alguma cingida a uma perspectiva de segurança exclusivamente militar, a que se tende a reduzir as abordagens da insegurança e da prevenção e gestão dos conflitos na zona.¹²

Visando cumprir com este desiderato “tem sido notável o esforço empreendido pela grande maioria dos Estados do Golfo da Guiné ao nível de reformas legislativas e ações de cooperação e coordenação das autoridades marítimas no combate e repressão da pirataria marítima e assalto à mão armada no mar”¹³. Vários tratados foram celebrados entre os países do Golfo da Guiné e entre esses países e Estados terceiros.

2. O ESTADO SÃO-TOMENSE E O MAR

Na história dos grandes impérios, constata-se que o mar desempenhou um papel crucial na formação e declínio dos mesmos. Nos nossos dias, o acesso ao mar, ainda constitui motivos de conflitos entre Estados, pois além de ser uma importante via de navegação e comunicação para transporte de pessoas e mercadorias, o mar funciona como o gerador de riqueza nas mais diversas vertentes económicas.

Para evitar os conflitos embaixo no mar e regular os espaços marítimos, os Estados celebraram um conjunto de resoluções, tratados e acordos que originou num marco legal internacional, a Convenção das Nações Unidas do Direito do Mar de 1982. A Convenção de Montego Bay – como também é conhecida - deu mais visibilidade aos assuntos do mar, uma vez que apresenta de forma sucinta os regimes jurídicos dos diferentes espaços marítimos,

¹² NASCIMENTO, Augusto. **São Tomé e Príncipe e os Desafios da Segurança Marítima no Golfo da Guiné**. Investigador do Instituto de Investigação Científica Tropical, Lisboa. Colaborador do CEA-ISCTE/IUL e CEAUP

¹³ RIBEIRO, M. C. **Está o Direito Penal Português Preparado para o Regresso da Pirataria Marítima?** In Homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Manuel Moura Ramos. Gustavo Ferraz de Campos Monaco Maria Rosa Loula (Coordenadores). Editora Quartier Latin do Brasil São Paulo. p. 405

bem como, especifica as delimitações e poder jurisdicionais dos Estados nos mares e oceanos. Trata-se de um instrumento jurídico internacional, na minha ótica, mais importante depois da Carta das Nações Unidas.

Se a CNUDM delimitou o mar depois de muita discussão entre os Estados, já os Estados interiores e costeiros na África têm as suas fronteiras terrestres traçadas por ex-potências colonizadoras desde finais do séc. XIX, na Conferência de Berlim, enquanto os Estados Insulares como é São Tomé e Príncipe as suas fronteiras são delimitadas pelo mar.

Deste modo, as ilhas por possuírem quase sempre apenas fronteiras marítimas reúnem desde logo um imperativo para se constituírem em Estados pois têm um território autónomo.

Quando se olha para a África existe muita nação que ultrapassa a fronteira dos Estados, não é o que acontece com as ilhas e particularmente com São Tomé e Príncipe. O mar determina os limites territoriais terrestre do Estado são-tomense e condiciona a forma de viver dos seus habitantes.

O povo, sendo um outro elemento essencial na formação do Estado, no caso de São Tomé e Príncipe, possui características próprias, tendo uma matriz europeia e africana constituindo assim o homem e a mulher são-tomense.

Embasado nestes dois elementos, os são-tomenses organizaram-se e estabeleceram um poder político que veio a declarar a independência das ilhas em 1975.

Desde então, o poder político são-tomense tem vindo a adotar medidas legislativas visando o crescimento económico do arquipélago, mas tem enfrentado diversos desafios e deixado passar diversas oportunidades que o mar oferece. O mar que disponibiliza *n* alternativas ao crescimento económico, ao mesmo tempo limita, condiciona e inviabiliza o desenvolvimento sustentável do país.

Neste âmbito, uma das importantes decisões que o poder político fez, foi deixar claro no ordenamento jurídico constitucional são-tomense os limites territoriais terrestres e marítimos.

O artigo 4.º da Constituição sob epígrafe “Território Nacional” estabelece que «1. O território da República Democrática de São Tomé e Príncipe é composto pelas ilhas de São Tomé e Príncipe, pelos ilhéus das Rolas, das Cabras, Bombom, Boné Jockey, Pedras Tinhosas e demais ilhéus adjacentes, pelo mar territorial compreendido num raio de doze milhas a partir da linha de base determinada pela lei, pelas águas arquipelágicas situadas no interior da

linha de base e o espaço aéreo que se estende sobre o conjunto territorial atrás definido.»

Desde logo compreende-se que se trata de Estado Insular quando refere “composto por ilhas” e o Dicionário da Porto Editora, na sua 7.ª edição, ensina que “ilha é porção de terra emersa rodeada de água, nos oceanos, mares e lagos”.

O número 2 do artigo 4.º da Constituição reza a dado momento que “O Estado São-tomense exerce a sua soberania sobre todo o território nacional, o subsolo do espaço terrestre, o fundo e o subsolo do território aquático formado pelo mar territorial e as águas arquipelágicas, bem como sobre os recursos naturais vivos e não vivos que se encontrem em todos os espaços supramencionados e os existentes nas águas suprajacentes imediatas às costas, fora do mar territorial, na extensão que fixa a lei, em conformidade com o direito internacional.

Estes dispositivos constitucionais determinam que o Estado de Direito Democrático que se chama São Tomé e Príncipe é um estado arquipelágico, e que detém domínio sobre os recursos disponíveis no seu território marítimo.

O território marítimo são-tomense está regulamentado pela Lei n.º 1/98 (Delimita o Espaço Marinho são-tomense), embasado na Convenção das Nações Unidas do Direito do Mar, Convenção ratificada pelo Estado São-tomense a 3 de novembro de 1987, e entrada em vigor no ordenamento jurídico a 11 de novembro de 1994, conforme reza artigo 13.3 da Constituição.

Sendo um Estado arquipelágico, situado no centro do mundo, São Tomé e Príncipe tem a maior parte do seu território composto por mar. A sua característica insular e o seu posicionamento geoestratégico fazem com que no oceano esteja uma das maiores riquezas do país, constituindo também um dos mais importantes desafios.

Este Pequeno Estado Insular em Desenvolvimento (PEID) vê-se obrigado a conviver em uma relação de grande proximidade com os Estados vizinhos: Guiné Equatorial, Gabão e Nigéria. Devido essa proximidade e para evitar potenciais conflitos, numa zona onde os Estados Interiores vivem em constante ebulição, as autoridades são-tomenses negociarem acordos de delimitação de fronteiras marítimas com seus vizinhos, já que existe sobreposição de zonas marítimas.

Com a Guiné Equatorial e o Gabão, o Estado são-tomense celebrou acordos de delimitação de fronteiras marítimas, com Nigéria assinou um

tratado de exploração conjunta que abarca hidrocarbonetos e recursos vivos nos mares.

2.1 Os Desafios do Estado São-tomense no Mar

Quando se olha para a localização geoestratégia de STP constitui em si mesmo em desafio. Desafios de segurança que podem afetar o tráfico e o tráfego marítimo, limitando a segurança marítima e a liberdade dos mares como é caso de pirataria que tem tido um crescimento exponencial no Golfo da Guiné.

No Golfo da Guiné tem ocorrido várias atividades ilícitas que comprometem a segurança e navegação, podendo constituir desafio a manutenção de Estado de Direito Democrático.

Basta recordar que no ano 2009, registou-se uma tentativa de golpe de Estado na Guiné Equatorial¹⁴, mas concretamente na parte insular, em que os suspeitos chegaram a Malabo proveniente do mar.

Segundo a Professora Marta Chantal da Universidade de Porto, quando se analisa as informações dos anos 2015 a 2019 realizada pelo *International Maritime Bureau* revela que o centro da pirataria marítima em todo o mundo deslocou-se para o Golfo da Guiné, região africana seguida pelo sudeste asiático e a América Latina. Refere ainda que o *MICA Center* aponta 111 incidentes marítimos só no ano 2019 na África Ocidental e Central¹⁵.

Sendo um PEID, STP não dispõe de recursos financeiros, nem de navegação para controlar o seu mar, pelo que tem recorrido a parcerias com outros Estados para proteger o seu mar e quiçá garantir a sua soberania.

O combate a pesca ilegal, ao tráfico de drogas e descarga de lixo tóxico, o alargamento da plataforma continental, a segurança marítima no que toca a transporte de pessoas e mercadorias; segurança marítima no que tange a proteção da ZEE; a construção de um porto acostável são desafios para o Estado São-tomense.

Quando se olha para a Estratégia de Segurança do Mar para Economia Azul verifica-se que STP tem pela frente enormes desafios que se bem analisadas serão com certeza oportunidades

para a promoção da economia rumo ao desenvolvimento sustentável.

Quando se olha para a Estratégia de Segurança do Mar para Economia Azul verifica-se que STP tem pela frente enormes desafios que se bem analisadas serão com certeza oportunidades para a promoção da economia rumo ao desenvolvimento sustentável.

2.2 As Oportunidades do Estado São-tomense no Mar

Da mesma forma que vários desafios são colocados ao Estado São-tomense, enquanto um Pequeno Estado Insular em Desenvolvimento, as oportunidades oferecidas pelo mar são imensas.

Não obstante imensas oportunidades estarem à disposição do Estado São-tomense é necessário que o país seja ou esteja dotado de meios humanos e financeiros capazes de rentabilizar as oportunidades.

Transformar STP em um centro de prestação de serviço no Golfo da Guiné é uma oportunidade que obriga aplicar conhecimento humano, dispor de meios financeiros para que esta oportunidade seja uma realidade.

A transformação de STP num centro prestação de serviço no Golfo Guiné traz atrelado a necessidade de construção de um porto acostável, melhoria das condições de saúde e saneamento do meio, aposta na educação que passa pela formação, capacitação e especialização científica avançada, melhoria e modernização estradas e quiçá abertura de um aeródromo.

Além disso, o país tem a oportunidade de institucionalizar legislação que possa permitir estabelecimento das Áreas Marinhas Protegidas, Controlo e Fiscalização Pesqueira na ZEE, exploração de petróleo bem como de recursos vivos na ZEE.

No emaranhado de oportunidades, não se pode esquecer que o Golfo da Guiné configura-se em uma área estratégica cada vez mais relevante, principalmente pelo incremento do comércio marítimo em suas águas e que do ponto de vista estratégico-militar, São Tomé e Príncipe, para além de Cabo Verde e de Angola, têm atributos geográficos ímpares que lhe permitem tornar-se

¹⁴ RIBEIRO, M. C. *Está o Direito Penal Português Preparado para o Regresso da Pirataria Marítima?* In Homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Manuel Moura Ramos. Gustavo Ferraz de Campos Monaco Maria Rosa Loula (Coordenadores). Editora Quartier Latin do Brasil São Paulo. p. 389

¹⁵ RIBEIRO, M. C. *Está o Direito Penal Português Preparado para o Regresso da Pirataria Marítima?* In Homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Manuel Moura Ramos. Gustavo Ferraz de Campos Monaco Maria Rosa Loula (Coordenadores). Editora Quartier Latin do Brasil São Paulo. p. 389

num “ponto estratégico” em pleno Golfo da Guiné, controlando uma vasta área marítima, onde estão presentes várias plataformas petrolíferas.

Para cada desafio que o mar apresenta a São Tomé e Príncipe, o mar também encarrega de oferecer uma oportunidade de se promover o crescimento económico do arquipélago.

A pirataria ao constituir um desafio que pode ser inclusive uma ameaça ao Estado de Direito Democrático, constitui uma oportunidade para que o Estado são-tomense investir na guarda costeira, dotando-a de meios humanos, equipamentos e materiais, acordar parcerias com países do Golfo da Guiné e Estados terceiros que poderão apoiar o controlo e a fiscalização da ZEE.

O combate a pesca ilegal é outro desafio, que se transforma em uma oportunidade que como consequência do investimento que se faz na guarda costeira, obrigará o Estado são-tomense a organizar e estabelecer uma frota pesqueira, sendo uma oportunidade ímpar para gerar riqueza ao mesmo tempo que tirará da pobreza milhares de pescadores artesanais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estabelecimento do regime jurídico delimitando o espaço marítimo, bem como as competências do Estado costeiro naquilo que convencionou-se identificar como Mar Territorial, Zona Contígua, Zona Económica Exclusiva, Plataforma Continental, Alto Mar e Área, limita o Estado a praticar ações apenas nos espaços marítimos que estão sob a sua jurisdição, ou seja, onde detém soberania.

A pirataria marítima é uma realidade, enquanto a falta de segurança também continua sendo uma realidade. Sempre que ocorre um ato pirata, reflete a falta de segurança.

São Tomé e Príncipe, enquanto Estado arquipelágico, precisa capitalizar muito mais o mar, promovendo uma política desenvolvimentista para o mar, incentivando o aproveitamento dos recursos vivos e não vivos disponíveis nas águas sob sua jurisdição, bem como jurisdição partilha.

Pergunta-se: a situação geográfica de São Tomé e Príncipe é um privilégio ou um risco para o Estado são-tomense? Poderá o Estado São-tomense vencer os desafios que o mar lhe coloca? Terá o Estado São-tomense recursos humanos para aproveitar as oportunidades que o mar lhe apresenta?

Os desafios e as oportunidades são enormes e estão diante do Estado são-tomense que deve continuar a encará-lo de cabeça e quiçá uma pessoa

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

RIBEIRO, M. C. **Está o Direito Penal Português Preparado para o Regresso da Pirataria Marítima?** *In* Homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Manuel Moura Ramos. Gustavo Ferraz de Campos Monaco Maria Rosa Loula (Coordenadores). Editora Quartier Latin do Brasil São Paulo.

RIBEIRO, M. C. **O Direito do Mar, sua Evolução e Repercussões** *in* Políticas Públicas do Mar Para um novo Conceito Estratégico Nacional. MATIAS, Nuno V. e outros (Coordenadores). Lisboa: Esfera do Caos Editores, 2010.

ZANELLA, Tiago Vinicius. **Curso Direito do Mar**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 192.

NASCIMENTO, Augusto. **São Tomé e Príncipe e os Desafios da Segurança Marítima no Golfo da Guiné**. Investigador do Instituto de Investigação Científica Tropical, Lisboa. Colaborador do CEA-ISCTE/IUL e CEAUP

Convenção sobre o Alto Mar. *In* Convenção de Genebra sobre o Direito do Mar de 1958

Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar de 1983.

Resolução 1025 da Organização Marítima Internacional. **Código de Prática para Investigação de Crimes de Pirataria e Roubo Armado contra Navios**.



Atas do 8º Congresso Internacional de Direito da Lusofonia: as liberdades e seus limites em Estados Democráticos.

COMISSÃO ORGANIZADORA

Prof. Dr. Clovis Demarchi (UNIVALI)

Profª. Drª. Flávia Novera Loureiro (UMINHO)

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR)

COMITÊ CIENTÍFICO

Profª. Drª. Gina Vidal Marcilio Pompeu (UNIFOR)

Profª. Drª. Luciene Dal Ri (UNIVALI)

Prof. Dr. Mario João Ferreira Monte (UMINHO)

Prof. Dr. Levi Hulse (UNIARP)

Prof. Dr. Tarcísio Vilton Meneghetti (UNIVALI)

LAYOUT, REVISÃO E ORGANIZAÇÃO DE TEXTOS

Clovis Demarchi

Elaine Cristina Maieski



AUTORES

Adriana Maria Gomes de Souza Spengler | Aírto Chaves Junior | Alcides Malavone Alberto Nobela | Alex Renan de Sousa Galvão | Almeida Machava | Ana Maria Silva Maneta | Beatriz Chaves Bittencourt de Albuquerque | Betieli da Rosa Sauzem Machado | Camila Lemos de Melo | Cinthia da Silva Barros | Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho | Clovis Demarchi | Cristina Dias | Danielly Novais do Rêgo | Elaine Cristina Maieski | Felipe Schmidt | Gina Vidal Marcilio Pompeu | Hernani Ferreira | Isabel Celeste M. Fonseca | Izadora Barbosa Fernandes Gonçalves | João Diogo Ferreira | Joel A. Alves | José Everton da Silva | Marco Carvalho Gonçalves | Margarida Santos | Nelson Ernesto Cossa | Nestor Eduardo Araruna Santiago | Renê Iarley da Rocha Marques | Ricardo Hermany | Salustino David S. Andrade | Sônia Moreira | Talita de Fátima Pereira Furtado Montezuma | Thiago Aguiar de Pádua.