

DIREITO NA LUSOFONIA

Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono

vol. II

FICHA TÉCNICA

TÍTULO DA PUBLICAÇÃO

Direito na Lusofonia. Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono - Vol. II

COORDENADORES

Prof.^a Doutora Maria Clara Calheiros

Prof. Doutor Mário Ferreira Monte

Prof.^a Doutora Maria Assunção do Vale Pereira

Prof.^a Doutora Anabela Gonçalves

REVISÃO

Mestre Diana Coutinho

DATA DE PUBLICAÇÃO

Junho de 2017

EDIÇÃO

Escola de Direito da Universidade do Minho

IMPRESSÃO

Graficamares

EXEMPLARES

100 exemplares

DEPÓSITO LEGAL

409738/16

ISBN

978-989-99766-2-7

ÍNDEX

DIREITO AO AMBIENTE: O MEU OU O NOSSO AMBIENTE?

1

OS DIREITOS DE DEFESA DO ARGUIDO E A UNIÃO EUROPEIA:
IGUALDADE DE ARMAS OU DESIGUALDADE MANIFESTA?

5

OS JOVENS INVESTIGADORES DO DIREITO NA LUSOFONIA:
O QUE FAZER PARA DINAMIZAR A INTEGRAÇÃO CIENTÍFICA?

15

O DIREITO FUNDAMENTAL À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO
– ESSÊNCIA, REFRAÇÕES E CONFIGURAÇÃO MODERNA
NO ESPAÇO LUSÓFONO

21

OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS
E PROCESSO PENAL ANGOLANO

31

AS FORÇAS ARMADAS E O ESTADO DE DIREITO

41

A CONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS DE CONFLITOS
FAMILIARES NO DIREITO INTERNACIONAL ANGOLANO

47

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES PRIVADAS
INTERNACIONAIS: OS NOVOS TIPOS DE FAMÍLIA

55

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL PLANO CONSTITUCIONAL Y CIVIL:
LAS EXPERIENCIAS JURÍDICAS PORTUGUESA Y ESPAÑOLA

63

SOBERANIA E DIREITO FISCAL DA UNIÃO EUROPEIA

69

COMPARATIVO ENTRE A LEGISLAÇÃO AO ACESSO À INFORMAÇÃO
PORTUGUESA E BRASILEIRA E OS DESAFIOS DE SUA IMPLEMENTAÇÃO

77

OS FATOS LEGISLATIVOS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

87

O DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO
E A SITUAÇÃO DE COMPLEXIDADE POLÍTICA, SOCIAL, ECONÓMICA
E CULTURAL DE TIMOR-LESTE

103

MERCOSUL: INTERGOVERNABILIDADE E DESAFIOS À SUPRANACIONALIDADE
UMA ANÁLISE SOBRE AS CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS-PARTES E SEUS RE-
FLEXOS NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO

113

DIREITO À LIBERDADE, PRISÃO PREVENTIVA E PROPORCIONALIDADE
DA INCONSTITUCIONALIDADE QUARENTENÁRIA DOS 'CRIMES
INCAUCIONÁVEIS' E DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE PARA PROTEGER
A INVESTIGAÇÃO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS
DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU DA REPÚBLICA POPULAR
DA CHINA E DA REPÚBLICA DE PORTUGAL

143

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO SOLUÇÃO (UTÓPICA) PARA O DIREITO PENAL E
PARA O PROCESSO PENAL?: CRÍTICA A PARTIR DO CONCEITO DE COMUNIDADE

153

JURISDIÇÃO E DIREITO DE DEFESA
161

PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA
CABO-VERDIANA
169

O DIREITO (?) CONSTITUCIONAL À VIDA DO EMBRIÃO
175

A TUTELA CONSTITUCIONAL FACE AOS NOVOS PARADIGMAS DE TRIBUTAÇÃO
183

A DIVULGAÇÃO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS LUSO-BRASILEIROS
DE SUAS RECOMENDAÇÕES AOS GESTORES PÚBLICOS
COMO INDUTOR DA BOA GOVERNANÇA PÚBLICA
191

NOTA DE APRESENTAÇÃO

Direito na Lusofonia. Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono - Vol. II

A Escola de Direito da Universidade do Minho organizou a terceira edição do congresso internacional Direito na Lusofonia, nos dias 18, 19, 20 e 21 de maio de 2016. Esta terceira edição, subordinada ao tema «Diálogos constitucionais no espaço lusófono», teve lugar em Portugal, de modo a permitir que nela se comemorassem os quarenta anos da Constituição da República Portuguesa de 1976.

Foi com grande júbilo que a Escola de Direito verificou o enorme acolhimento que a iniciativa que promoveu teve junto da comunidade académica e jurídica dos vários países lusófonos, que estiveram representados no evento: Portugal, Brasil, Moçambique, Angola, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Timor Leste e Macau.

Aquando do Congresso, foi publicado um volume com o registo dos trabalhos que aí foram apresentados e que foram enviados pelos autores à Comissão Organizadora, nas datas estabelecidas para o efeito. Nem todos os oradores conseguiram enviar a tempo do primeiro volume o texto integral que correspondia às suas intervenções. Por essa razão, agora se publica um segundo volume, com estas intervenções, e assim se encerram os trabalhos referentes à terceira edição do Congresso Direito na Lusofonia.

Como no primeiro volume, é essencial agradecer o trabalho e a dedicação dos funcionários da Escola de Direito que auxiliaram na preparação do Congresso e na preparação deste segundo volume.

A Comissão Organizadora

Clara Calheiros
Anabela Gonçalves
Assunção Pereira
Mário Monte

DIREITO AO AMBIENTE: O MEU OU O NOSSO AMBIENTE?

Ana Rita Carneiro

Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas na Escola de Direito da Universidade do Minho e Professora Convidada na Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Timor-Lorosaè.

Estas breves palavras resumem a intervenção no passado dia 20 de maio de 2016, a propósito do III Congresso Internacional de Direito na Lusofonia organizado pela Escola de Direito da Universidade do Minho.

Assim, partindo inspirada na coragem de Ulisses pretendo debruçar-me, sem pretensões exaustivas, sobre o direito ao ambiente. Haverá direito ao *meu* ambiente ou ao *nosso* ambiente?

Antes de avançar uma pequena nota prévia: o Direito do Ambiente chama para sua total compreensão, operacionalidade e efetivação vários ramos do conhecimento. Necessário será, portanto, convocar conhecimentos da área do Direito, das Ciências Naturais, das engenharias, entre outras, para uma perceção do ecossistema em que vivemos.

Esta consagração corresponde à necessidade de atualizar a posição do Homem face aos modernos desafios da sociedade¹. A industrialização sem travão, as Guerras Mundiais, o consumo insustentável, juntamente com as catástrofes mundiais, como o desastre nuclear de Chernobyl e o tsunami da Tailândia, alertaram ou, arriscámos – gritaram ao mundo a necessidade de proteger o ambiente.

¹ Vejamos o consumo insustentável hipotecador das solvências das gerações futuras. A partir destas datas o Homem esgotou o *orçamento anual* da Terra, isto é, a pegada ecológica excedeu a capacidade do planeta para o ano: 1993 – 21 de outubro; 2003 – 22 de setembro, 2013 – 20 de agosto; 2014 – 19 de agosto e 2015 – 13 de agosto.

Informação retirada de www.footprintnetwork.org/en/index.php/GFN/page/earth_overshoot_day, consultada em 28 de setembro de 2016.

A Constituição da República Portuguesa² (doravante CRP) influenciada pela Conferência de Estocolmo³ prevê, entretanto, retocado em diversas revisões constitucionais, no n.º 1 do seu artigo 66.º - “Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”.

O direito ao ambiente⁴ apresenta uma especificidade que, por exemplo o direito à segurança social não apresenta, é um direito subjetivo (com natureza bifronte) e *bem, valor e interesse difuso* conformador das novas e atuais preocupações da sociedade.

Ao contrário das leis fundamentais de outros países⁵, a nossa Constituição consagra uma dimensão subjetiva ao direito ao ambiente. Apesar de alguns autores como Carla Amado Gomes⁶ considerarem difícil ou mesmo impossível definir o *quantum* do direito ao ambiente que *pertence* a cada um de nós, ou seja, será impossível reconhecer uma faceta personalística ao direito ao ambiente⁷. O ambiente é, portanto, um bem público, imaterial e inapropriável.

A maioria da doutrina⁸, com que alinhamos, considera o direito fundamental ao ambiente como um direito subjetivo.

Creemos que não existe com a *subjetivação* uma apropriação do bem *ambiente*, trata-se, no inverso, de considerar que esse bem, já protegido objetivamente, pode dar origem a relações jurídicas, onde existem concretos direitos e deveres e, portanto, merecedoras de uma tutela fundamental subjetiva. Além

² A Constituição portuguesa foi bastante inovadora ao consagrar, não só o direito ao ambiente, como também tarefa do Estado a sua defesa e manutenção – alínea d) do artigo 9.º, n.º 2 do artigo 66.º, alíneas a), l), m) e n) do artigo 81.º.

³ Relembremos a Conferência sobre o meio ambiente das Nações Unidas, Conferência de Estocolmo, onde assistimos ao afloramento de preocupações que refletem problemas ambientais próprios dos países industrializados. Ainda que de forma bastante primitiva a Conferência alertou para o avanço (ambientalmente) insustentável do consumo. Nesse mesmo ano, procede-se à criação do Programa das Nações Unidas para o Ambiente (PNUA).

⁴ SILVA, Vasco Pereira da, *Verde cor de Direito: Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 21 e ss.

⁵ Vide as constituições da Alemanha, da Finlândia, da Suécia e dos Países Baixos.

⁶ GOMES, Carla Amado, *Introdução ao Direito do Ambiente*, Lisboa, AAFDL, 2012, pp. 244-245.

⁷ Existe uma “presunção a favor da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais” – CANOTILJO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 129.

⁸ SILVA, Vasco Pereira da, *Verde cor de Direito: Lições de Direito do Ambiente*, Cit., pp. 21 e ss. *Idem*, *Verdes são também os Direitos do Homem. Responsabilidade administrativa em Matéria de Ambiente*, S. João do Estoril, Principia, 2000, pp. 9 e ss.

MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui (coord.), *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 1340 e ss.

DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo Dias, *Tutela ambiental e contencioso administrativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 33 e ss.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.ª Subsecção do CA) de 22 de janeiro de 2004, processo n.º 0429/02.

de que a sua autonomização permite a sua emancipação relativamente a outros direitos ou situações jurídicas que lhe são *próximos*⁹, como o direito à saúde, relações de vizinhança, direito à propriedade¹⁰. Concluindo a resposta à primeira interrogação - existe direito ao ambiente? - “o legislador constitucional português deu guarida ao direito do ambiente tutelando-o direta e imediatamente e não apenas como meio de efetivar outros direitos com ele relacionados”¹¹.

A par do direito ao ambiente surge a tarefa fundamental do Estado preservar o ambiente – alínea d) do artigo 9.º, n.º 2 do artigo 66.º e alíneas a), l), m) e n) do artigo 81.º, pelo que se verifica a elevação a direito fundamental “circular”¹² – “o direito co-envolve o dever de todos contribuírem para o que do Estado solicitam, isto é, em concreto, a defesa do ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, o que abre espaço para a dimensão autorreflexiva do direito”¹³, existindo uma aproximação do cidadão ao papel do Estado na defesa do ambiente, que gera “uma teia de empenhamentos”¹⁴.

De ressaltar ainda que a admissão de uma titularidade individual do direito ao ambiente não subverte¹⁵ o bem jurídico ambiental¹⁶, pelo contrário completam-se. A proteção do *meu* ambiente contribuirá para a proteção do *nosso* ambiente.

Resta-nos responder a uma última questão – qual o nível do direito ao ambiente? *Direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias*? A resposta parece ser unânime, para a Doutrina que reconhece a sua subjetividade, “o direito fundamental ao ambiente possui suficiente determinabilidade para poder ser estabelecida a sua analogia aos direitos liberdades e

⁹ Expressão utilizada por FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo de Oliveira *Tutela ambiental e contencioso administrativo*, Cit., p. 37.

¹⁰ “Sublinhe-se todavia, que a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias poderá traduzir-se numa via de tutela mediata do equilíbrio ecológico, sempre que o requerente, ao pretender cessar uma conduta jurídica ou material, lesiva dos seus direitos à integridade física ou psíquica obtenha também, reflexa e involuntariamente, um resultado favorável à reposição daquele equilíbrio” – GOMES, Carla Amado, *Introdução ao Direito do Ambiente*, Cit., p. 246.

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo de Oliveira, *Tutela ambiental e contencioso administrativo*, Cit., p. 37.

¹² MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui (coord.), *Constituição Portuguesa Anotada*, Cit., p. 1345.

¹³ *Idem Ibidem*, p. 1345.

¹⁴ *Idem Ibidem*, p. 1345. No mesmo sentido SILVA, Vasco Pereira da, *Verdes são também os Direitos do Homem. Responsabilidade administrativa em Matéria de Ambiente*, Cit., p. 17.

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes Canotilho, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª ed., 2008, p. 184.

¹⁶ Cf. FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo de Oliveira, *Tutela ambiental e contencioso administrativo*, Cit., p. 37.e “[a] via mais adequada para a protecção da natureza (...) é a que decorre da lógica da proteção jurídica individual, partindo dos direitos fundamentais” - SILVA, Vasco Pereira da, *Verdes são também os Direitos do Homem. Responsabilidade administrativa em Matéria de Ambiente*, Cit., p. 16.

garantias, nos termos do artigo 17.º da Constituição¹⁷. No acórdão do STA reconhece-se esta sua dimensão: “[o] direito ao ambiente é um direito fundamental de natureza análoga a que se refere o artigo 17.º da Constituição da República Portuguesa, sendo-lhe aplicável, por isso, o regime constitucional específico dos direitos, liberdades e garantias^{18/19}”.

Partimos com estes *pré-conceitos* e ideias definidas para a necessidade de tutela que “pode derivar de uma perturbação diferenciadamente sentida por um (ou vários) sujeitos perfeitamente identificado(s), dirigindo-se a actividade jurisdicional à tutela (individual) de um direito subjectivo²⁰. Essa será uma outra *luta*.”

Caminhando para o fim da nossa exposição, mais do que um direito ao ambiente, hoje temos de destacar a importância do dever fundamental de cada um e de todos nós de protecção do mesmo. Imputa-se à sociedade um dever de conservação, um direito-dever de utilização racional dos bens ambientais. Este mantra é válido quer seja o ambiente visto através do antropocentrismo, quer seja do econcentrismo, ou então através de uma lente puramente económica. Haja o *meu* ambiente, enquanto dimensão subjetiva do direito fundamental, mas haja o *nosso* ambiente, enquanto conteúdo do dever fundamental.

¹⁷ MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui(coord.), *Constituição Portuguesa Anotada*, Cit.,p. 1349.

¹⁸ Acórdão do STA (1.ª Subsecção do CA) de 22 de janeiro 2004, processo n.º 0429/02.

¹⁹ *Vd.* A jurisprudência dos tribunais cíveis reconhece o direito ao ambiente, como sendo um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias - *Os Direitos Fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Acórdãos selecionados, [em linha]*, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/fich-pdf/Direitos_Fundam_Jurisp_STJ_Acordaos.pdf, consultado em 25.01.2016.

²⁰ FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo de Oliveira, *Tutela ambiental e contencioso administrativo*, Cit., p. 38.

OS DIREITOS DE DEFESA DO ARGUIDO E A UNIÃO EUROPEIA: IGUALDADE DE ARMAS OU DESIGUALDADE MANIFESTA?¹

André Paulino Piton

Assistente Convidado no Instituto Universitário da Maia; Doutorando em Ciências Jurídicas na Escola de Direito da Universidade do Minho

Quando se comemoram quatro décadas sobre a entrada em vigor da atual Constituição da República Portuguesa, parece-nos particularmente adequado trazer a esta discussão uma problemática que não pode ser compreendida se não tivermos em conta os fatores e as circunstâncias históricas que estiveram na origem da Constituição de 1976², bem assim como os custos sociais que a sua conquista envolveu. Se hoje temos um Estado fundado no respeito pela dignidade da pessoa humana, empenhado na construção de uma sociedade livre justa e solidária³, subordinado à soberania popular, deve-se ao desenvolvimento social e político que este país foi capaz de alcançar, e que se manifesta também, a tantos níveis, na participação portuguesa no projeto europeu.

¹ Este artigo corresponde, sem alterações de profundidade, à apresentação oral feita em 20 de maio de 2016, na Escola de Direito da Universidade do Minho, por ocasião do III Congresso Internacional de Direito na Lusofonia.

² Para uma melhor compreensão desta dimensão histórico-constitucional ver, por todos, GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2016; MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2014; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016.

³ Como estabelece o artigo 1.º da CRP.

Demonstrativo disso mesmo é o facto de assinalarmos igualmente este ano o trigésimo aniversário da *entrada* de Portugal na, à altura, CEE, sendo que bem se pode dizer que o Estado democrático de Direito português cresceu e consolidou-se de mãos dadas com o aprofundamento da integração europeia, sendo por ele necessariamente condicionado e, inversamente, fazendo-se repercutir também no espaço da União Europeia. Importa-nos, pois, nesta medida, centrar hoje a reflexão nesta específica dimensão, relacionada sobretudo com a afirmação do espaço europeu como um espaço de liberdade, segurança e justiça, chamado a lidar, de forma global, com a necessidade de prevenir e reprimir fenómenos de criminalidade transnacional⁴.

Na verdade, se as Comunidades surgiram, em primeira linha, com o fito de garantir a paz no continente europeu, muito rapidamente evoluíram para um modelo estrutural e materialmente muito mais complexo, destinadas a facilitar um conjunto alargado de liberdades aos respetivos cidadãos e assentando numa progressiva aproximação entre os diversos Estados Membros. A construção de um sistema assente em três pilares fundamentais, com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, destinados a sustentar e desenvolver a verdadeira integração europeia, desbravou o caminho para a cooperação policial e judiciária em matéria penal, trazendo ao desafio europeu um novo e muito significativo impasse. Na verdade, a pergunta que se colocou aí com renovada ênfase foi a seguinte: que tipo de União querem, afinal, os europeus? Uma que garanta a coesão e integração económica ou, antes, uma que avance no sentido de um novo espaço europeu, construído sob o manto do respeito pelo homem, pela justiça e pela liberdade?

Em resposta a estas perguntas surge inequivocamente o Tratado de Amesterdão e, com ele, a criação do espaço de liberdade, segurança e justiça⁵. O caminho para uma integração também a nível de justiça, de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos europeus, de proteção dos direitos e liberdades do indivíduo, parece afirmar-se aqui sem margem para dúvidas, lançando as bases para uma efetiva aproximação ou harmonização em matéria de direito penal e

⁴ Sobre os problemas da criminalidade transnacional e a integração penal entre os Estados-Membros ver, entre outros, RODRIGUES, Anabela Miranda/ MOTA, José Luís Lopes da, *Para uma Política Criminal Europeia: Quadro e instrumento jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002; RORIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008; KLIP, André, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Antwerp, Intersentia, 2009; e PITON, André Paulino, *A integração Penal Europeia Entre o Reconhecimento Mútuo e a Harmonização*, Lisboa, Editorial Juruá, 2012.

⁵ Artigo K.1, Título VI do referido Tratado, afirmando que “será objectivo da União facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça, mediante a instituição de acções em comum entre os Estados-Membros no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal e a prevenção e combate do racismo e da xenofobia”.

processual penal. Todavia, e não obstante o que dissemos sobre as intenções e os alicerces da União Europeia, a verdade é que os instrumentos por ela adotados para a construção do espaço de liberdade, segurança e justiça se apresentaram desde cedo como mecanismos preocupados sobretudo com o endurecimento da reação penal, destinados a aproximar os ordenamentos jurídico-penais dos Estados-membros, impondo-lhes o dever de uma harmonização na criminalização de determinadas condutas e igualmente determinando a sincretização de penas, também chamadas de *penas mínimas*.

Neste domínio, não podemos deixar de sublinhar que as medidas pioneiras da UE quanto à cooperação policial e judiciária em matéria penal se centraram na necessidade de reforçar os mecanismos de repressão da criminalidade⁶, constituindo limites significativos às liberdades individuais e reforçando os aparelhos punitivos dos Estados-Membros. Em virtude desta tendência, a doutrina qualifica a atual construção do espaço de liberdade, segurança e justiça como securitária, sublinhando, como Pedro Caeiro, que a atividade legiferante da UE anterior ao Tratado de Lisboa raramente visou proteger, de forma autónoma e como expressão de uma política criminal própria, as liberdades individuais contra o poder punitivo. Na verdade – postas entre parêntesis as escassas normas constantes de instrumentos de cooperação que consagram alguns direitos da defesa, bem como certos mecanismos de deslocalização do controlo sobre arguidos ou condenados que podem favorecer as decisões *pro libertate* e a respetiva inserção social –, a única garantia de génese europeia e de natureza especificamente penal que se instituiu naquele período foi a configuração interestatal da regra *ne bis in idem*, prevista no art. 54.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen⁷.

Efetivamente, o desenvolvimento desta cooperação entre os Estados Membros no quadro da União Europeia tem sido levado a cabo, nas últimas décadas, através da criação de mecanismos que, simplificando a referida colaboração, têm em vista reforçar a segurança, através da prevenção e repressão à criminalidade transfronteiriça, e evitar que pessoas que tenham praticado um crime ou que por ele tenha sido condenadas num determinado Estado-Membro, possam usar esta construção europeia para escapar à justiça⁸.

⁶ Tome-se como exemplo a criação da Eurojust ou a implementação do mandado de detenção europeu.

⁷ Cf. CAEIRO, Pedro, “Introdução (ou de como todo o Processo Penal Começa com uma Constituição de Direitos)”, in *A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português*, Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2015, pp. 7-12.

⁸ Nos termos do n.º 1 do artigo 82.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, a construção desse sistema de justiça deve fundar-se na cooperação judiciária em matéria penal na União, tendo como base o princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais. Já tivemos a oportunidade expor o nosso pensamento sobre a utilização do reconhecimento mú-

Se é certo que tais instrumentos se têm vindo a mostrar essenciais – e porventura até insuficientes – para garantir tal segurança, a verdade é que, para o desenvolvimento da União Europeia como um efetivo espaço de liberdade, segurança e principalmente de justiça⁹, é preciso ter em atenção tanto os instrumentos de apuração das responsabilidades penais dos seus intervenientes como aqueles que, para o conseguir, devem garantir o direito a um julgamento justo, equitativo e democrático dentro do espaço europeu. Neste ponto, mais de meio século depois, este ainda é um dos principais desassossegos da União Europeia.

É, de facto, verdadeiro senso comum afirmar que os direitos de defesa do arguido são fundamentais para dar cumprimento ao objetivo da tutela da liberdade e justiça e por isso têm de ser assegurados pela União Europeia, que, por sua vez, têm enfrentado notórias dificuldades para a real implementação dessas garantias, exibindo hoje, como é comumente apontado¹⁰, uma manifesta inadequação dos direitos de defesa do arguido no âmbito da União Europeia. Em reconhecimento desta realidade, a União Europeia vem alargando esforços no sentido de estabelecer normas mínimas comuns no âmbito processual penal de modo a garantir que os direitos fundamentais dos suspeitos e acusados estejam devidamente tutelados dentro do espaço de liberdade, segurança e justiça.

Neste sentido, e por resolução do Conselho Europeu, criou-se, em 30 de

tuo no processo de aproximação das disposições legislativas dos Estado-Membros, na tentativa de dar cumprimento às garantias individuais e coletivas apresentadas no espaço de liberdade, segurança e justiça – cf. PITON, André Paulino, *A integração Penal Europeia Entre o Reconhecimento Mútuo e a Harmonização*, Cit., pp.93 e ss.

⁹ Os objetivos atribuídos ao espaço de liberdade, segurança e justiça estão enunciados no artigo 67.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia: “1. A União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros. 2. A União assegura a ausência de controlos de pessoas nas fronteiras internas e desenvolve uma política comum em matéria de asilo, de imigração e de controlo das fronteiras externas que se baseia na solidariedade entre Estados-Membros e que é equitativa em relação aos nacionais de países terceiros. Para efeitos do presente título, os apátridas são equiparados aos nacionais de países terceiros. 3. A União envida esforços para garantir um elevado nível de segurança, através de medidas de prevenção da criminalidade, do racismo e da xenofobia e de combate contra estes fenómenos, através de medidas de coordenação e de cooperação entre autoridades policiais e judiciárias e outras autoridades competentes, bem como através do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal e, se necessário, através da aproximação das legislações penais. 4. A União facilita o acesso à justiça, nomeadamente através do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais em matéria civil”.

¹⁰ Cf. SILVEIRA, Alessandra, “Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais”, in *Direito da União Europeia Elementos de Direito e Políticas da União*, Coimbra, Almedina, 2016, 17-72; LONGRIDGE, Corri, *In Defence of Defence Rights: The Need for Common Rules of Criminal Procedure in the European Union*, “European Journal of Legal Studies”, vol.6, 2013/2014, pp.138-56; AUGUNSTEIN, Daniel/VAN ROERMUND, Bert, “Lisbon vs. Lisbon”: *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms*, “German Law Journal”, vol.14, 2013, pp. 1909-1916; VERVAELE, John A. E., *The transnational ne bis in idem principle in the EU – Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, “Utrecht Law Review”, vol. I, 2005, pp.100-118.

novembro de 2009, o chamado *Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais*. Nele se evidenciava a necessidade de desenvolver, no campo de ação da União Europeia, medidas para reforçar os direitos dos suspeitos ou acusados em processos penais, que se centravam em seis grandes eixos: em primeiro lugar, aquele que diz respeito à tradução e interpretação, pois que se considera naturalmente indispensável que o suspeito ou acusado possa compreender o que se passa e se possa fazer entender; depois, quanto à informação sobre os direitos e sobre a acusação, uma vez que se entende ser elementar que suspeito ou acusado seja informado dos seus direitos fundamentais, oralmente ou, quando adequado, por escrito, nomeadamente mediante uma declaração de direitos, devendo, ademais, ser-lhe prestadas sem demora informações sobre a natureza e os motivos das acusações que sobre ele recaem; em terceiro lugar, o relativo ao patrocínio e apoio judiciários, pois que, de modo a garantir a equidade do processo, deve o suspeito ou acusado ter acesso ao patrocínio judiciário (através da assistência de um advogado) na fase mais precoce e oportuna do processo, sendo essencial assegurar, por outro lado, que o direito ao apoio judiciário deverá garantir um acesso efetivo ao patrocínio judiciário; num quarto eixo de atuação, centra-se a comunicação com familiares, empregadores e autoridades consulares, sublinhando que suspeito ou acusado privado de liberdade deverá ser prontamente informado do seu direito a que pelo menos uma pessoa, como um familiar ou empregador, seja avisada da sua privação de liberdade, no pressuposto de que tal não deverá prejudicar o bom desenrolar do processo penal, além de que o suspeito ou acusado privado de liberdade num Estado que não o seu deverá ser informado do seu direito a que as autoridades consulares competentes sejam notificadas da sua privação de liberdade; por outro lado, temos o aspeto relacionado com as garantias especiais para suspeitos ou acusados vulneráveis, pois que para garantir a equidade do processo é importante que se dê especial atenção aos suspeitos ou acusados incapazes de compreender ou de acompanhar o conteúdo ou o significado do processo devido, por exemplo, à sua idade ou ao seu estado mental ou físico; e, por último mas não menos importante, a criação de um Livro Verde sobre detenção antes da fase do julgamento¹¹, tendo em consideração que o tempo de detenção antes do julgamento e durante a fase do julgamento varia consideravelmente de um Estado-Membro para outro e que períodos de detenção anterior ao julgamento excessivamente prolongados são prejudiciais para a pessoa em causa, e podem prejudicar a cooperação judiciária entre Estados-Membros e não traduzem os valores que inspiram a União Europeia, pelo que deverão ser analisadas neste contexto as medidas adequadas a tomar.

¹¹ Resolução do Conselho de 30 de Novembro de 2009, *Sobre um Roteiro para o Reforço dos Direitos Processuais dos Suspeitos ou Acusados em Processos Penais*, 2009/C 295/01.

Este esforço, assim anunciado, foi imediatamente reafirmado no respeito pela coerência axiológica da União Europeia, no *Programa de Estocolmo*¹², tendo como um dos objetivos estratégicos promover a cidadania e os direitos fundamentais onde “[a] cidadania europeia deve passar a ser uma realidade palpável. O espaço de liberdade, segurança e justiça deve ser antes de mais um espaço único em que os direitos fundamentais são protegidos. O alargamento do espaço Schengen deve prosseguir. O respeito da pessoa e da dignidade humana, e bem assim dos demais direitos consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdade Fundamentais, constitui um valor essencial. Trata-se, por exemplo, de preservar o exercício destas liberdades e a esfera privada do cidadão para além das fronteiras nacionais, em especial através da proteção dos seus dados pessoais. Há que ter em conta as necessidades particulares das pessoas vulneráveis e que assegurar o pleno exercício, pelos cidadãos da União e outros, dos seus direitos específicos na União Europeia e mesmo, sendo o caso, fora da União”¹³.

Assim, o resultado atual do esforço supramencionado da União Europeia no aperfeiçoamento do espaço de liberdade segurança e justiça, assente na melhoria das legislações quanto ao apoio aos direitos fundamentais e cidadania, traduziu-se na aprovação de um conjunto de diretivas, que formam hoje a base nuclear de tutela dos direitos fundamentais na União Europeia, em sede de processo penal.

Logo em 2010 foi aprovada uma diretiva relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal (Diretiva 2010/64/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Outubro de 2010), que está hoje implementada em todos os 28 Estados Membros. À luz deste instrumento, os arguidos irão dispor de interpretação gratuita não só durante o julgamento, mas também durante os interrogatórios da polícia e reuniões importantes com o advogado, bem como de uma tradução escrita dos documentos essenciais para o exercício do seu direito de defesa.

Seguiu-se, em 2012, a diretiva relativa ao direito à informação em processo penal (Diretiva 2012/13/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2012), visando assegurar que os suspeitos que sejam detidos recebam sempre uma Carta de Direitos sob a forma escrita (se necessário traduzida),

¹² Programa de Estocolmo – Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos (2010/C 115/01), de 04 de Maio de 2010. Este plano estratégico, referente o período de 2010 a 2015, para o desenvolvimento da União Europeia enquanto espaço de liberdade, segurança e justiça, definiu as prioridades políticas e o respetivo calendário de medidas, focando-se em seis grandes prioridades nos domínios do espaço de liberdade, segurança e justiça: direitos fundamentais e cidadania; justiça civil e penal; segurança interna; fronteiras e vistos; imigração e asilo; e dimensão externa.

¹³ *Idem*, ponto 1.1.

numa linguagem simples e acessível, com informações acerca dos seus direitos. O prazo de transposição desta diretiva para o direito nacional terminou a 2 de junho de 2014, sendo que, ao momento, dos 28 Estados Membros, falta a confirmação da Bélgica e da Dinamarca sobre a sua implementação).

Por outro lado, em outubro de 2013 foi adotada a diretiva relativa ao direito de acesso a um advogado e ao direito de comunicar numa situação de privação de liberdade (Diretiva 2013/48/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013). Esta é, porventura, a mais importante medida da agenda dos direitos processuais, pois que assegura que todos os suspeitos terão direito de acesso a um advogado desde as primeiras fases do processo até à sua conclusão, bem como que qualquer pessoa privada de liberdade tem a possibilidade de comunicar com a sua família e, se for detido noutro país da UE, com o consulado. O seu prazo de transposição pelos Estados-Membros termina no próximo dia 27 de novembro de 2016.

No que respeita, por seu turno, ao anunciado Livro Verde, foi publicado, em junho de 2011, o *Livro Verde sobre a aplicação da legislação penal da UE no domínio da detenção*, que visou explorar as interações entre a detenção e a confiança mútua na União Europeia. Considerou-se, essencialmente, nesse documento, que as condições de detenção podem ter uma incidência direta no funcionamento correto do reconhecimento mútuo das decisões judiciais, uma vez que as condições de detenção que não cumprem as normas podem levar um juiz a recusar a transferência de uma pessoa procurada, designadamente em processos de execução de mandados de detenção europeus, e concluiu-se que, embora a prisão preventiva e a promoção de alternativas sejam questões importantes suscitadas pelos Estados Membros e a sociedade civil, a aplicação correta e atempada da legislação da UE em vigor é a prioridade.

Igualmente de assinalar por dizer respeito a este quadro de reforço dos direitos fundamentais dos cidadãos face ao processo penal, muito embora não diga especialmente respeito à posição do acusado ou suspeito, é ainda a Diretiva 29/2012/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade, e que substitui a Decisão-Quadro 220/2001/JAI do Conselho (uma vez que esta Decisão-Quadro não foi aceite pela Dinamarca, pela Eslovénia, pela Finlândia e pela Grécia).

Bem se vê, portanto, que, embora tardio e marcado por processos lentos de avanço e retrocesso, o panorama pós-Lisboa é substancialmente distinto no que respeita à compreensão da necessidade de assegurar direitos, liberdades e garantias dos cidadãos em sede de processo penal. Para desenvolver mais ainda esta área da justiça, com base no reconhecimento mútuo e na confiança mútua, a Comissão foi convidada a apresentar propostas para reforçar os direitos processuais dos suspeitos ou acusados.

Este mandato político para um forte foco no reforço dos direitos dos cida-

dãos no processo penal, para garantir o direito a um julgamento justo em toda a União Europeia, resultou na *Agenda da União Europeia em matéria de garantias processuais dos suspeitos ou arguidos*¹⁴. A Comissão, sublinhando o esforço até aí levado a cabo, apresentou então um pacote de propostas para reforçar ainda mais as garantias processuais dos cidadãos em processos penais, composto por três diretivas e duas recomendações: as primeiras relativas à presunção de inocência e ao direito de estar presente no julgamento, às garantias especiais para crianças suspeitos ou acusados em processo penal, e ao apoio judiciário provisório para suspeitos ou arguidos privados de liberdade e apoio judiciário em processos de execução de mandados de detenção europeus; as recomendações, por sua vez, dizem respeito às garantias processuais para pessoas vulneráveis suspeitas ou arguidas em processo penal e ao direito dos suspeitos ou arguidos a apoio judiciário em processo penal.

Nesta linha de atuação, a Comissão Europeia, em 27 de novembro de 2013, apresentou um conjunto de propostas, entendidas como sendo normas mínimas comuns na promoção das decisões judiciais tomadas por um país da União Europeia a ser reconhecido pelos outros, proporcionando uma maior efetivação do princípio do reconhecimento mútuo: uma Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em tribunal em processo penal¹⁵; uma Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal¹⁶; e uma Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao apoio judiciário provisório para suspeitos ou arguidos privados de liberdade e ao apoio judiciário em processos de execução de mandados de detenção europeus¹⁷.

Desta nova agenda resultou já a recentíssima Diretiva (UE) 343, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal, cujo prazo de transposição pelos Estados Membros termina no dia 1 de abril de 2018. Neste instrumento preveem-se, designadamente, os direitos ao silêncio e à não autoincriminação, o direito a comparecer em julgamento, a responsabilização probatória da acusação e o princípio *in dubio pro reo*. Quantas às demais propostas continuam ainda a ser negociadas.

Como se compreende quer pelo âmbito dos atos normativos em causa, quer pelas suas disposições específicas, evidencia-se, no que respeita às garantias de defesa, a opção da União Europeia em promover um modelo processual penal

¹⁴ COM/2013/0820 final.

¹⁵ COM (2013) 821 final, de 27 de novembro de 2013.

¹⁶ COM (2013) 822 final, de 27 de novembro de 2013.

¹⁷ COM (2013) 824 final, de 27 de novembro de 2013.

de base acusatória, na expectativa de fomentar uma igualdade de poderes entre a acusação e a defesa. Caberá ao Estado, através do Ministério Público ou de outro equivalente, arcar com o ónus probatório para demonstrar a culpa do acusado. E muito embora o arguido ou acusado não tenha o dever de se defender, pois que se presume inocente, tem esse direito, que deve ser assegurado no seu mínimo essencial. Por outro lado, é notório no percurso até aqui decorrido no que respeita à conceção e execução de medidas em sede de cooperação judiciária e policial em matéria penal que é importante para a UE obter o equilíbrio certo entre as ferramentas que protegem os direitos fundamentais e aquelas que facilitam a investigação e a repressão da criminalidade.

Assim, e em jeito de conclusão, juntamo-nos a aqueles que entendem que a UE, na sua história do desenvolvimento da cooperação judiciária em matéria penal, tem demonstrado uma acentuada tendência securitária, o que obviamente, reflete num acrescido risco para algumas das nossas liberdades individuais. Mas também não podemos deixar de reconhecer que nunca se viu tamanho esforço para compensar o desnível na balança da liberdade versus segurança, dando mais cor ao primado da justiça, como nos últimos três anos. É certo que a construção de uma justiça pautada em direitos mínimos, não pode ser entendida como sendo o objetivo da UE mas sim como um meio. Queremos acreditar que se trata apenas de um pequeno, e significativo, passo no sentido de nivelarmos o entendimento sistémico dos Estados-Membros acerca das garantias e dos direitos individuais, para que, a partir daqui, se possa erigir um verdadeiro espaço de liberdade, levando a bom termo o sonho europeu de construção da paz.

OS JOVENS INVESTIGADORES DO DIREITO NA LUSOFONIA: O QUE FAZER PARA DINAMIZAR A INTEGRAÇÃO CIENTÍFICA?

Fábio da Silva Veiga

*Professor de Direito Comercial no Máster en Abogacía da Universidad Europea de Madrid.
Doutorando em Direito Comercial na Universidad de Vigo e Universidad de Alcalá de Henares*

1. Nota Prévia

A integração de jovens investigadores no espaço lusófono está dependente de ações políticas voltadas a união de universidades em projetos comuns. Nos dias de hoje não existe nenhum plano em concreto que viabilize a integração de jovens nos espectros científicos das universidades de língua portuguesa. O cenário não indica mudanças nesta realidade. A solução para alguma evolução da integração científica dos jovens passaria pela atuação destes de forma ativa junto aos órgãos universitários, de maneira a agirem em prol da criação de mecanismos que viabilizem a participação em centros de investigação. Estas ações são expressões da democracia participativa, que mediante atos organizados promovem a mudança e a integração.

2. Introdução

Nas últimas décadas temos assistido a avanços significativos na política de integração económica mundial, e com ela, alavancou-se outras políticas desenvolvimentistas, como a integração académica, impulsionando o intercâmbio e a formação de estudantes nos mais variados níveis académicos (1.º, 2.º e 3.º

ciclos) – a exemplo dos programas *Erasmus* da UE. Os programas académicos europeus têm como fio condutor o fomento da *identidade* europeia.

Já no campo científico, existe uma elevada discrepância qualitativa entre as universidades, do qual, em simples percepção, não se evidencia sinais concretos de programas de *integração científica* voltado às universidades europeias. O que se quer dizer, é que a união económica europeia não elevou o sentimento de solidariedade científica, especialmente a integração tecnológica e científica das universidades.

Diversamente do sentimento que uniu a Europa e os seus programas académicos, a possibilidade de haver uma integração académico-científica entre as universidades lusófonas possibilitaria a colaboração através do mais eficiente instrumento de comunicação: o idioma; e com ele, a possibilidade de concretizar instrumentos efetivos de integração científica entre as universidades lusofalantes, significando maiores oportunidades de sustentabilidade dos sistemas educacionais de excelência em pesquisa.

3. Realidade dos centros jurídicos de investigação na lusofonia

No âmbito da nossa atuação – o Direito – atualmente não existe nenhum centro de investigação da área jurídica que priorize seus programas científicos a investigadores lusófonos. Os centros de investigação das universidades lusófonas estão fechados à própria universidade, e poucos são os que possibilitam a entrada de jovens investigadores externos mediante processo de seleção, em especial, provenientes do espaço lusófono. Tal facto ocorre na grande maioria das universidades, sejam elas portuguesas, brasileiras ou as dos países africanos de língua portuguesa.

A grande questão que se apresenta é: o quê fazer para dinamizar a integração científica na lusofonia?

A principal dificuldade dos jovens investigadores se relaciona com o fator económico-financeiro. Desde a crise planetária a partir de 2008, e em especial, nos países ibéricos, viu-se um corte substancial nos programas de bolsas de doutoramento nas diversas áreas de conhecimento. Jovens que antes da crise saíam dos mestrados científicos ou profissionais, aptos e desejosos a cursarem o doutoramento, tiveram suas hipóteses fechadas pela incapacidade do Estado em liderar os programas de financiamento.

Como é sabido, a investigação científica, principalmente das áreas humanas e sociais está fechada à iniciativa privada. Não é costume, e muito menos na prática concorrencial de mercado, incentivar a pesquisa fora do ambiente tecnológico e das ciências naturais. Se já é pequena a parcela privada nos setores

de investigação científica, jovens investigadores que integram as ciências sociais aplicadas (direito, economia, administração, sociologia, ciência política, pedagogia, etc.) estão cortados da participação em programas de doutoramento. Literalmente, milhares de jovens não puderam participar em doutoramentos pela simples facto de não poderem custear o programa e, por via colateral, financiar as suas vidas. Tiveram que abandonar a investigação. Foram excluídos do processo participativo em razão da falta de financiamento do Estado, justamente num setor da educação superior tão importante para o progresso de qualquer país.

4. Ensino Superior Lusófono

Há uma grande distância no plano político, como também no plano académico se pensarmos nas inumeráveis barreiras dos sistemas educativos dos países lusófonos. Se falarmos de mobilidade académica entre as universidades do espaço lusófono, na necessidade de partilhar conhecimentos, metodologias, planos científicos, etc., como um elemento fundamental ao desenvolvimento desta sociedade, sabemos que não há congregação política a partir de protocolos internacionais no plano da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) para mobilizar ações voltadas à área educacional.

No plano interno das organizações universitárias existem cooperação direta consoante a estratégia das universidades. Mas, há uma dependência da iniciativa de cada universidade. A integração universitária se dá quase por completo no plano da mobilidade académica¹, sendo quase nula a hipótese de integração científica. Pelo menos é o que vemos na maioria dos convénios de cooperação interinstitucionais².

5. Modelos de educação académica

Segundo Claudius Gellert³, há três tendências dominantes dentro das instituições académicas europeias: a) o modelo do *Conhecimento* que corresponde-

¹ A mobilidade académica não é uma novidade. Pelo contrário, está na gênese da universidade desde o seu início. Um estudante universitário do século XIV podia fazer o seu grau de Retórica e Gramática na Sorbonne, licenciar-se em Teologia em Salamanca e finalizar o seu doutorado em Bolonha.

² Os modelos de convénios interinstitucionais de colaboração geralmente estão publicados nos sítios eletrónicos das universidades e é de fácil acesso.

³ GELLERT, Claudis *Apud* MAGALHÃES, António M., *A identidade do ensino superior – Política, conhecimento e educação numa época de transição*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian/FCT, 2004, p. 55.

ria à ideia humboldtiana de universidade (o modelo da investigação); *b*) o modelo *Professional* que corresponde ao modelo das *grandes écoles* francesas – que se situam, em geral, em termos de prestígio e estatuto acima das universidades –, representando o «modelo de formação» concentrado sobretudo na produção de quadros para o aparelho de Estado; *c*) o modelo da *Personalidade*, na esteira da tradição de Oxbridge de formação do caráter através de uma educação liberal (o «modelo de personalidade»).

O primeiro modelo tem raiz histórica na Alemanha, e assume a vertente da criação e transmissão do conhecimento como sendo a tarefa central da universidade; o segundo modelo enfatiza a aquisição de capacidades profissionais localizadas no núcleo da missão das instituições de ensino superior; este modelo encontra-se usualmente ligado ao sistema de ensino superior francês; e o terceiro modelo, o modelo anglo-saxónico, que se concentra na formação do «caráter».

Vale ressaltar que, quer enquanto instituições científicas, instituições profissionais ou instituições culturais, os três modelos são narrativamente unificados, na medida em que partilham a celebração do conhecimento, da razão e da crítica como processos educativos.

6. Criação de redes para a mobilidade de investigadores lusófonos

A mobilidade de investigadores representa a captação de talentos e a difusão de conhecimento no seio da comunidade científica. Países desenvolvidos apostaram fortemente na mobilidade de investigadores, *v.g.*, países que recebem maior número de estudantes e investigadores estrangeiros: Estados Unidos da América, Reino Unido, Austrália e Canadá. No passado vários países assumiram a função de «exportadores» de estudantes e, ultimamente, tal tendência começou a ser invertida, como acontece com Japão, China e Índia, países que passaram, ainda que timidamente, a ter influência no seio científico e estão a receber variedade de estudantes e investigadores.

No processo de intercâmbio de estudantes e investigadores o mesmo deve ser interpretado como uma relação *win-win*, onde ambas as partes ganham com a integração académico-científica.

No âmbito da CPLP, no plano formal, vários protocolos foram realizados tendo em vista a internacionalização das universidades lusófonas. O Brasil recentemente (2011-2016) implementou programas de bolsas de mobilidade de estudantes de licenciatura e investigadores de doutoramento, no âmbito do programa Ciências Sem Fronteiras e dos organismos de promoção científica (CAPES e CNPq). Portugal lançou em 2007 e 2008 os Programas Ciências que permitiram atrair mais de um milhar de investigadores ao país, e mais recente-

mente, Portugal apoiou novas contratações em 2012, apesar do número limitado (dezenas), mas em nenhum destes se deu um sinal claro de apoio a programas dentro da CPLP.

A União Europeia, em contrapartida, investiu em programas de mobilidade e já conta com mais de 1 milhão de estudantes que realizaram o *Erasmus* – programa europeu de mobilidade, com incentivo de bolsas parciais. A principal função do Erasmus é integrar a comunidade académica no seio das instituições europeias e a partir disso, fomentar o sentimento de nacionalidade europeia pelos estudantes. No plano científico, não há um programa de integração científica entre os países membros da União Europeia. O que há, em alguma medida, são protocolos bilaterais ou plurilaterais entre instituições europeias, mas tal se aperfeiçoa devido o esforço particular das instituições e geralmente, as custas de elevados orçamentos – que para os países do sul da Europa tornam-nos menos competitivos.

Se por um lado podemos constatar que o Programa de mobilidade *Erasmus* obteve êxito no circuito académico europeu, podemos perceber que no âmbito das universidades lusófonas poderíamos implementar e ainda mais, aprimorar as formas de integração académica, passando a operacionalizar a integração científica. Há vários fatores que podem agregar valor a esta integração. Vejamos os seguintes exemplos:

- a) No âmbito das ciências sociais aplicadas, não há modo de «patentear» teorias. Portanto, a língua é o mecanismo fundamental desta ciência;
- b) A Língua portuguesa unificaria a cultura científica;
- c) Fomento de Acervo;
- d) Integração de projetos «lusófonos» nas Faculdades e Centros de Investigação;
- e) Promoção de Projetos de Investigação em Comum;
- f) Formação de Rede de Investigadores
- g) Projetos permanentes reservados à lusofonia
- h) Fortalecimento da língua portuguesa no mundo

7. Conclusões

Estamos convencidos de que os processos de integração política e económica devem ser acompanhados dos processos de integração académica, científica e cultural.

Uma das perguntas que abriu este trabalho foi a de dar respostas de como fazer a integração científica de jovens (e não jovens) na lusofonia. Do nosso ponto de vista, a solução passaria pela participação ativa dos jovens investigadores junto às universidades, faculdades e centros de investigação, através de ações mobilizadas por centros representativos, como a União de estudantes, centros

académicos, grupos informais de investigação e toda e qualquer forma de associação que representasse um objetivo em torno da integração científica de jovens no espaço lusófono. Nada mais é do que ações que expressem o espírito da democracia participativa.

Sabemos que as políticas de integração no âmbito da CPLP não desenvolveram programas direcionados à implementação da integração científica. Algo se fez, contudo, não foram implementadas soluções capazes de fomentar a integração científica.

Se já é laboriosa a integração académica, diríamos que a científica demanda maiores sacrifícios. No entanto, a língua portuguesa é o principal instrumento de superação de obstáculos no campo da produção científica. Se unificarmos projetos, seguramente haverá a possibilidade de nascer projetos sustentáveis para os países mais debilitados e em contrapartida, maior força no seio da comunidade dos países de língua portuguesa.

Bibliografia

- AULP, *Ensino Superior e Investigação Científica no Espaço da CPLP*, Maputo, XXII, Encontro da Associação das Universidades de Língua Portuguesa, 2012.
- PEDROSA, Júlio/QUEIRÓ, João Filipe, *Governar a universidade portuguesa – missão organização, funcionamento e autonomia*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- MAGALHÃES, António M. *A identidade do ensino superior – Política, conhecimento e educação numa época de transição*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian/FCT, 2004.
- NETO, Vitor, *República, universidade e academia*, Coimbra. Almedina, 2012,
- RAMOS, Carlos, “Criação de redes para a mobilidade de Pesquisadores da CPLP”, in *Ensino Superior e Investigação Científica no Espaço da CPLP*, Maputo, XXII Encontro da Associação das Universidades de Língua Portuguesa, 2012, p. 261-268.
- SENENT SÁNCHEZ, Joan María, *La evolución de la movilidad académica en Europa, en la perspectiva de la creación del Espacio Europeo de Educación Superior*, “Revista Española de Educación Comparada”, 13, 2007, p. 361-399.
- UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *História da Universidade em Portugal*, I Vol., tomo I (1290 1536), Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

O DIREITO FUNDAMENTAL À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO – ESSÊNCIA, REFRAÇÕES E CONFIGURAÇÃO MODERNA NO ESPAÇO LUSÓFONO¹

Flávia Noversa Loureiro

Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho

1. Introdução

Quarenta anos volvidos sobre a aprovação e entrada em vigor da atual Constituição da República Portuguesa, que implementou no nosso país um processo penal democrático e de estrutura acusatória, verdadeira materialização de um Estado de Direito, pode porventura parecer estranho regressar uma vez mais ao direito à não autoincriminação, matéria já tão longa e profundamente debatida. De facto, não havendo no nosso texto fundamental consagração expressa do *nemo tenetur se ipsum accusare*, quer na sua vertente de direito ao silêncio, quer na de direito à não autoincriminação, em sentido estrito², a verdade é que, de

¹ O texto que agora se dá à estampa corresponde, com alterações apenas pontuais sobretudo relacionadas com a inserção de notas de pé de página, àquele que se apresentou oralmente a 20 de maio de 2016, na Escola de Direito da Universidade do Minho, no âmbito do III Congresso Internacional de Direito na Lusofonia “Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono”, dedicado a comemorar os 40 anos da Constituição da República Portuguesa. O tema que aqui se aborda, de modo necessariamente limitado, será entretanto alvo de maiores desenvolvimentos, complementando as ideias que nesta sede se puderam apenas apontar.

² Entende-se, usualmente, que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* se manifesta em duas vertentes fundamentais, os referidos direito ao silêncio e direito à não autoincriminação, propria-

há muito, doutrina e jurisprudência reconhecem a sua natureza constitucional implícita, decorrente, para uns, do próprio princípio da dignidade humana e dos consequentes direito à integridade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade (arts. 1.º, 25.º e 26.º), e, para outros, das garantias de defesa asseguradas ao arguido na CRP por força do princípio do processo equitativo e, em particular, do princípio da presunção de inocência (arts. 20.º, n.º 4, e 32.º n.º 4 e n.º 8)³.

E se é certo que pode não haver univocidade quanto ao fundamento constitucional material ou *apenas* constitucional processual do *nemo tenetur*, a verdade é que se assume hoje como pacífico que a não autoincriminação é corolário da exigência de um processo equitativo, onde vigore o princípio da lealdade⁴ e o arguido seja, como é condição de um processo penal acusatório e democrático, considerado como sujeito e não como objeto ou mero meio de

mente dito. Em boa verdade, todavia, somos da opinião que a ordem das coisas não é exatamente essa, sendo que o direito ao silêncio é um dos aspetos do, mais amplo, direito à não autoincriminação ou não autoinculpação (que poderemos considerar como sinónimo – ou tradução livre – do *nemo tenetur*). Sucede, como veremos adiante, que não se esgotando a não autoincriminação na possibilidade de silêncio do arguido, mas abrangendo (ou podendo abranger) antes os atos de colaboração e participação deste no processo, as questões a que, neste trabalho, queremos atender prendem-se sobretudo com este último aspeto. Especificamente a respeito deste princípio cf., entre nós, RAMOS, Vânia Costa, *Corpus Iuris 2000 - Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte I)*, “Revista do Ministério Público”, 108, 2006, pp.125-49, e RAMOS, Vânia Costa, *Corpus Iuris 2000 - Imposição do arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte II)*, “Revista do Ministério Público”, 109, 2007, pp. 57-96; SÁ, Liliana da Silva, *O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação*, “Revista do Ministério Público”, 107, 2006, pp.121-63; DIAS, Augusto Silva/ RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009; ou COSTA, Joana, *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, “Revista do Ministério Público”, 128, 2011, pp. 117-83.

³ Na doutrina portuguesa, cf., por todos, COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 120 e ss.; RAMOS, Vânia Costa, *Corpus Iuris 2000 - Imposição do arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte II)*, “Revista do Ministério Público”, 109, 2007, pp. 58 e ss.; DIAS, António Silva/RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Cit., pp. 14 e ss.; e SÁ, Liliana da Silva, *O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação*, “Revista do Ministério Público”, 107, 2006, pp. 132 e ss. No que respeita à jurisprudência, veja-se a posição assumida pelo Tribunal Constitucional, nomeadamente, nos acórdãos n.º 304/2004, 181/2005, 155/2007 e 240/2013.

⁴ Para além das referências até aqui elencadas, cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 811-814, 892-893 e 963-964, com profusas referências à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, onde se cimentou e densificou o direito a um processo equitativo (sendo que o direito ao silêncio surge como uma concretização de uma das exigências deste processo: a igualdade de armas).

prova⁵. Afirmá-lo, todavia, não nos permite de modo algum concluir que a sua aplicação esteja isenta de dificuldades ou não continue a suscitar hoje – se calhar até particularmente – delicados problemas quotidianos. Na verdade, para lá das questões relacionadas quer com o âmbito de validade normativa do princípio (vale o direito à não autoincriminação apenas para o processo penal ou para todo o direito sancionatório⁶), quer com o seu âmbito de validade temporal (exigir-se-á, para a invocação consequente deste direito a prévia constituição como arguido ou ele poderá ser utilizado mesmo antes desse momento processual⁷), as questões em torno do seu âmbito material de aplicação continuam hoje a ser alvo de vivo debate, sobretudo face às novas realidades que se impõem à investigação criminal dos nossos dias.

2. O direito à não autoincriminação e o direito ao silêncio: compreensão histórica e incongruências contemporâneas

Na impossibilidade de ponderar nesta sede todos estes pontos, é sobre este último que especificamente nos debruçaremos – salientando, todavia, a sua interseção com os outros em grande número de matérias. Na verdade, a pergunta central da reflexão que pretendemos aqui empreender não pode deixar de ser a seguinte: afinal, o que é o direito à não autoincriminação? Ou seja: que realidades abarca? Qual é o conteúdo material de um direito como este, que assim se afirma decorrência dos princípios constitucionais, e em que atos concretos poderá ele materializar-se?

A questão é tudo menos pacífica. Se é certo que o *nemo tenetur* está, para todos, relacionado com ideia de respeitar a vontade do acusado e de o proteger contra o exercício impróprio de poderes coercivos pelas autoridades⁸ – no sentido de que ninguém pode ser obrigado a contribuir para estabelecer a sua própria culpabilidade –, a sua concreta densificação deixa em aberto muitas dú-

⁵ Este o sentido último da não autoincriminação, verdadeira pedra de toque do processo acusatório, como nos explica COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 122.

⁶ Ver, a este propósito, DIAS, Augusto Silva/ RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Cit., pp. 22 e ss. e, mais detidamente, pp. 67 e ss.

⁷ Cf. a reflexão de COSTA, Joana, *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, “Revista do Ministério Público”, 128, 2011, pp. 119 e ss., com referência à evolução da jurisprudência do TEDH.

⁸ Como nos diz, por exemplo, COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Cit., p. 121; e igualmente COSTA, Joana, *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem... Cit.*, p. 118.

vidas. Historicamente, como bem se sabe, este direito foi, sobretudo, entendido na sua vertente de direito ao silêncio, tendo essa dimensão encontrado assento em muitos instrumentos, tanto nacionais como internacionais. Veja-se, a título de exemplo, o que sucede com o n.º 1 do art. 11.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (onde, em boa verdade, se fala apenas de presunção de inocência e garantias de defesa, embora se entenda que dela decorre o direito ao silêncio), com a al. g) do n.º 3 do art. 14.º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (que assegura que qualquer pessoa acusada de infração penal terá direito, pelo menos, a não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada), com o n.º 2 do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (que se centra, em particular, no princípio da presunção de inocência do arguido) ou com o art. 48.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (que igualmente assegura o princípio da presunção de inocência e a garantia dos direitos de defesa).

Internamente, como dissemos já, a Constituição não faz específica referência nem ao privilégio de não autoincriminação nem ao direito ao silêncio, bastando-se – como a maioria dos instrumentos internacionais referidos – pela menção expressa, no art. 32.º, da garantia dos direitos de defesa e do princípio da presunção de inocência. Ao nível infraconstitucional, contudo, o direito ao silêncio está consagrado entre nós desde o Decreto de 28 de dezembro de 1910, que ditou que nenhum réu em processo penal poderia ser obrigado a responder em audiência de julgamento, com exceção das perguntas relativas à sua identidade⁹. Existiu, portanto, este direito ao silêncio, com consagração expressa, no Código de Processo Penal de 1929, que vigorou durante todo o período da ditadura salazarista, mas sem que o direito em causa fosse efetivamente aplicado, pois que era esvaziado, designadamente, pela possibilidade de utilização de uma confissão prévia¹⁰, mesmo que esta tivesse sido obtida com comprometimento de outros direitos fundamentais, como a própria liberdade.

Só, pois, o CPP de 1987 veio trazer real efetividade a este direito, consagrando-o como direito essencial do arguido, no art. 61.º, n.º 1, al. d) – bem como, em harmonia com este preceito, nos arts. 132.º, n.º 2; 141.º, n.º 1, a) e 343.º, n.º 1) –, e juntando-lhe uma série de decorrências que lhe vieram atribuir relevo prático: como a interdição da valoração negativa do silêncio (art. 343.º, n.º 1); a consagração de proibições de prova que impedem a utilização de provas obtidas com violação daquele direito (art. 126.º); a proibição, entretanto mitigada, de

⁹ Como sublinham DIAS, Augusto Silva/RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Cit., pp. 9 e ss., já muito antes disso, Pascoal de Melo Freire havia defendido, no Projeto de Código Criminal de 1789, o reconhecimento do direito ao silêncio do acusado, indo mesmo buscar a sua fundamentação às Ordenações Filipinas.

¹⁰ *Idem, ibidem*.

utilização das declarações anteriores do arguido que se remete ao silêncio em audiência (art. 357.º do CPP); e o dever (geral) de fundamentação das decisões judiciais (art. 374.º).

O direito à não autoincriminação, porém, tem uma outra vertente frequentemente esquecida ou apresentada em segundo plano, que muitos assumem como consequência do direito ao silêncio, mas que, para nós – como veremos –, tem plena existência autónoma (a justificar, porventura, como aventaremos, uma proposta de releitura do direito em causa): aquilo a que chamamos direito à não autoincriminação em sentido estrito, e que está relacionado não com as declarações do arguido, propriamente ditas, e correspondente direito de as não fazer, mas com as obrigações de ação ou omissão que podem impender sobre o arguido, de prestar, apresentar, entregar ou sujeitar-se à obtenção de determinados elementos probatórios. Estão aqui em causa, em especial, situações em que o uso de poderes coercivos visa a obtenção de informação através da entrega de documentos pelo acusado, bem como situações em que o uso desses poderes se relaciona, antes, com a obtenção de material corpóreo do acusado para análise¹¹.

Um e outro problema, que de *per si* são já suficientemente complexos, agudizam-se mais ainda quando cruzamos o âmbito material de aplicação deste princípio com o seu âmbito normativo (e mesmo com o temporal) e questionamos, por exemplo, a validade num processo criminal de uma prova obtida em procedimento de inspeção tributária por força do dever de colaboração do contribuinte e àquele comunicada: em certo procedimento de inspeção tributária é exigido ao contribuinte que preste um determinado esclarecimento ou entregue certo documento, ao abrigo do consagrado dever de cooperação; este não tem, por regra, o direito de recusar tal colaboração, sendo o respetivo incumprimento ilegítimo e juridicamente sancionável (seja através de sanções contraordenacionais, seja através da responsabilidade por juro compensatórios, seja mesmo através de sanções penais)¹²; à luz dessa imposição legal, o contribuinte cumpre com a obrigação acessória em causa, prestando o esclarecimento ou entregando o documento exigido, que a AT vai depois utilizar para instruir um processo sancionatório, eventualmente de natureza criminal.

¹¹ Seguindo a classificação feita por COSTA, Joana, *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, “Revista do Ministério Público”, 128, 2011, pp. 117-83.

¹² Cf., a este propósito, SÁ, Líliliana da Silva, *O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação*, “Revista do Ministério Público”, 107, 2006, pp.121-63; e BRANDÃO, Nuno, *Colaboração com as Autoridades Reguladoras e Dignidade Penal*, “Revista Portuguesa de Ciência Criminal”, 1, 2014, pp. 29-55. Ver, ainda, MARQUES, Paulo, *A inspeção tributária, os métodos indirectos e a prova no processo penal*, “Revista do Ministério Público”, 141, 2015, pp.105-35; e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de/ COSTA ANDRADE, Manuel de, “Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas”, in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009, pp.11-56.

Estamos, portanto, como facilmente se compreende, perante um problema que se manifesta em diversas frentes: em primeiro lugar, naturalmente, a de saber se assiste ao cidadão, ao contribuinte no caso, o direito à não autoincriminação fora do processo criminal (ou antes dele); depois, e para nós aqui sobretudo, a de compreender que solução dar à questão da intercomunicabilidade probatória, da comunicação de elementos obtidos fora do processo penal a este processo.

3. A não autoincriminação dos países lusófonos

À semelhança do que sucede no ordenamento jurídico português, o direito à não autoincriminação não aparece consagrado enquanto tal (nem na sua vertente de direito ao silêncio, nem na de direito à não autoincriminação, em sentido estrito) na generalidade das Constituições dos países lusófonos: na Constituição da República de Angola estabelece-se, no art. 67.º, o princípio da presunção de inocência e as garantias de defesa; sensivelmente o mesmo que se fixa no art. 34.º da Constituição de Cabo Verde; e bem assim no art. 42.º do Texto Fundamental Guiné Bissau; quanto à Constituição da República de Moçambique, por sua vez, estes mesmos princípios estão vertidos no n.º 2 do art. 59.º e no art. 65.º; podendo igualmente ser encontrados no art. 40.º da Constituição de São Tomé e Príncipe e no art. 34.º da Lei Fundamental de Timor Leste. Idêntica previsão consta, ainda, da 2.ª parte do art. 29.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, reconhecendo a presunção de inocência daquele que seja alvo de um processo criminal. Apenas, tanto quanto nos é dado saber, a Constituição da República Federativa do Brasil vai um pouco mais longe e, para além da consagração deste princípio da presunção de inocência (constante no art. 5.º, inciso LVII), prevê expressamente o direito ao silêncio, ao estabelecer no inciso LXIII daquele artigo que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, [sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado]”.

Já quanto às normas processuais penais dos distintos países em causa – que, *brevitatis causa*, não podemos aqui analisar – vão bastante mais longe nesta matéria, quase sempre, porém, apenas se cingindo também ao direito ao silêncio e não adentrando nos demais planos da autoincriminação.

4. Aprofundamento do problema: os atos de colaboração do arguido à luz do *nemo tenetur*

Assim balizado, a traços necessariamente largos, o conteúdo do problema que hoje pretendemos trazer a discussão, adentremos nas hipóteses de solu-

ção. Naquelas que têm sido apresentadas pela doutrina e pela jurisprudência e naquelas que, quanto a nós, talvez devam ser equacionadas.

Podemos verificar, na verdade, que há uma convergência significativa de posições quanto à consideração do direito ao silêncio como núcleo fundamental da não autoincriminação. Entende-se generalizadamente, quer entre a doutrina, quer junto dos tribunais, que o *nemo tenetur* parte centralmente da garantia da possibilidade de o arguido não falar, não podendo ser prejudicado por isso, sendo esse o âmago do direito em causa e, nessa exata medida, aquele que pode sofrer menos limitações¹³. As demais refrações do princípio, nomeadamente aquelas que aqui salientámos no que respeita aos diversos deveres de colaboração do arguido, às obrigações de prestar ou de se sujeitar a, essas – porque mais distantes daquele núcleo – são usualmente consideradas como mais brandas, menos importantes e, nessa medida, suscetíveis de menor proteção por parte do direito.

Na verdade, se se compreende com facilidade que não pode pura e simplesmente impedir-se todo e qualquer meio de obtenção de prova que conte com a participação do arguido (ainda que passiva e involuntária, como, por exemplo, nos casos de sujeição a exames), uma vez que isso tornaria verdadeiramente inexequível muita da atividade de recolha de prova levada a cabo num processo criminal, parece-nos, contudo, muito duvidoso sustentar, sem mais, que no caso dos atos de colaboração a autoincriminação não está em causa ou recebe uma proteção inferior. Efetivamente, concordando-se ou não com a distinção proposta, por exemplo, pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (e também diversa jurisprudência nacional)¹⁴, que trata diferentemente os casos em que a obtenção dos elementos resulta do exercício de poderes compulsivos independente da vontade do suspeito daqueles em que um tal exercício manipula ou força essa vontade, não podemos escamotear que estão aqui em causa um conjunto de realidades que suscitem óbices sérios à compreensão do direito fundamental à não autoincriminação.

Deixando de lado as hipóteses dos exames e das perícias¹⁵ (não por ser, a nossa ver, hipótese resolvida, mas antes por justificar outro tipo de ponderação), sempre teremos de perguntar-nos como poderá sustentar-se, por exemplo, que

¹³ Cf., nomeadamente, as referências bibliográficas e jurisprudenciais que apontámos *supra* na nota 3.

¹⁴ Ver, com profusas referências jurisprudenciais, COSTA, Joana, *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, “Revista do Ministério Público”, 128, 2011, pp. 117-83; e DIAS, Augusto Silva/RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Cit., pp. 22 e ss.

¹⁵ Cf., por todos, COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Cit., pp. 127 e ss.

o dever de certo cidadão de entregar um documento à AT que servirá de base (e de prova quase cabal), depois, a um processo-crime não bole com o privilégio de não autoincriminação, não põe em causa o *nemo tenetur*. Ou, noutra perspetiva, qual a razão pela qual poderá, por exemplo, uma entidade supervisora de determinada área económica exigir a uma pessoa ou a uma empresa que preste uma declaração ou faça um esclarecimento, podendo, com base nesses elementos, instruir um processo sancionatório, aplicar-lhe uma coima e respetivas sanções acessórias e, ainda, comunicar ao Ministério Público a notícia de um eventual crime, acompanhada destes elementos.

Que se sustente que nestas hipóteses não tem lugar a aplicação do princípio da não autoincriminação por não estar em causa, em sentido exato, um processo criminal e, portanto, um arguido¹⁶, parece-nos simultaneamente inaceitável e, em boa verdade, insuscetível de resolver o problema em causa. Inaceitável face à atual compreensão do princípio, que inquestionavelmente abarca quer o clássico direito ao silêncio, quer outros atos de autoinculpação, sob pena de se recusar a si próprio e de incumprir a finalidade à luz da qual foi erigido. Insuscetível de resolver o problema na medida em que ignora a realidade atual e o alargamento das funções investigatórias que hoje se dá, mesmo das declaradamente criminais, com a atribuição de poderes de investigação criminal a uma plêiade cada vez mais alargada de autoridades, muitas delas essencialmente administrativas e que, nas suas áreas de atuação específicas, desempenham igualmente a função de órgãos de investigação criminal. O que, necessariamente, há de exigir uma recolocação do problema, sob pena de deixar completamente desprotegidos os cidadãos sujeitos, cada vez mais, a uma antecipação do tempo da intervenção penal.

Se não é possível recusá-lo, todavia, a sua concreta configuração não está isenta de sérias dificuldades. A este propósito, mais do analisar aqui as especificidades de cada uma das situações práticas que podem equacionar-se, importamos deixar uma reflexão que nos tem ocupado e que, segundo julgamos, poderá reperspetivar esta questão do direito à não autoincriminação.

5. Conclusão

Na verdade, afigura-se-nos que o problema passa, nuclearmente, pela aceitação quase indiscutida de que o âmago essencial da não autoincriminação é o direito ao silêncio, constituindo as suas outras refrações manifestações mais

¹⁶ A propósito desta questão, embora em sentido não inteiramente convergente com o nosso, cf. as reflexões de FIGUEIREDO DIAS, Jorge de/ COSTA ANDRADE, Manuel da, “Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas”, in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Cit., pp. 36 e ss.

ou menos longínquas – e, por isso, limitadas e menos relevantes – daquele princípio. Se historicamente uma tal afirmação faz sentido, quer pela emancipação do arguido como sujeito processual e não mais como objeto de prova, quer pela importância que, durante muito tempo, desempenhou a prova “falada”, a narração dos factos – e, em particular, a confissão –, a verdade é que nos parece imperiosa uma configuração moderna do direito em causa.

Face à importância relativa crescente de outros meios de prova, sobretudo aqueles que assentam em juízos técnicos realizados sobre prova documental e em perícias científicas, face à atual multiplicação das instâncias de regulação, supervisão e controlo, com o alargamento quase impensável das suas competências e a atribuição de poderes “quasi-penais”¹⁷, face, ainda, ao esvaziamento a que se vem assistindo do próprio direito ao silêncio – entre nós patente, por exemplo, na agora permitida valoração das declarações prévias de arguido prestadas perante autoridade judiciária –, parece-nos que a chave para a compreensão do problema há de passar por uma recentralização da não autoincriminação, uma renovada perceção do princípio *nemo tenetur*, que releve em particular aqueles que são hoje os seus principais perigos. E estes, na verdade, muito embora não se pretenda negligenciar a importância do direito ao silêncio – considerado verdadeiro *acquis* do direito processual penal acusatório –, estão sobretudo localizados no conjunto cada vez mais amplo de meios de prova que pode ser realizado *sobre o arguido*, independentemente da sua vontade ou mesmo contra ela, desconsiderando-a totalmente.

Parecerá pouco, porventura. Mas não é assim. Enfrentamos, na verdade o sério risco de, nestas nossas modernas sociedades democráticas, estarmos a transformar os direitos de defesa em mera afirmação formal e, repetindo o passado, *coisificarmos* o ser humano, relegando-o, de novo, a mero objeto do processo penal.

A menos que acabemos todos a dizer, com Carlos Drummond de Andrade¹⁸,

*Por me ostentar assim, tão orgulhoso
de ser não eu, mas artigo industrial,
peço que meu nome retifiquem.
Já não me convém o título de homem.
Meu nome novo é coisa.
Eu sou a coisa, coisamente.*

¹⁷ A este propósito cf. as críticas que deixámos em LOUREIRO, Flávia Novera, *Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, (tese de doutoramento), Braga, Universidade do Minho, 2014, pp. 255 e ss.

¹⁸ Carlos Drummond de Andrade, *Eu, Etiqueta*, 1984.

OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS E PROCESSO PENAL ANGOLANO

Francisco Manuel Gina

Mestre em Ciências Económicas, Évora;

Docente Assistente da Faculdade de Ciências Sociais -UAN

1. Introdução

O presente trabalho consiste na análise dos princípios estruturantes do processo penal português e do processo penal angolano, é uma análise dedicada às reflexões sobre o Novo Código de Processo Penal (CPP)¹ e à reforma do processo penal de ambos os países, trata-se de um documento que altera um terço dos artigos do código penal. A minha análise do CPP e anteprojeto vai ser feita à luz dos princípios estruturantes constitucionalmente fundados do processo penal português e angolano. Farei também algumas considerações de índole prospetiva. A luz dos referidos princípios, os principais problemas colocados pelo Código Processo Penal, Os princípios relativos à forma que analisaremos no estudo comparado em Direito Processual Penal Português e o Angolano são: o princípio da publicidade do processo, princípio da oralidade e o princípio da imediação. Portanto, o tema em si, remete-nos, a análise de conteúdos e métodos de ensino do Direito. Quando mais fundo se vai, tanto mais obscuro é o buraco e o terreno. O primeiro obstáculo que se nos depara é o senso comum. Pretende-se refutar as assunções simplistas e sem fundamentos, erigindo, no seu lugar, um discurso sustentado por argumentos e dados aproximados da realidade. Nunca é uma tarefa fácil, como se pode pensar. O segundo grande obstáculo com o qual me confronto e que me preocupa é contornar, expondo as minhas incoerências

¹ PORTUGAL, *Código de Processo Penal*, 3ª Edição, Almedina, 2015

e fragilidades é o discurso jurisprudencial do poder político oficial e as análises nelas baseadas, que forjam um cenário que diverge da realidade do país e das vivências quotidianas das suas gentes do cerne da questão do direito.

Por força do impulso da associação, que marca de maneira tão profunda o destino dos homens, o que encontramos na história e na pré-história da humanidade são grupos humanos e não indivíduos isolados, e dentro desses grupos, desde logo, normas de comportamento social. Grupos que se formam natural e precocemente e conjunto de normas de limitação das atividades de cada *socius*, dos seus interesses e apetite, no sentido de paz social. A esse conjunto normativo se poderia dar por extensão o nome de Direito, segundo a velha fórmula *ubi societas ibi jus*, embora não apresente as notas essenciais que a ciência moderna atribui ao jurídico e seja ainda um complexo indiferenciado, no qual só mais tarde irão definir-se, como corpos distintos, a Moral, o Direito, a Religião, apoiadas todas essas normas, de caráter costumeiro, anónimas, criadas e crescidas por impulso espontâneo da consciência coletiva, na religião e na magia. Por essas normas, ajusta-se a conduta dos *socii* a um padrão comum, o padrão que convém à unidade e coesão do grupo. Com intuito de contextualizar a reflexão, parte-se da análise dos movimentos repressivos penais, para em seguida, conferir ênfase ao tratamento penal atualmente dispensado aos interesses difusos, identificando a política criminal da panpenalização, no sentido de criminalizar qualquer prática antes de se verificar sua adequação e efetividade. Em termos dogmáticos substantivos verificou-se a publicação de diversos estudos e trabalhos que, com notável rigor científico, se têm ocupando do tratamento de tais temas². Sintomaticamente, não temos observado idêntico interesse ou investimento doutrinal no que toca a uma análise das implicações e corolários adjetivos dessa realidade jurídico – material e formal.

Objetivos: compreender os fundamentos teóricos e dogmáticos do Direito Processual Penal português e o Angolano, bem assim, a análise pormenorizada do direito positivo processual penal português. Desenvolver os princípios estruturantes do processo penal português e angolano.

Resultados: compreensão dos fundamentos teóricos dogmáticos dos Direitos fundamentais e da constituição.

2. Os princípios relativos à forma

Discutiu-se a efetiva finalidade do Direito Penal, demonstrando se ineficaz e exagerado o tratamento dessas espécies de crimes. Caso haja declaração

² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal – parte geral, T. I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 279-286 e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Temas básicos da Doutrina penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 178-179.

de inimizabilidade e ao arguido seja aplicada uma medida de segurança, nos termos do n.º 2 do artigo 91.º do Código Penal. No Código Penal da República de Angola a medida de segurança é aplicada aos delinquentes menores de 21 anos e maiores de 16 cumprirão as penas ou medidas de segurança privativas de liberdade, com o fim especial de educação, em prisão – escola ou em estabelecimento prisional comum, mas neste caso separados dos demais delinquentes. As medidas de segurança, nos termos do n.º 2 do artigo 70.º, da Constituição da República Angolana (CRA)³, Quando, nos termos dos n.ºs 1, 4 e 5 do artigo 86º, o processo se torna público, as pessoas mencionadas no número 1, podem requerer à autoridade judiciária competente o exame gratuito dos autos fora da secretaria, devendo o despacho que o autorizar fixar o prazo para o efeito.⁴ Deste modo, os códigos penais estabelecem uma parte geral (a chamada teoria da infração penal), onde são regulamentados os aspetos comuns a todas as espécies de crimes, a par de uma parte especial, onde são discriminados os diferentes tipos legais de crimes (burla, dano, falsificação, etc.)⁵. No código penal português, diz respeito desde logo ao surgimento da lei penal como aspeto central da incriminação de condutas socialmente relevantes (princípio da legalidade). Contende igualmente com problemas de aplicação no tempo e espaço da mesma lei. Ainda da justificação material do próprio direito penal tal como é desenhado no Código Angolano. O seu desenvolvimento implica a consideração de elementos considerados essenciais para a caracterização do crime como tal: tipicidade, ilicitude, culpa. Ainda formas parciais de crimes, pluralidade de agentes de um mesmo crime, pluralidade de crimes⁶.

2.1. O princípio da publicidade do processo

A regra da publicidade interna do inquérito viola frontalmente a estrutura acusatória do processo. Para a Constituição da República Portuguesa, a regra é a inversa. Nos termos do artigo 32º, n.º 5, “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”. Portanto, o contraditório só se realiza plenamente se houver publicidade interna e o objetivo da publicidade interna é o de permitir o contraditório pleno sobre a prova dos autos. Em

³ ANGOLA, *Constituição da Republica Angolana*, 2010.

⁴ *Código Processo Penal*, Cit., pp. 55 e 56.

⁵ Artigos, 54.º, 70.º, 71.º e 73.º capítulo I, do título II (Das penas e seus efeitos e das medidas de segurança) do Código Penal República de Angola. ANGOLA, *Código Penal República de Angola*, Escolar editora, 2010, pp. 22-32.

⁶ Artigos, 501.º, 506.º e 508.º do capítulo II, Título IV (Da execução das medidas de segurança) do *Código de processo penal*, Cit., pp. 217-2018.

todo caso, só há contraditório e publicidade interna no julgamento e nos atos instrutórios que a lei determinar⁷. Segundo a constituição consultada, a lei não tem que determinar os atos instrutórios que não estão subordinados ao princípio do contraditório (e a publicidade interna), mais antes o inverso. A lei tem que determinar quais os atos durante a fase preparatória do processo que estão subordinados ao princípio do contraditório e a publicidade interna. Portanto, a regra da constituição da República é a do segredo interno da justiça na fase preparatória do processo e a exceção, a determinar pela lei, é a da publicidade interna. Segundo Paulo Pinto de Albuquerque⁸ citando Figueiredo Dias, Anabela Rodrigues, continua a ser a *mens legis* do texto constitucional hoje e só por via de revisão constitucional se pode afastar o sentido claro dos termos da letra da lei constitucional. A forma como a Constituição da República quer ver estruturado o processo penal, Angolano, como um processo de estrutura acusatória do processo supõe uma fase de investigação, secreta, sem contraditório, dominada pelo Ministério Público e uma fase de julgamento, público, com contraditório, dominada pelo juiz e uma separação funcional e orgânica entre estas duas fases⁹ mas a Constituição da República Portuguesa, a estrutura acusatória do processo supõe uma fase de investigação, secreta, sem contraditório, dominada pelo Ministério Público. Tal como, na de Angola, portanto,¹⁰ recorrendo a Figueiredo Dias¹¹ “O arguido e o seu advogado têm o direito de ser informados, o mais cabalmente possível, dos fatos que são imputados e dos fortes indícios que sobre ele pesam. Mas se disse já, e procurei justificar, a minha opinião de que durante o inquérito o segredo de justiça deve persistir, só posso reafirmar que não tem direito à consulta do processo. Qualquer outra solução implicaria uma alteração da estrutura básica do processo penal português que, já disse, não poderá contar com a minha concordância”. O novo Código de Processo Penal vem baralhar as fases de investigação e de julgamento, antecipando a publicidade e o contraditório para a fase de investigação, convertendo no fundo, o inquérito num julgamento antecipado. A separação funcional e orgânica típica da estrutura acusatória do processo penal português está posta em causa. Em conclusão, o artigo 89º, nº 1, do CPP, é inconstitucional, contrariando os artigos 2º e 32º, nº 5, da Constitui-

⁷ Crf. art. 32.º (Garantias de processo criminal) da Constituição da República Portuguesa. PORTUGAL, *Constituição da República Portuguesa*, 2.ª edição, Almedina, 2015, p. 19.

⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *A reforma da justiça criminal em Portugal e na Europa*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 698 à 700.

⁹ Capitulo IV, Seção III, artigos 177º e o 186º da Constituição da República Angolana.

¹⁰ Crf. Acórdãos do TC nº. 7/87, nº 23/90, e nº 581/2000, 22 de Março de 2001 Série II, páginas 5156 a 5161.

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal – parte geral*, T. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 279-286 e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Temas básicos da Doutrina penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 178-179.

ção da República Portuguesa, na medida em que requer no inquérito a regra da publicidade interna. O artigo 89º, nº 1, do CPP, coloca, o JIC como instância de controlo definitivo da decisão do Ministério Público sobre o segredo interno do inquérito. A estrutura acusatória do processo assenta na direção do inquérito pelo Ministério Público e o poder agora conferido ao JIC contende gravemente com aquela direção, podendo mesmo esvaziar de conteúdo esse poder. Se o JIC decide contra a opinião do Ministério Público que a publicidade interna não prejudica o inquérito, então o JIC é o verdadeiro senhor do inquérito. O novo código processo penal artigo 86º, nº 1 e 2. O processo penal é, sob pena de nulidade, público, ressalvadas as exceções previstas na lei. A Constituição também não admite semelhante desproteção das vítimas, cujos direitos ficam entregues a um juízo definitivo do juiz de primeira instância. A irrecorribilidade do despacho do juiz de instrução viola o direito de proteção das vítimas inerente ao Estado de Direito e os seus direitos de acesso aos tribunais e de participação no processo penal (artigos 2º, 20º, nº 1, e 32º, nº 7, da CRP). A Constituição da República de Angola de 2010, (artigos 2º, 29º, nº 1, e 67º, nº 6, da CRA). Também não admite desproteção das vítimas. O arguido ou preso tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os atos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória. Portanto, pelo exposto, o artigo 89º, nº 2, do CPP, é inconstitucional, por violar os artigos 2º, 20º, nº 1, e 32º, nº 5 e 7, CRP, e os artigos 2º, 29º, nº 1, e 67º nº 6, da CRA, na parte em que confere ao juiz o poder de decidir oficiosamente e por despacho irrecorrível a publicidade interna do inquérito contra a vontade do Ministério Público.

O artigo 141º, nº 4, do CPP, prevê que o juiz informe o arguido, no primeiro interrogatório de arguido detido, dos elementos do processo que indiciam os fatos imputados, sempre que a comunicação não puser em causa a investigação, dificultar a descoberta da verdade ou criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime. O CPP, artigo 194º, nº 1 e 4, prevê que o juiz deve fundamentar o despacho que aplica medida de coação ou de garantia patrimonial com a enunciação dos elementos do processo que indiciam os fatos imputados, sempre que a sua comunicação não puser gravemente em causa a investigação. Assim, o CPP estabelece os critérios materiais segundo os quais o juiz deve tomar a decisão sobre a comunicação dos elementos do processo durante o primeiro interrogatório de arguido detido. A formulação destes critérios, por um lado, vai além do que a Constituição da República autoriza e, por outro, fica aquém do que a Constituição da República exige. O acusador pretende a condenação do arguido. O arguido pretende afastar essa mesma condenação¹². No direito processual

¹² Artigo 53.º do CPP. *Código de Processo Penal*, Cit., p. 40.

penal português não se pode falar em partes processuais no processo penal. O processo penal português é um processo sem partes. É basicamente um processo penal acusatório mas integrado por um princípio de investigação. Portanto, é esta característica do processo penal, de se dar ao Tribunal a possibilidade de, independentemente do concurso das partes em julgamento, de investigar os fatos constantes de acusação e de valorar a prova adquirida e introduzida em julgamento, que confere ao processo penal a estrutura de um processo sem partes. Quais são os princípios gerais do processo penal relativos à forma? Os elementos formais do ato processual são o princípio da oralidade, o da imediação e o da publicidade. Os requisitos de carácter instrumental exigidos por lei para que se produzam os seus efeitos jurídicos e em geral, a sua própria admissibilidade. O processo penal português teve sempre uma matriz estrutural essencialmente antropocêntrica. Curiosamente outra perspectiva é possível dizer que as coisas estão a mudar referindo – se à substituição, em medida progressivamente mais ampla e até ao limite do possível de uma justiça penal crassamente punitiva por uma justiça penal restaurativa. A justiça restaurativa e a mediação podem relevar de racionalidades muito diferentes ou antagónicas¹³. Uma orientação ética, em que estão presentes as marcas da teoria da comunicação de Habermas. Deste ponto de vista recupera-se a dimensão axiológica posta entre parêntesis pelo positivismo, obcecado pelo cientismo mítico dos factos, puros e purificados de valorações¹⁴. O princípio da publicidade – significa que as audiências dos tribunais são públicas¹⁵, que o público pode assistir à realização dos atos processuais, que estes podem ser narrados ou reproduzidos pelos meios de comunicação social e que os autos podem ser consultados e obtidos cópias e certidões deles. Artigo 86º, nº 9, a alínea a), do CPP. O artigo 386º, nº 1, do CPP, apresenta um novo paradigma do princípio da publicidade, portanto, a publicidade do processo e segredo de justiça, o processo penal é, sob pena de nulidade, publico, a partir da decisão instrutória ou, se a instrução não tiver lugar, do momento em que já não pode ser requerida. O processo é público a partir do recebimento do requerimento a que se refere o artigo 287º, nº 1, a alínea a), se a instrução for requerida apenas pelo arguido e este, no requerimento, não declarar que se opõe à publicidade. Os atos processuais estão ao alcance de qualquer pessoa, são públicos. São tão importantes que seria inconveniente que fossem praticados em sigilo. Publicidade ampla – todas as pessoas podem ter acesso aos atos processuais. Publicidade

¹³ AGRA, Cândido da, *La revolution scientifique de la criminologie contemporaine. Victime 'et securité deux analyseurs épistémiques*, in “CONFERENCE DE CONSENSUS SUR LA PREVENTION DE LA RECIDIVE”, disponível em http://conferenceconsensus.justice.gouv.fr/wpcontent/uploads/2013/01/contrib_c_de_agra.pdf.

¹⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda, “A propósito da introdução do regime de mediação no processo penal”, “Revista Ministério Público” nº 105, ano 27, janeiro/março de 2006, p. 130.

¹⁵ Artigo 206º (Audiências dos tribunais) da Constituição da República Portuguesa.

restrita – apenas determinado número de pessoas tem acesso aos atos processuais. No direito processual penal existem as duas formas de publicidade. Artigo 86º, nº 1, 4 e 5, do CPP. O princípio da oralidade dos atos, esta definida por lei no artigo 96º, nº 1, do CPP. Significa que só as provas produzidas ou discutidas oralmente na audiência de julgamento podem servir de fundamento à decisão. A conjugação dialética de dados fornecidos oralmente como prova declarativa em depoimentos prestados em audiência de julgamento resulta da fundamentação de facto e de direito, artigo 412º nº 1-6, do CPP. A oralidade é um dos procedimentos dos tribunais para a descoberta da verdade a boa decisão da causa pelo juiz, este princípio é fundamental no sentido de que permite a gravação da voz como provas ao constante na ata, nos termos do artigo 364º, o nº 2, do CPP, fato que pode motivar erros de correção das conclusões do conteúdo incorretamente julgado e das provas produzidas oralmente na audiência.

2.2. Princípio da oralidade

Portanto, o princípio da oralidade é hoje um dos progressos estáveis na história do direito processual penal, na realidade o processo penal submetido ao princípio da escrita mostra falta de flexibilidade até a enormes possibilidades de erros que torna impossível avaliar a credibilidade das declarações prestadas pelos particulares processuais. Portanto, a convicção do juiz é formada de conjunturas axiológica de dados objetivos fornecidos por depoimentos e outras certezas, das lacunas, constrangimentos, conflitos e inflexões de voz alterando o comportamento da linguagem ali transparente fundamentada na sua livre convicção baseada nas declarações prestadas para uma solução possível, não sendo está alteada pelo juiz em julgado e pelo tribunal de recurso. A lei determina que “certos atos processuais devam ser praticados oralmente”, em presença do Juiz.

2.3. Princípio da imediação

O princípio da imediação – significa que a decisão jurisdicional só pode ser proferida por quem tenha assistido à produção das provas e à discussão da causa pela acusação e pela defesa. Na apreciação das provas se deve dar preferência aos meios de prova que se encontrem em relação mais direta com os fatos pro-bandos. A decisão jurisdicional deve ser feita o mais brevemente possível, logo que finda a audiência de julgamento. A identidade da pessoa física do juiz, o magistrado deve acompanhar o feito do início até deu final, de modo que se preserve o equilíbrio, tendo em vista que o juiz é a pessoa indicada a decidir, portanto, cabe a ele julgar a ação. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias, tendem a evitar divergências do processo.

3. Princípios comparatística

Relativamente à oralidade, o sistema processual angolano, adota o procedimento a nova ordem política angolana (NOPA) o anteprojeto do código penal, na parte geral adota a nova realidade constitucional na República de Angola 2010. Sobre uma opção jurídica política de compreensão das ciências jurídicas criminais. A justiça restaurativa como consequência jurídica autónoma do crime organizado. Uma conceção preventivo do direito penal é a aplicação do paradigma da mínima intervenção, a pena de prisão nota-se algumas reflexões críticas sobre a omissão imprópria no sistema penal português aspetos do resultado no direito penal, sobre autonomia material da lesão corporal e a morte, a difícil relação entre o nº 1, e o nº 2º do artigo 132º, CP¹⁶. O crime de maus tratos entre cônjuges e a suspensão provisória do processo, da moralidade à liberdade, o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual. O princípio da oralidade relaciona-se com o embasamento na produção de provas nas relações processuais para o convencimento do magistrado em suas decisões. No Código Penal Português, quer no Código Penal Angolano, anteriormente o princípio da oralidade era considerado a regra na relação processual, porém, com o passar do tempo, novas manifestações foram aceites. Atualmente o sistema jurídico angolano adota o procedimento misto nas relações, ou seja, a forma oral e escrita. O artigo 194º, nº 4, do CPP, a aplicação referida no nº 1, é precedida de audição do arguido, ressalvados os casos de impossibilidade devidamente fundamentada, e pode ter lugar no ato de primeiro interrogatório judicial, aplicando-se sempre à audição o disposto no nº 4, do artigo 141º. A fundamentação do despacho que aplica medida de coação ou garantia patrimonial deve revelar esses elementos se a comunicação não puser em causa a investigação. Por outro lado, a comunicação não pode dificultar a descoberta da verdade. Mais uma vez a bitola no início do interrogatório judicial é distinta da bitola no despacho de fundamentação do despacho que aplica medida de coação ou garantia patrimonial, devendo o juiz no interrogatório manter os elementos do processo em segredo se houver uma dificuldade para a descoberta da verdade e devendo no despacho que aplica medida de coação manter os elementos do processo em segredo somente se houver uma impossibilidade para a descoberta da verdade. Portanto, entre o primeiro momento e o segundo momento o arguido pode não ter acesso a certos elementos do processo. A bitola para o juiz determinar a revelação dos elementos do processo no primeiro momento é mais apertada¹⁷.

¹⁶ PORTUGAL, *Código Penal*, 3ª edição académica, Porto Editora, 2013, p. 75.

¹⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, "Os princípios estruturantes do processo penal português – que futuro?" *i Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra, Coimbra editora*, 2009, pp. 424 a 427.

4. Conclusões

Hoje a tendência é cada vez maior e universalizante para a afirmação dos direitos do homem como princípios basilares das sociedades modernas, bem como o reforço da dimensão ética do Estado. O CPRA, assenta na CRA, formalmente condicionado pelas limitações e entorses relevantes, de diversos fatores extrajurídicos. A CRA não deixa de se comprometer com a justiça social, artigos 1º, 76º, 89º, o nº 1, e 90º. Sem deixar de receber influências e de se integrar os sistemas jurídicos lusófonos¹⁸. Deve-se imprimir à justiça o estatuto como garante da consolidação dos valores fundamentais reconhecidos pela comunidade, como corpos distintos, a Moral, o Direito, a Religião, apoiadas todas essas normas, de carácter costumeiro, anónimas, criadas e crescidas por impulso espontâneo da consciência colectiva, na religião e na magia, com especial destaque a dignidade da pessoa humana. Um dos objetivos capitais é a segurança dos cidadãos, a preservação do crime e a recuperação do delinquente como forma de defesa social. Um sistema penal moderno e integrado não se esgota naturalmente na legislação penal. Em todo caso, há que destacar a importância da prevenção criminal nas suas múltiplas vertentes, a operacionalidade e articulação das forças de segurança eliminando os fatores de marginalidade através da promoção da melhoria das condições económicas, sociais e culturais das populações criando mecanismos de integração das minorias. O combate à criminalidade não pode deixar de assentar uma investigação rápida e eficaz e numa resposta atempada dos tribunais. Portanto, mais do que a moldura penal abstratamente da lei é a concretização da sanção que traduz a medida da violação dos valores pressupostos na norma. Finalmente, a execução da pena revela a capacidade dos sistemas com vista a prevenir a prática de novos crimes. Ciente de que ao Estado cumpre construir os mecanismos que garantam a liberdade dos cidadãos, o programa do Governo para a justiça, no capítulo do combate à criminalidade, elegeu como objetivos fundamentais a segurança dos cidadãos, a prevenção e repressão do crime e a recuperação do delinquente como forma de defesa social. A execução da pena revelará a capacidade rés - socializadora do sistema com vista a prevenir a prática de novos crimes. Não sendo o único instrumento de combate à criminalidade, o Código Penal deve constituir o repositório dos valores fundamentais da comunidade Lusófona.

¹⁸ ANGOLA, *Constituição da República de Angola*, 2010.

AS FORÇAS ARMADAS E O ESTADO DE DIREITO

Gen Ex Luís Carlos Gomes Matos
Ministro do Superior Tribunal Militar

1. Introdução

Com mais de 8,5 milhões de quilómetros quadrados de extensão, o Brasil é o quinto maior país do mundo e o maior da América do Sul, possuindo uma grande diversidade cultural e étnica, com população superior a 200 milhões de pessoas. Seu território se estende por cerca de 47% do continente sul-americano, com 15.735 quilómetros de fronteiras terrestres e dez, dos doze países da América do Sul.

A cultura, os costumes e o outro idioma desses dez países, com certeza algum transtorno trás aos operadores do direito nesses locais que apresentam legislação e leis próprias, muitas vezes diferentes das nossas.

Ainda no nosso próprio país, em regiões afastadas dos grandes centros, com baixa densidade demográfica e dificuldade de deslocamento ou comunicação a atuação dos operadores do direito também poderão sofrer algum prejuízo, encontrando sérios óbices.

Da mesma forma, nas últimas décadas, o Brasil tem empenhado suas Forças Armadas em missões de segurança pública ou outras ações subsidiárias, que mesmo previstas na Constituição, não fazem parte da missão precípua de emprego, que é a Defesa da Pátria.

A quantidade de eventos internacionais, como a ECO 92, a visita do Papa, a Copa do Mundo e as Olimpíadas no Rio de Janeiro, também tem levado as Forças Armadas ao emprego em outras missões que não a principal, como já ressaltado.

O incremento de missões como Força de Paz da ONU também tem trazido as Forças Armadas novos condicionamentos de emprego e preocupações próprias no ambiente internacional.

A conjuntura atual vivida indica que tal situação deverá perdurar ainda por algum tempo necessitando as Forças Armadas de possuir a necessária cobertura jurídica para o emprego de seu pessoal nessa gama de missões diversas, mas necessárias para a ordem e a tranquilidade de nosso país.

Assim, nesse artigo pretendemos abordar de maneira bastante sucinta e objetiva o respaldo jurídico para o emprego das Forças Armadas no Estado Democrático de Direito.

2. Desenvolvimento

2.1. Missão das Forças Armadas

“A Constituição da República, em seu artigo 142, trata das Forças Armadas, instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas **com base na hierarquia e na disciplina**, constituídas pela Marinha, Exército e Aeronáutica, **destinados à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer um desses poderes, à garantia da lei e da ordem.**”¹

O respeito aos princípios da Hierarquia e da Disciplina tornou necessária a existência de um ordenamento jurídico particular, com códigos - Código Penal Militar (CPM) e Código de Processo Penal Militar (CPPM)-, leis, regulamentos e estatutos próprios, que se alicerçam nos ditames da Constituição Federal vigente.

2.2. Defesa da Pátria

Do preceito constitucional pode-se inferir que a destinação básica e essencial das Forças Armadas são a Defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais.

A Defesa da Soberania, por sua vez, por constituir missão síntese principal das Forças Armadas, poderá exigir um conjunto de medidas e ações do Estado, com ênfase na expressão militar, diante de ameaças externas. Para debelar essas ameaças, a Constituição dispõe de medidas extraordinárias a serem decretadas, que são:

- Declaração de Guerra e Mobilização Nacional (art. 49/CF - INCISO II e art. 84/CF - INCISO XIX).

¹ Negrito nosso.

A Constituição também prevê ações diante de Ameaças Internas contra o próprio ESTADO:

- Estado de Defesa (art. 136/CF) e Estado de Sítio (art. 137/CF).

2.3. Garantia da Lei e da Ordem (GLO)

Apesar de as ações contra as ameaças internas não constituírem a missão principal das Forças Armadas, o seu emprego na Garantia da Lei e da Ordem é missão ordinária e normal, com respaldo na Constituição Federal de 1988, que, desde sua origem, em seu § 1º do art. 142, já definia que uma Lei Complementar (LC) estabeleceria normas gerais a respeito.

Contudo, somente em 1999, ano de criação do Ministério da Defesa, e passados onze anos da promulgação da Constituição, é que uma Lei Complementar definiu a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas (LC nº 97/1999). Não obstante, mesmo antes dessa lei, as Forças Armadas foram acionadas várias vezes, durante crises de ordem interna entre 1988 e 1999, sob o “guarda-chuva” jurídico do artigo 142 da Constituição Federal.

Somente a partir da Lei Complementar nº 97/1999, a participação das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem (GLO) passa a ser realizada com amparo legal mais adequado e com maior apoio jurídico.

2.4. Aspectos da Lei Complementar nº 117/2004

A necessidade de aperfeiçoar o ordenamento jurídico sobre GLO, foi atendida pela Lei Complementar nº 117/2004, mantendo a Lei Complementar nº 97/1999, somente alterando alguns itens. Uma das referidas alterações se deu no art. 15 da Lei Complementar nº 97/1999. O dispositivo anterior não definia quando estariam esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Esse impasse ficou resolvido na Lei Complementar nº 117/2004, com a alteração do citado artigo, estabelecendo a ativação das Forças Armadas e autorizando o controle operacional dos elementos de Segurança Pública necessários ao desenvolvimento das ações pela autoridade encarregada das operações.

A Lei Complementar nº 117/2004 ainda incluiu o artigo 17 A, que definiu atribuições subsidiárias para o Exército. Entre essas, o inciso IV atribuiu o Poder de Polícia ao Exército na faixa de fronteira de 150 km no interior do território nacional. Essas atribuições foram estendidas à Marinha e à Força Aérea mais tarde, pela Lei Complementar nº 136/2010.

2.5. Aspectos da Lei Complementar nº136/2010

Em 2010, a Lei Complementar nº97/1999 sofreu nova alteração com a Lei Complementar nº 136/2010, que reestruturou o Ministério da Defesa e suas responsabilidades, criando também o Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas.

De acordo com essa lei, foi estendido à Marinha do Brasil e à Força Aérea Brasileira o poder de polícia, que era destinado apenas ao Exército para combater os delitos transfronteiriços e ambientais, preservadas as competências das Polícias Judiciárias.

Para a Aeronáutica, a Lei Complementar n.º136/2010 acrescenta outras atribuições subsidiárias no inciso VII do artigo 18, que determina o controle do tráfego aéreo ilícito, com ênfase no tráfico de drogas, armas, munições e passageiros ilegais, podendo atuar com o poder de polícia necessário.

Porém, a alteração mais significativa foi no § 7º do art. 15, no qual se define que o preparo e o emprego das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem são considerados atividade militar para fins de aplicação do Código Penal Militar.

2.6. Ações Subsidiárias

Em caráter complementar às suas atribuições constitucionais, as Forças Armadas realizam ações subsidiárias que contribuem com o desenvolvimento nacional e a Defesa Civil.

Marinha, Exército e Aeronáutica atuam diretamente junto a diversos segmentos da sociedade, participando da vida da população no apoio a eventos comunitários, ações cívico-sociais, campanhas de saúde pública e no socorro a vítimas de desastres naturais.

Por meio de unidades militares espalhadas por todo o território nacional, as Forças Armadas atuam no suporte logístico-operacional em casos de calamidade, reduzindo o prazo de resposta das autoridades frente às contingências.

Além disso, prestam serviços relativos à fiscalização de produtos controlados, salvaguarda da vida humana, segurança da navegação, controle do espaço aéreo e atividades de busca e salvamento.

Estas atividades Subsidiárias estão amparadas no Capítulo VI, nas Disposições Complementares, da Lei Complementar nº 97/1999.

“Art. 16. Cabe às Forças Armadas, como atribuição subsidiária geral, cooperar com o desenvolvimento nacional e a defesa civil, na forma determinada pelo Presidente da República.”

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, integra as referidas ações de caráter geral a participação em campanhas institucionais de utilidade pública ou de interesse social. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004).

“Art. 16-A. Cabe às Forças Armadas, além de outras ações pertinentes, também como atribuições subsidiárias, preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, atuar, por meio de ações preventivas e repressivas, na faixa de fronteira terrestre, no mar e nas águas interiores, independentemente da posse, da propriedade, da finalidade ou de qualquer gravame que sobre ela recaia, contra delitos transfronteiriços e ambientais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, executando, dentre outras, as ações de: (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010)

- I - patrulhamento;
- II - revista de pessoas, de veículos terrestres, de embarcações e de aeronaves;
- III - prisões em flagrante delito.”

“Parágrafo único. As Forças Armadas, ao zelar pela segurança pessoal das autoridades nacionais e estrangeiras em missões oficiais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, poderão exercer as ações previstas nos incisos II e III deste artigo. (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).”

2.7. A importância do Direito Militar no cumprimento das missões constitucionais

Para regular Instituições tão peculiares e específicas como as Forças Armadas, nada mais adequado do que um conjunto de leis e regulamentos igualmente específicos transformando o Direito Castrense em peça importantíssima no cumprimento das missões constitucionais, tendo desdobramentos de grande relevância para toda sociedade.

Com a normatização das atividades subsidiárias pelas Leis Complementares, observamos um maior respaldo jurídico no emprego das Forças Armadas nas operações de GLO.

O emprego em calamidade pública, na distribuição de água no nordeste brasileiro (Operação Pipa), no combate a pandemias e endemias, na construção de estradas, pontes, aeroportos, no apoio a comunidades indígenas, e muitas outras ações complementares são apenas alguns exemplos de atividades desenvolvidas, abrangidas pelo Direito Militar.

Assim, atualmente, o direito militar torna-se cada vez mais presente no cotidiano Havendo um inevitável aumento da ocorrência de crimes militares e transgressões das mais diversas, tornando-o ainda mais indispensável na preservação da Hierarquia e da Disciplina, pilares básicos do funcionamento das Forças Armadas.

3. Conclusão

As Forças Armadas sempre estiveram presentes nos momentos marcantes de nossa história nacional, atuando de forma decisiva no passado e no presente, seja colaborando na preservação da integridade do território brasileiro e na soberania nacional, seja contribuindo de maneira crucial na formação da Nação Brasileira.

Atualmente sem comprometer sua destinação constitucional, as Forças Armadas realizam operações de Garantia da Lei e da Ordem e atividades conhecidas como ações subsidiárias e complementares com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento nacional e a defesa civil.

As participações contra a criminalidade urbana, as ações preventivas e repressivas contra ilícitos transfronteiriços, o apoio a população em calamidades, assim como inúmeras outras operações desencadeadas por todo o País, demonstram a capacidade das Forças Armadas como última opção disponível ao Estado nas questões internas.

As Forças Armadas ao serem chamadas para atuar em ações de Garantia da Lei e da Ordem, devem ser determinadas por ato presidencial, em local e por período determinado, de forma legal e legítima, tendo por objetivo a preservação da ordem.

Ao definir, no § 7º do art. 15 da LC nº 99/1997, que as operações de Garantia da Lei e da Ordem são atividades militares, atribuiu-se à Justiça Militar da União a competência para processar e julgar os crimes militares ocorridos durante essas operações, propiciando a segurança e o respaldo jurídico específico.

Reafirma-se, dessa forma, a Justiça Militar, que, por meio do Direito Militar, torna-se cada vez mais imprescindível para a atuação das Forças Armadas, amparando seu emprego e julgando os delitos de forma célere e imparcial, garantindo a Hierarquia e a Disciplina, valores tão caros ao correto funcionamento das Forças Armadas, garantido o sucesso das missões constitucionais.

A CONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS DE CONFLITOS FAMILIARES NO DIREITO INTERNACIONAL ANGOLANO¹

Helena Mota²

*Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Investigadora do CIJE*

1. O problema da (in)constitucionalidade das regras de conflitos

A relação entre o Direito Internacional Privado e o Direito Constitucional pode ser perspectivada em momentos e planos distintos: logo na aplicação da regra de conflitos que atribua competência a uma lei estrangeira cujos preceitos materiais não estejam de acordo nem com os ditames da Lei Fundamental do foro nem com a Constituição do próprio ordenamento *ad quem*, o que a aproxima, ainda que não a reduza, respectivamente, quer da figura da reserva de ordem pública quer do problema da aplicação do direito estrangeiro pelos tribunais do foro.

Num outro plano, que é o que ora nos interessa, o que se discute é a constitucionalidade da própria regra de conflitos e dos seus elementos de con-

¹ Por vontade da Autora o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

² O texto que ora se publica corresponde, com pontuais aditamentos e referências bibliográficas, à comunicação apresentada no 3º Congresso Internacional Direito da Lusofonia intitulado “Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono” e que teve lugar na EDUM a 19 e 20 de Maio de 2016. Trata-se assim de um texto necessariamente sucinto e em estilo consentâneo com uma comunicação oral.

xão. Onde a constitucionalidade das regras de conflitos no processo legislativo passar pela escolha dos seus elementos de conexão e também pela menção (ou omissão) de determinadas matérias no desenho do seu conceito-quadro e foi esta análise que suscitou sempre as maiores reservas, com o argumento de não caber um juízo de desconformidade com valores jurídico-materiais relativamente a normas (de conflitos) que a eles estavam tendencialmente subtraídas.³

Esta concepção da regra de conflitos está ultrapassada desde os anos 50, altura em que as principais Constituições europeias do pós-guerra consagraram o princípio da igualdade (*Gleichberechtigung*), potencialmente colocado em causa por regras de conflitos que davam primazia ao marido e à aplicação da sua lei pessoal às relações conjugais.

De facto, ainda que as regras de conflitos possam visar, antes de mais, a continuidade e a estabilidade das situações inter-individuais plurilocalizadas e assegurar a livre circulação além-fronteiras dos direitos delas decorrentes, tais desígnios também poderão ser ameaçados se não forem consagradas conexões equidistantes aos cônjuges no que às suas relações diga respeito: não é indiferente para a mulher o facto de a lei aplicável ser a lei pessoal do marido, mesmo que esta, em concreto, lhe seja mais favorável, pois em qualquer caso há discriminação, uma vez que a lei pessoal do marido é a que defende melhor as expectativas *dele* e a que *ele* conhece melhor e que só *ele* poderá modificar através, por exemplo, da mudança de nacionalidade ou de residência.

E o mesmo se diga em relação às relações de filiação, quer adoptiva quer biológica, na primazia da aplicabilidade da lei pessoal do pai ou do adoptante marido ou ainda no que diz respeito à configuração de uma regra de conflitos que distinga a filiação legítima da ilegítima.

2. As consequências da apreciação de constitucionalidade das regras de conflitos no plano da evolução legislativa ocorrida, quer em Portugal quer em ordenamentos jurídicos próximos

Em Portugal, logo um ano após a Constituição de 1976, teve lugar a ampla Reforma do Código Civil operada pelo DL n.º 496/77, de 25 de Novembro,

³ Cfr., por todos, MOURA RAMOS, Rui, *Direito Internacional Privado e Constituição – Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra, Coimbra Editora, 3ª reimp., 1994, pp. 171 e ss, e MOURA RAMOS, Rui, “A Reforma de 1977 e o direito internacional privado da família”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 77*, vol. 1 – Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 725-742.

que alterou a redacção dos arts. 52.º, 53.º, 56.º, 57.º, 60.º e 61.º e revogou os arts. 58.º e 59.º, em obediência aos novos princípios de igualdade entre os cônjuges (art. 36.º, n.º 3 da CRP) e de não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento (art. 36.º, n.º 4 da CRP), eliminando as conexões que referiam apenas a lei pessoal do marido e do pai e a referência distintiva entre a filiação legítima e ilegítima.

Assim, nos arts. 52.º, n.º 2, *in fine*, (Relações entre os cônjuges) e 60.º, n.º 2, (Filiação adoptiva) a nova conexão indica a lei com a qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexas em vez da lei pessoal do marido; já no art. 53.º, n.º 2, *in fine*, (Convenções antenuptiais e regimes de bens), em vez da lei pessoal do marido será aplicada a lei da primeira residência conjugal; nos arts. 56.º, n.º 2, *in fine*, (Constituição da filiação) e 57.º, n.º 1, *in fine*, (Relações entre pais e filhos) a lei competente será a lei pessoal do filho, eliminando-se qualquer referência à filiação “(i)legítima” e à lei pessoal do marido ou do pai, assim como sucederá no novo texto do art. 61.º, n.º 1, (Requisitos especiais da perfilhação ou adopção) em que desaparece a determinação da lei aplicável à “legitimação”.

Já em Espanha, por exemplo, a alteração legislativa ocorreu, pela mão da Lei n.º 11/1990, de 15.10, quase 12 anos após a aprovação do novo texto constitucional de 1978 que, *maxime* nos seus arts. 14.º e 32.º, consagra o princípio da igualdade nas relações familiares.

Também na Alemanha, as regras de conflitos alemãs que se ocupam das matérias dos efeitos patrimoniais do casamento são as constantes dos arts. 14.º, 15.º e 16.º da lei de Introdução ao Código Civil alemão (EGBGB) e a sua redacção é fruto da ampla reforma do DIP alemão que teve lugar em 1986 e que, nestas matérias, tentou a harmonização das regras de conflitos com os preceitos constitucionais, nomeadamente expurgando a inconstitucionalidade da aplicação da lei pessoal do marido.

Em Itália, a matéria dos efeitos do casamento nas relações internacionais foi afectada pela reforma do direito internacional privado italiano que resultou da Lei n.º 218 de 31 de Maio de 1995

Nos ordenamentos jurídicos mais próximos, como o espanhol e italiano que experimentaram reformas idênticas das suas normas de conflitos para se adaptarem aos novos preceitos constitucionais, houve várias declarações de inconstitucionalidade de tais regras de conflitos.

Assim aconteceu em Itália pela declaração de inconstitucionalidade do art. 18.º das disposições preliminares do código civil italiano, na parte em que estabelecia a aplicação, às relações pessoais entre os cônjuges, da lei nacional do marido ao tempo da celebração do casamento (*Corte Costituzionale*, n.º 74 de 5.3.1987) e do art. 19.º que estabelecia uma conexão semelhante em sede de relações patrimoniais (*Corte Costituzionale*, n.º 254 de 4.7.2006)

Em Espanha, houve uma declaração de inconstitucionalidade dos arts. 9.º, n.º 2 e 3, do código civil espanhol na redacção anterior à Lei n.º 11 de

15.10.1990 (decisão do Plenário do Tribunal Constitucional de 14.02.2002, BOE n.º63 de 14.03.2002, Suplemento 113 a 120) ⁴.

Na sequência destas declarações, a jurisprudência tem vindo a resolver as questões de aplicação, nos termos do direito transitório de cada ordenamento, das regras de conflitos antigas inconstitucionais, no sentido duma integração da lacuna por analogia com outras normas de conflitos⁵.

No direito espanhol, a lacuna emergente foi integrada pela aplicação, quanto aos regimes de bens, da residência habitual comum imediatamente posterior à celebração do casamento ou à lei do lugar da sua celebração⁶ e, quanto aos efeitos do casamento, e por analogia com o art. 107.º, n.º1 do código civil espanhol relativo à lei aplicável à separação e divórcio, a lei da residência habitual comum⁷.

Em Portugal, o problema ganhou outros contornos, nomeadamente na questão da aplicação da regra de conflitos relativa aos efeitos patrimoniais do casamento e à definição do regime de bens na medida em que as situações controvertidas dizem, na maioria dos casos, respeito a casamento celebrados ainda antes de 1976 e, portanto, numa altura em que a regra de conflitos não era inconstitucional à luz da Constituição de 1933⁸.

3. O enquadramento jus-familiar e constitucional em Angola antes e após a Independência

Até à proclamação da independência de Angola, a 11 de Novembro de 1975, o ordenamento jurídico angolano constituía, nomeadamente no que ao

⁴ Sobre a questão, cfr. RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, *La inconstitucionalidad del artículo 9.2 CC de 1974 (comentario a la STC 39/2002, de 14 de Febrero)*, “REDI”, vol. LIV, 2002, n.º1, Madrid, 2002, pp. 243-254.

⁵ Cfr., a este propósito, a *Sentença n.º 1609 da Corte di Cassazione*, “RDIPP”, n.º4, 2007, pp. 1108-1111

⁶ Cfr. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis e CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier Carrascosa (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed., vol.II, Granada, Comares, 2006, p. 80.

⁷ Cfr. CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, *Matrimonio y eleccion de ley*, Granada, Comares, 2000, p.123.

⁸ Sobre o problema da sucessão no tempo das regras de conflitos relativas aos regimes de bens, cfr. MOTA, Helena, “A Constituição e o Direito Internacional Privado da família nas jurisprudências portuguesa e espanhola. Diferenças e semelhanças” in JOÃO REIS, LEAL AMADO, LIBERAL FERNANDES, REGINA REDINHA (coord.), *Para Jorge Leite. Escritos Jurídicos*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 443-467 e MOTA, Helena “A aplicação no tempo da regra de conflitos sobre o regime de bens e o controlo da sua (in)constitucionalidade. Breve reflexão a propósito de alguma jurisprudência recente” in *Estudos em memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos*, I, Coimbra, Almedina, 2005, pp.239-262.

Direito da Família dizia respeito, um ordenamento plurilegislativo de base pessoal, coexistindo, na mesma ordem jurídica territorialmente unitária, diversos sistemas de normas para diferentes categorias de pessoas: o estatuto dos cidadãos e o estatuto dos indígenas. Aos primeiros aplicavam-se as normas de direito escrito; aos segundos, o direito costumeiro.⁹

A partir de 1961 foi franqueada a aplicação a todos os indivíduos do direito escrito, que a ele se poderiam submeter por declaração irrevogável feita mediante os serviços de registo¹⁰. O direito escrito privado vigente em Angola¹¹, no âmbito do Direito da Família, correspondia ao direito português que foi sofrendo, durante o século passado, as alterações conhecidas, primeiro em 1910 com as Leis da República, depois com a Concordata de 1940 e, finalmente, com o Código Civil de 1966.

Após a independência (1975) e com a primeira Lei Constitucional que proclamava uma nova ordem de valores sociais e políticos que tangiam com o Direito da Família – separação do Estado da Igreja e das confissões religiosas (art. 7.º da Lei Constitucional de 11 de Novembro de 1975) e a igualdade de direitos e deveres dos cidadãos, independentemente de sexo (art. 18.º da Lei Constitucional de 11 de Novembro de 1975) –, iniciou-se um processo legislativo caracterizado pela publicação de legislação avulsa nos vários domínios do Direito da Família, desde matéria matrimonial, filiação, adopção, entre outros, durante quase uma década até à promulgação e publicação, em 20 de Fevereiro de 1988, do Código da Família angolano aprovado pela Lei n.º 1/88¹² e que revogou expressamente o Livro IV do Código Civil português.

Do ponto de vista estritamente constitucional, só com a Lei Constitucional de 1992 (Lei n.º 23/92, de 16 de Setembro) a família foi directamente con-

⁹ Cfr. o art. 138º da Constituição da República Portuguesa de 1933 que previa a existência nos territórios ultramarinos de estatutos especiais, a Lei Orgânica do Ultramar (Lei n.º 2066, de 27 de Junho, de 1954, *Base V* e o *Estatuto dos indígenas portugueses da Guiné, Angola e Moçambique*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 39666, de 20 de Maio de 1954, mais tarde revogado pelo Decreto-Lei n.º 43893, de 6 de Setembro de 1961).

¹⁰ Cfr. o Decreto n.º 43897, de 6 de Setembro de 1961, também designado por *Estatuto do Direito Escrito e Estatuto dos Usos e Costumes Locais* que substituiu o já citado *Estatuto dos indígenas portugueses da Guiné, Angola e Moçambique*.

¹¹ O Código Civil português de 1867, aplicado às províncias ultramarinas através do Decreto de 18 de Novembro de 1869, arts. 3.º e 8.º, assim como o Código Civil português de 1966, tornado extensível às províncias ultramarinas pela Portaria n.º 22869, de 1.1.1968.

¹² Para uma análise comparada entre o Direito da Família angolano e o português, assinalando os pontos de convergência e influência do Código Civil português assim como a emancipação dele conseguida, cfr. MOTA, Helena, “O Código da Família angolano e o livro IV do Código Civil português de 1966: adaptação e inovação” in GUILHERME DE OLIVEIRA (coord.), *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho* Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 235-269. Sobre o Direito da Família angolano, cfr. MEDINA, Maria do Carmo, *Direito de Família*, Lobito, Escolar Editora, 2011.

siderada e protegida, nos arts. 29.º, 30.º e 31.º, consagrando, respectivamente, o princípio da protecção pelo Estado da família fundada quer no casamento quer na união de facto, a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher no seio da família, a obrigação da família e do Estado em educar e proteger as crianças e os jovens, o respeito pela personalidade de todos os membros da família e, em especial, das crianças.

Os mesmos princípios constam da actual Constituição da República de Angola de 2010, designadamente nos arts. 35.º (Família, casamento e filiação)¹³, 80.º (Infância) e 81.º (Juventude).

Com o novo quadro constitucional no âmbito do Direito da Família, foram adotadas regras que coincidem em muitos casos com as próprias alterações introduzidas em Portugal na Reforma de 77 ao Código Civil, também elas comandadas pela CRP de 1976, e outras mais recentes, como a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, que consagrou medidas de protecção à união de facto ou o novo regime jurídico do divórcio consagrado na Lei n.º 61/2008, de 31.10.

Da dissolução dos casamentos católicos por divórcio à proibição de referências formais à filiação ilegítima e “incógnita”; da equiparação de direitos e deveres de todos os filhos nascidos no casamento ou fora dele ao novo enquadramento jurídico do instituto de adopção; da introdução da modalidade de divórcio por mútuo consentimento à equiparação entre o casamento e a união de facto legalmente reconhecida; da consagração dos fundamentos do divórcio por causas objectivas ou “ruptura” ao estabelecimento da filiação com base no princípio da verdade biológica, todo o regime jurídico conformador da vida familiar se estabeleceu por referência aos novos valores constitucionalmente consagrados.

¹³ “Art. 35.º (Família, casamento e filiação): 1. A família é o núcleo fundamental da organização da sociedade e é objecto de especial protecção do Estado, quer se funde em casamento, quer em união de facto, entre homem e mulher. 2. Todos têm o direito de livremente constituir família nos termos da Constituição e da lei. 3. O homem e a mulher são iguais no seio da família, da sociedade e do Estado, gozando dos mesmos direitos e cabendo-lhes os mesmos deveres. 4. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da união de facto, bem como os da sua dissolução. 5. Os filhos são iguais perante a lei, sendo proibida a sua discriminação e a utilização de qualquer designação discriminatória relativa à filiação. 6. A protecção dos direitos da criança, nomeadamente, a sua educação integral e harmoniosa, a protecção da sua saúde, condições de vida e ensino constituem absoluta prioridade da família, do Estado e da sociedade. 7. O Estado, com a colaboração da família e da sociedade, promove o desenvolvimento harmonioso e integral dos jovens e adolescentes, bem como a criação de condições para a efectivação dos seus direitos políticos, económicos, sociais e culturais e estimula as organizações juvenis para a prossecução de fins económicos, culturais, artísticos, recreativos, desportivos, ambientais, científicos, educacionais, patrióticos e de intercâmbio juvenil internacional”.

4. A manutenção das soluções pré-constitucionais no âmbito do Direito Internacional Privado e a necessária reforma

Ao contrário do que sucedeu no âmbito do Direito da Família, no Direito Internacional Privado angolano mantêm-se em vigor as soluções do Código Civil português de 1966, claramente em violação dos novos valores constitucionais do ordenamento jurídico angolano.

Urge assim uma reforma que elimine as referências à lei pessoal do marido, do pai, do adoptante marido e a revogação das normas em cujo conceito-quadro esteja prevista a filiação ilegítima.

São naturalmente discutíveis as soluções constitucionais alternativas; será esse o novo desafio e também uma oportunidade de alinhar o Direito Internacional Privado angolano com as mais recentes tendências das modernas legislações.

A experiência dos outros ordenamentos jurídicos e a bondade de soluções adoptadas há mais de duas ou três décadas, a realidade angolana e as políticas legislativas adequadas, a própria harmonização de soluções conflituais com os países com os quais sejam mais frequentes os estabelecimentos de relações familiares transfronteiriças ditarão as soluções possíveis que podem ir ao ponto de não só expurgar as inconstitucionalidades como optar por outras soluções emancipadas do Código Civil.

A preferência dada à residência habitual comum ao invés da nacionalidade comum é hoje visível na legislação europeia sobre os conflitos de leis mas deverá ser pensada no quadro de políticas legislativas próprias, considerando os fluxos migratórios; a consagração de cláusulas de excepção ou *open ended rules* e do princípio da autonomia conflitual, alinhando assim com as mais recentes tendências nesta matéria, será positiva; para além da questão estrita da inconstitucionalidade, há que reflectir sobre a desadequação de algumas regras de conflitos relativa à forma do casamento atendendo ao sistema de casamento civil obrigatório, se este continuar a subsistir; a inexistência de uma referência à união de facto legal e constitucionalmente consagrada deverá ser forçosamente colmatada.

A reforma do Direito Internacional Privado angolano em matéria de direito da Família é urgente e imperativa não só pelo (re)alinhamento constitucional, mas também, e compensando o atraso, como um desafio de inovação, actualidade e modernidade legislativa, constituindo um instrumento precioso de abertura ao mundo, aos mercados, à mobilidade dos cidadãos angolanos e à fixação, em território angolano, dos cidadãos estrangeiros.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES PRIVADAS INTERNACIONAIS: OS NOVOS TIPOS DE FAMÍLIA

Inez Lopes

Professora-adjunta de Direito Internacional Privado da Universidade de Brasília

1. Introdução

A família, como a base de toda sociedade estatal, constitui direito fundamental, visto que toda as pessoas têm o direito de pertencer a uma organização e de se desenvolver enquanto ser em uma unidade familiar. Os diversos modelos de famílias são constituídos e estão sob a proteção das normas estatais, e a norma jurídica retrata determinado modelo social, político, histórico, religioso e cultural. O núcleo estrutural da família e agregados sempre foi e é bastante variado; seu reconhecimento, entretanto, nem sempre corresponde às estruturas familiares encontradas na sociedade. As tecnologias de reprodução assistida relativizam as tradicionais concepções de parentesco. Com a globalização, a circulação de pessoas se intensifica e dá origem à família transnacional, aquela conectada a dois ou mais países simultaneamente. Consequentemente, as crises familiares provocam aumento substancial nos casos de litígios transfronteiriços. O direito internacional privado objetiva solucionar os conflitos interestaduais em um mundo globalizado, por meio do estabelecimento de regras mínimas de lei aplicável e de jurisdição, respeitando-se a diversidade cultural e o pluralismo nas formações da família. A partir de uma análise qualitativa e de revisão bibliográfica, o presente artigo objetiva estudar o princípio da dignidade da pessoa humana como afirmação ao reconhecimento do pluralismo familiar e do respeito à diversidade cultural nas relações privadas internacionais em matéria de família

e a importância do reconhecimento de direitos adquiridos no estrangeiro como forma de aceitação de seu valor comunitário transnacional.

2. A dignidade da pessoa humana e a produção normativa: construindo colóquios pluridisciplinares

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios norteadores das constituições de vários países, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental¹, e ao mesmo tempo constitui um conceito difuso, em razão de sua determinação, caracterização e definição.² Como então, conceituar dignidade da pessoa humana considerando a complexidade da pessoa humana, a influência histórica-social e o desenvolvimento de sua personalidade em seu meio social? O referencial de dignidade é de que se trata de um atributo, de uma qualidade essencial pertencente a todo ser humano em sua condição de ser em si mesmo e em relação ao meio social. Esse atributo possui um valor, que não tem preço ou está acima de qualquer preço e não possui qualquer outra coisa equivalente, conforme os estudos de Kant, em que no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade.³ Além do valor, esse atributo contém uma pluralidade de concepções que são definidas pelas diversas áreas do conhecimento, como, por exemplo, a Filosofia, a Ética, a Política, a Antropologia, a Psicologia, a Religião e o Direito. Cada uma dessas ciências apresenta seus fundamentos para a compreensão da dignidade humana, de maneira a construir conjuntamente a ideia de que todo ser humano possui a liberdade e a capacidade de decidir sobre a sua própria vida e de fazer as escolhas, de traçar seu próprio destino, de ser feliz e de ser respeitado enquanto ser dotado de vontade pelos demais humanos da sociedade em todos os lugares. O respeito impõe aceitar as diferenças, a coexistência pacífica da diversidade cultural e pluralidade de fontes jurídicas.

A proteção da dignidade da pessoa pelo Estado é definida pelo direito, por meio de normas que estabelecem os valores tutelados. Ainda que diferenciadas as noções da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito, Sarlet afirma que elas guardam um elo comum compondo um núcleo essencial.⁴ Nesse senti-

¹ BARROSO, Luís Roberto, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*, [S.I.], Mimeografado, 2010.

² CASTÁN, María Luisa Marín, *La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales*, "Revista de Bioética y Derecho", n.º 9, Enero 2007, p. 1.

³ KANT, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Lisboa, Edições 70, s.d., p. 77.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, *As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*, "Revista Brasileira de Direito Constitucional", n.º 09, 2007, p.362.

do, Barroso apresenta três conteúdos mínimos essenciais da dignidade: o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário. O *valor intrínseco* é o elemento ontológico da dignidade, traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros. Do valor intrínseco decorrem direitos fundamentais como o direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica. A *autonomia da vontade* é o elemento ético da dignidade humana, associado à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ao seu direito de fazer escolhas. O *valor comunitário* é o elemento social da dignidade humana, identificando a relação entre o indivíduo e o grupo.⁵ O autor destaca, ainda, a necessidade de se fixar o sentido e alcance da dignidade da pessoa humana, como elemento argumentativo necessário à produção de uma solução justa, em especial os casos mais complexos.⁶

Desse contexto, nota-se uma aproximação entre os direitos fundamentais nas ordens constitucionais e os direitos humanos na ordem internacional, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana. Considerando a diversidade cultural e as diferentes evoluções na proteção do indivíduo em cada Estado, a dignidade da pessoa humana deve ser pensada como um “conceito aberto, plástico e plural no mundo contemporâneo”.⁷ Além disso, vale lembrar que a dignidade encontra-se em “construção permanente”,⁸ impedindo a adoção de medidas que retrocedam ou deem interpretação restritiva à compreensão do conceito.

Na dimensão global, a dignidade é a qualidade que pertence a todo ser humano da comunidade internacional, independentemente de sua condição de nacional de um Estado. Contudo, o núcleo essencial do que se entende por dignidade é bastante amplo e complexo em face das divergências culturais sobre assuntos da vida civil, principalmente em matéria de família. A dignidade pressupõe a aceitação da diversidade da pluralidade de núcleos familiares. Enquanto de um lado a pessoa possui a liberdade de constituir família, a sua vontade pode ser limitada pelas legislações estatais. São essas diferenças entre as esferas pública e privada que geram conflitos no valor comunitário da dignidade da pessoa humana. Na sociedade internacional, o valor comunitário pode ser aceito em um país e negado em outro. No campo das relações privadas internacionais, o valor comunitário comum entre os países envolvidos potencializa a eficácia extraterritorial dos efeitos da vida familiar, pois consiste na aceitação do valor

⁵ BARROSO, Luis Roberto, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo...*, Cit., p. 38.

⁶ BARROSO, Luis Roberto, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo...*, Cit., p.2.

⁷ BARROSO, Luis Roberto, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo...*, Cit., p. 18.

⁸ LEITE, Carlos Bezerra, *Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 45.

por outra comunidade. Em sentido diametralmente oposto, o valor comunitário divergente entre os países impede a eficácia extraterritorial, negando o reconhecimento da decisão estrangeira, e deixando as pessoas em um limbo jurídico, sem qualquer proteção. Isso significa que os direitos da família transnacional entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo, podem ser aceites em uma país e ter seus efeitos mitigados em outro, tornando certos membros desprotegidos, geralmente pela moral, pela ética e pela religião. A relativização do valor comunitário transnacional é compatível com a dignidade humana?

2.1. A dignidade na ordens constitucional brasileira

A dignidade da pessoa humana tem repercussões em vários ordenamentos jurídicos, estabelecendo o fundamento de diversas ordens constitucionais na proteção de direitos fundamentais. No Brasil, a partir da Constituição de 1988, que marca a restauração da democracia no Brasil, a dignidade da pessoa humana foi inserida no ordenamento jurídico (artigo 1º, III), como norma orientadora dos fundamentos da sociedade brasileira. Assim, a dignidade da pessoa humana é um dos elementos essenciais na interpretação da ordem jurídica brasileira, a fim de afirmar as pretensões da vida das pessoas que estejam em território brasileiro, sejam nacionais ou estrangeiros.

A Constituição reconhece a família como a base da sociedade brasileira e que goza de proteção especial do Estado. O planejamento familiar é livre, fundado na dignidade da pessoa humana, nos termos do artigo 226, § 7º. E a família, o Estado e a sociedade são reponsáveis pelos direitos da criança e de seu desenvolvimento.

2.2. A dignidade da pessoa humana e o direito internacional

A dignidade da pessoa humana é um valor também reconhecido nos tratados internacionais, como fundamento da ordem internacional. No preâmbulo da Carta das Nações Unidas, de 1945, os Estados reafirmaram a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas. A Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, reconhece que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana e que eles gozam de direitos iguais e inalienáveis. Já o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos (1966) traz a ideia de que a pessoa que trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que permita a ele e a sua família uma existência conforme com a dignidade humana. O Pacto de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1966) eleva a educação como forma de promover o desenvolvimento da personalidade

humana e do sentido de sua dignidade. Observa-se uma noção de dignidade da pessoa em múltiplas dimensões, entre eles a política, económica social e cultural.

Nota-se também que a ordem internacional estabelece um conteúdo mínimo de referência à dignidade da pessoa humana – em seu valor intrínseco no direito de ter direitos, bem como garantindo ao indivíduo autonomia para decidir os rumos de sua vida sem a ingerência de terceiros, inclusive do Estado, na vida privada, como norma imperativa *ius cogens*.

3. Dignidade, Família transnacional e o Direito Internacional Privado: diálogo das fontes

O conceito de família pode diferir em alguns aspetos de um país para outro e até mesmo entre regiões no território de um determinado Estado. A condição da família moderna é a sua pluralidade, o que torna impossível ter um único e universal conceito em sociedades culturalmente diferentes dadas suas peculiaridades. Assim, os tratados internacionais de direitos humanos garantem à pessoa a liberdade de constituir família e estabelecem direitos mínimos à proteção da família. Os princípios de direitos humanos interferem na operacionalização do método de solução de conflitos do direito internacional privado,⁹ considerando-se que a civilização pós-moderna se caracteriza exatamente pelo pluralismo de estilos e de valores de vida.¹⁰

O pluralismo familiar nasce da afirmação dos direitos fundamentais e da aproximação entre os povos. O fenómeno da globalização promove, além da liberalização económica, o aumento da circulação de pessoas entre os países, que potencializa a formação de famílias transnacionais – aquela que se conecta a dois ou mais países simultaneamente. Nesses casos, a dignidade da pessoa humana se caracteriza também pelo reconhecimento de seu valor comunitário transnacional.

O direito internacional privado (DIPr) é o ramo do direito que objetiva regular as situações privadas internacionais, com o propósito de estabelecer as normas de conflito para se determinar a lei aplicável, o foro competente e o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras. Os métodos conflituais de DIPr em matéria de família se tornam ainda mais complexos, uma vez que a unificação de normas substanciais poderia pôr em risco a identidade cultural à qual

⁹ ARAÚJO, Nádia de, *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*, [S.I.], Renovar, 2009, p. 22.

¹⁰ JAYME, Erik, “Identité Culturalle et Intégration: le droit international privé postmoderne”, in *Recueil des Cours*, vol. 251, 1995, pp. 9-267.

a pessoa pertence,¹¹ destruindo as diferenças culturais característica da família transnacional. Nesse contexto, Jayme assevera que é preciso proteger a pessoa humana mais por um reforço de sua autonomia do que mediante leis imperativas que se impõem sem levar em consideração as necessidades do indivíduo.¹² Como, então, assegurar a proteção dos direitos da família internacional respeitando-se as identidades culturais da família transnacional? O “diálogo intercultural” das fontes e a dignidade da pessoa humana como elemento argumentativo podem contribuir para o reconhecimento da família plural nas relações privadas internacionais.

3.1 Diálogo intercultural das fontes: desafios da família moderna

O “diálogo das fontes” é fundamental para responder às complexidades da vida em sociedade, tanto no âmbito interno, quanto no internacional, seja entre normas de direito público e privado, entre normas de *hard law* e *soft law*. Esse diálogo significa a convivência ou coexistência dos paradigmas para buscar soluções aos problemas jurídicos contemporâneos da pós-modernidade, marcada por uma forte pluralidade de leis ou fontes.¹³ Embora o DIPr tenha uma diversidade de fontes, estas não devem ser vistas apenas como um conglomerado ou uma fragmentação de normas. O DIPr, objetivando a proteção da pessoa humana em sua propagação no espaço, deve considerar que as soluções dos conflitos de leis pressupõem um “diálogo intercultural” a respeitar a diversidade de indivíduos¹⁴ em sua condição plural, com diversos estilos e valores de vida.

Assim, as decisões judiciais devem responder aos problemas pós-modernos, com soluções mais fluidas, mais flexíveis, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções, para “uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo do direito”.¹⁵ Em 2008, no Caso Sentença Estrangeira nº 4525-US, por exemplo, um brasileiro e um americano, que coabitavam há mais de nove anos, requereram a homologação da decisão proferida pelo Tribunal Federal do Condado de Cook, nos Estados Unidos, que concedeu ao americano o direito à adoção de menor nascida nos Estados Unidos e filha biológica do brasileiro, por inseminação artificial. Ainda quando não havia o entendimen-

¹¹ JAYME, Erik, “Identité Culturelle et Intégration...”, Cit., p. 252.

¹² JAYME, Erik, “O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização”, in *Novo Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 3-20.

¹³ MARQUES, Claudia Lima, *Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência Entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*, “Revista da Esmese”, nº 07, 2004, pp. 42-43

¹⁴ JAYME, Erik, “O Direito Internacional Privado do Novo Milênio...”, Cit., p. 5

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima, *Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes...*, Cit., p. 43

to pacificado de iguais direitos às famílias homossexuais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) acolheu o pedido para assentamento no nascimento da menor na condição de ser filha de ambos os pais, sem ser declarada a condição de eles serem individualizados como pai ou mãe. Desse modo, o Brasil, com fundamento no princípio da aproximação, aplicou as leis referentes à adoção, permitindo a eficácia extraterritorial dos direitos adquiridos pela criança adotada no estrangeiro, protegendo a família homoafetiva transnacional, respeitando-se a dignidade de seus membros e dando soluções funcionais no melhor interesse da criança.

3.2. Direitos transnacionais e a dignidade humana: elemento argumentativo

Na esfera do direito internacional privado (DIPr), a dignidade da pessoa humana deve ser empregada como elemento argumentativo para se reconhecer os direitos adquiridos no estrangeiro, atribuindo eficácia extraterritorial aos atos e decisões estatais. Desse modo, o Dipr deve avançar em normas de lei aplicável e de jurisdição que facilitem a circulação de sentenças em matéria de família, tendo como fundamento a dignidade humana. Observa-se que no Caso STJ SEC 5726-EX (2008), a Corte empregou a dignidade da pessoa humana como elemento argumentativo para homologar a decisão da Corte de Justiça da Baviera, na Alemanha, que permitiu a modificação do nome no registro de nascimento de um menor, garantindo-se a prestação de seus direitos de personalidade. Não obstante o parecer do Ministério Público pelo indeferimento da homologação, sob o fundamento de violação à ordem pública em razão da objeção do pai à decisão de eliminar o patronímico paterno. A Corte Especial, por unanimidade, deferiu o pedido de homologação de sentença, nos termos do voto da ministra-relatora, que ressaltou que mais uma vez foi superada a rigidez das regras jurídicas em favor da preservação da dignidade da pessoa humana, devendo essa lição sobrepor-se a qualquer outro direito dissonante, já que o pai biológico não realizou suas obrigações para com o ente familiar. Assim, a decisão do STJ foi eficaz e funcional para os problemas das famílias pós-modernas, com soluções práticas o sistema plural e complexo do direito.

3.3. A dignidade na pessoa humana como cláusula impeditiva?

A Emenda Regimental do Superior Tribunal de Justiça nº 18, de 19 de dezembro de 2014, estabeleceu novas regras para a cooperação jurídica internacional, entre elas as cláusulas impeditivas, dispondo que “não será homologada a sentença estrangeira que ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa

humana e/ou a ordem pública”, conforme Artigo 216-F. Por sua vez, o Novo Código de Processo Civil diz que o pedido passivo de cooperação jurídica internacional será recusado se configurar manifesta ofensa à ordem pública, conforme artigos 39 e 963, VI. Assim, a soberania e a dignidade da pessoa humana se mantêm como princípios fundamentais da ordem constitucional brasileira.

Questiona-se até que ponto a dignidade da pessoa humana seria empregada como cláusula impeditiva ao reconhecimento de direito adquirido no estrangeiro. Este artigo é incompatível tanto com a ordem interna quanto a internacional, já que se trata de princípio basilar da sociedade humana. *Mutatis mutandis*, a dignidade da pessoa humana deve ser empregada como elemento argumentativo ao reconhecimento de direitos transfronteiriços, aos efeitos da vida civil da pessoa em sua expansão no espaço, respeitando-se o multiculturalismo da sociedade internacional.

4. Conclusões

O ser humano é um só, independentemente do local onde reside. Porém, o local e o seu meio social influenciam o desenvolvimento de sua personalidade. A condição humana está profundamente ligada à comunidade em que o indivíduo vive. A pessoa goza de liberdade e de autonomia para constituir sua própria família, construir seu próprio destino. Assim, o membro de uma família transnacional tem a particularidade de ter o valor comunitário reconhecido em dois países simultaneamente, podendo ter efeitos pessoais e patrimoniais em outros.

A dignidade da pessoa humana é elemento argumentativo no diálogo das fontes, como base para aproximar as esferas pública e privada, tendo a pessoa como centro da relação jurídica internacional, respeitando-se a diversidade cultural entre os Estados, a quem compete zelar e reconhecer as famílias plurais, a fim de solucionar os casos mais difíceis na pós-modernidade.

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL PLANO CONSTITUCIONAL Y CIVIL: LAS EXPERIENCIAS JURÍDICAS PORTUGUESA Y ESPAÑOLA

Javier Barceló Doménech

Catedrático Acreditado de Derecho Civil, Universidad de Alicante, Espanha

1. La consagración legal del consentimiento informado

El derecho a ser informado que tiene el paciente, como paso previo a la emisión de su consentimiento al tratamiento médico, constituye uno de los grandes logros del Derecho médico de las últimas décadas. El usuario de los servicios sanitarios no solamente demanda del facultativo unos cuidados conformes según la ciencia, sino que también quiere ser informado de manera completa y clara sobre su estado de salud y la actuación que precisa. Información y consentimiento quedan así íntimamente vinculados: de ahí la denominación de «consentimiento informado» que emplea tanto el legislador como la jurisprudencia.

El fundamento del consentimiento informado está en la idea de autonomía individual del paciente y el estímulo a la toma de decisiones racionales. Se trata de decidir con el paciente y no por él desde la superioridad del criterio médico. La información y el consentimiento informado no son una concesión graciable del médico, sino un auténtico derecho del paciente¹. Una consecuencia de ello es, precisamente, que un número apreciable de sentencias en materia de responsabilidad civil médica versan sobre la falta de información.

¹ Sobre la emergencia de los derechos de los pacientes, como uno de los signos de la evolución de las últimas décadas en el contexto cultural de la medicina occidental, *vid.* DIAS PEREIRA, A.G., *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra, 2015, pp. 371 y ss.

En esta nueva situación, vista en un primer momento como una injerencia distorsionadora², los médicos han terminado por ajustar su actuación al cumplimiento de los deberes de información y obtención del consentimiento informado, aunque exigiendo en la práctica la firma del consentimiento hasta para las operaciones o tratamientos más sencillos, lo que denota cierta actitud defensiva³. Sin desconocer los problemas de la práctica médica y hospitalaria diaria⁴, es aconsejable que los profesionales realicen todo el esfuerzo que esté en sus manos para informar al paciente, porque si el consentimiento informado se presta correctamente difícilmente van a ser condenados si su actuación se ajustó al estado de la ciencia médica.

Los ordenamientos portugués y español confieren una amplia tutela al derecho de autodeterminación de la persona, tanto en el plano constitucional

² El consentimiento informado es, sin duda, ajeno a la tradición médica, que lo ha venido desconociendo a lo largo de su historia, porque esa tradición ha tenido un carácter esencialmente paternalista («todo por el paciente, pero sin el paciente») y en atención a ese tono paternalista resultaba que la relación entre el médico y el paciente era de carácter fundamentalmente vertical; se consideraba que la actuación del médico estaba inspirada por el principio de beneficencia según el cual el médico tenía amplias facultades para actuar sin contar con la voluntad del paciente, y ello sobre la base de que como nadie deseaba mantenerse en un estado de ausencia de salud, debía aceptarse cualquier acto que tendiera a conseguir la curación o el alivio de las dolencias; para ello, el médico ponía todo su saber y todo su poder en supuesto beneficio del enfermo no dudando en utilizar cualquier argucia (y aun en ciertos casos empleando incluso la coacción y el engaño) y actuando, a veces, con la complicidad del enfermo. *Vid.* este planteamiento en GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Valladolid, 2004, pp. 39 y 40.

Sobre la evolución en la comprensión de la medicina desde el modelo hipocrático tradicional hasta el modelo predominante en la actualidad, basado en la afirmación del valor de la autonomía individual y que suele denominarse modelo del consentimiento informado, *vid.* ALEMANY GARCIA, M., “El paternalismo médico”, en M. GASCÓN ABELLÁN, M.C GONZÁLEZ CARRASCO/ J. CANTERO MARTÍNEZ (coords.) *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, Valencia, 2011, pp. 745 y ss.

³ El principio de autonomía conlleva también sus propios riesgos, siendo el mayor de ellos el que se ha dado en llamar medicina defensiva, mediante la cual el médico, para evitar en la medida de lo posible conflictos de tipo legal, no actúa en pleno y libre ejercicio de su profesión, sino que utiliza exploraciones y criterios científicos, en ocasiones excesivos y que, aun siendo válidos, suponen fundamentalmente un apoyo judicial en vistas a una posible responsabilidad por ejercicio de la práctica clínica, lo que en muchas ocasiones va en detrimento del paciente, del propio profesional y del presupuesto sanitario del país. Al respecto, PALOMARES BAYO, M. / LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J, *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital*, Granada, 2002, p. 8.

⁴ Los médicos están sometidos a la influencia de gestores (públicos o privados), que inciden con sus recortes y burocracia en la relación. Se tiene menos tiempo para atender al enfermo (al que muchas veces ni se le explora) y se le recibe con una pantalla de ordenador de por medio. Esto influye en el tiempo de relación, que es mínimo, y lógicamente también en la transmisión de la información.

como en el plano penal, civil y de la legislación sanitaria. Aquí vamos a estudiar la cuestión desde el punto de vista de los derechos fundamentales (plano constitucional) y de la legislación civil ordinaria. No perdamos tampoco de vista la influencia e impulso dado por normas internacionales, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se afirma en su art. 3 que en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular «el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley», y el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio de Oviedo), en cuyos artículos 5 y siguientes se realiza una regulación detallada del consentimiento.

2. Plano constitucional

Las prestaciones sanitarias inciden en un ámbito de la persona que resulta especialmente sensible desde el punto de vista de los derechos fundamentales; la asistencia sanitaria afecta a la salud, a la integridad física, incluso a la vida, pero también puede incidir en otros derechos fundamentales, como la libertad religiosa, la libertad ideológica o el derecho a la intimidad personal.

En Portugal, el art. 25.1 CRP proclama que la integridad moral y física de las personas es inviolable. Este derecho se desdobra en el derecho a la integridad física y en el derecho a la integridad moral de cada persona, y para la doctrina portuguesa esencialmente se traduce en “un derecho a no ser agredido u ofendido en cuerpo o en espíritu por medios físicos o morales”⁵; no hay duda, pues, que el derecho al consentimiento libre e informado, en cuanto dimensión del derecho a la integridad personal, está consagrado en el plano constitucional. En realidad, de la dignidad humana (art. 1 CRP) deriva la inviolabilidad de cada persona; de este modo, uno de los derechos que se derivan de la dignidad del ser humano es el de la autodeterminación, que no se extingue por alteraciones en la salud⁶.

En España, el fundamento jurídico-constitucional del derecho al consentimiento informado reside también en los derechos a la vida, a la integridad física y a la integridad moral (art. 15 CE)⁷, si bien estos derechos, como todos

⁵ CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 2007, p. 455.

⁶ Sobre el particular, DIAS PEREIRA, A.G. *Direitos dos pacientes...*, Cit., p. 405.

⁷ Como dice MAGDALENO ALEGRÍA, A.: “Algunas consideraciones constitucionales en torno a la autonomía del paciente. Sobre la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico español a las garantías de los derechos fundamentales”, en *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, dir. ARCOS VIEIRA, M.L., Pamplona, 2016, p. 310, “el consentimiento o rechazo de los

los derechos fundamentales, tienen su antecedente más remoto en los principios de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Aun cuando no contiene el art. 15 CE una referencia expresa al consentimiento informado, se considera que el mismo es inherente al derecho fundamental a la integridad física, tal y como señala el Tribunal Constitucional en una importante sentencia de 28 de marzo de 2011⁸. Ciertamente, las prestaciones sanitarias inciden y afectan a la vida y a la integridad física, pero en los últimos tiempos se ha demostrado que pueden también poner en tela de juicio otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad personal (art. 18 CE), tal y como sucedió con las charlas informativas de 2014 del Hospital Doctor Peset de Valencia: reuniones colectivas de oftalmología y obstetricia, en las que se obtenía el consentimiento informado del paciente para una posterior operación⁹.

En consecuencia, son de aplicación todas las garantías normativas y jurisdiccionales que poseen los derechos fundamentales en los ordenamientos español y portugués.

3. Plano civil

La fundamentación civil del consentimiento informado presenta diferencias en uno y otro país, derivadas en buena parte del hecho de la ausencia en el

tratamientos médicos como manifestación de la autonomía del paciente forman parte del haz de facultades preservadas por el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) entendido como garantía de la autodeterminación del propio sustrato corporal en el ámbito médico”.

⁸ STC 37/2011, 28 de marzo (BOE de 28 de abril de 2011). En concreto, se dice: “Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamiento que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Esta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pueda conducir a un resultado fatal (STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty c. Reino Unido*, § 63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9)” [FJ 5]; y más adelante: “La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las autoridades médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental” [FJ 5].

Esta sentencia estima un recurso de amparo, centrándose en determinar la lesión que la falta de información ha podido suponer respecto a la integridad física protegida por el art. 15 CE, demostrando así que la tutela de ciertos intereses puede tener amparo en el concepto de derecho fundamental cuando esta es la única vía para su defensa, una vez agotadas las instancias judiciales.

⁹ *Vid.* la noticia en <http://www.elmundo.es/opinion/2016/01/06>.

Código civil español de 1889 de una categoría de los derechos de la personalidad.

En efecto, mientras desde el art. 70 C.c. la doctrina portuguesa maneja el derecho general de la personalidad (derecho fuente) y la previsión más específica del derecho especial de la personalidad a la integridad física y moral, con el que se relaciona el derecho a la libertad de voluntad y autodeterminación¹⁰, el camino español es bien distinto, pues consiste en el recurso al catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, que se traslada hasta el Derecho civil para construir precisamente la categoría de los derechos de la personalidad.

La regulación española estatal (existe también normativa de las Comunidades Autónomas) se encuentra actualmente la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹¹. El consentimiento informado es definido en el art. 3 como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”, y conforme al art. 10 la información básica que el facultativo debe facilitar al paciente, antes de recabar el consentimiento, debe hacer referencia a los siguientes aspectos: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; d) Las contraindicaciones.

Otro aspecto donde marcan diferencias el ordenamiento español y portugués es la concepción amplia que tiene la jurisprudencia española sobre el deber de informar del médico, que se considera parte integrante de la *lex artis ad hoc*. Diversas sentencias del Tribunal Supremo español¹² avalan esta posición, mien-

¹⁰ Sobre este planteamiento, DIAS PEREIRA, A.G., *Direito dos Pacientes...Cit.*, p. 406.

¹¹ El carácter de «básica» de esta ley deriva del art. 149.1.16 CE, que otorga al Estado competencia exclusiva respecto a las bases y coordinación de la sanidad.

¹² Así, recientemente, la STS (Sala 1ª) de 8 de septiembre de 2015 (ROJ STS 3722/2015), donde se dice que la jurisprudencia de la Sala Primera “ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica (SSTS de 2 de octubre de 1997; 29 de mayo y 23 de julio de 2003; 21 de diciembre de 2005, entre otras). Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS 25 de abril de 1994; 2 de octubre de 1997 y 24 de mayo de 1999). Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma”.

Otra referencia importante la proporciona la STS (Sala 1ª) de 23 de octubre de 2015 (ROJ STS

tras que el Derecho portugués maneja una concepción más estricta de la *lex artis*, limitada a la función puramente asistencial y técnica¹³.

Mayor aproximación se da, en cambio, en el concreto tema de la carga de la prueba (*onus probandi*) de haber informado correctamente al paciente, donde hay coincidencia en señalar que incumbe al médico, tal y como indica en fechas recientes el *Acórdão do Tribunal Supremo de Justiça* de 16 de junio de 2015¹⁴, con expresa mención de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo español.

4289/2015): “Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto”.

¹³ Al respecto, DIAS PEREIRA, A.G., *Direito dos Pacientes...*, Cit., pp. 697 y ss.

¹⁴ Disponible en <http://www.dgsi.pt>.

SOBERANIA E DIREITO FISCAL DA UNIÃO EUROPEIA¹

João Sérgio Ribeiro

Prof.º Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho

1. Introdução

O primado do Direito da União Europeia e o seu efeito direto (que se verifica quando as suas disposições são suficientemente claras e precisas, de modo a poderem ser invocadas diretamente pelos indivíduos nos tribunais nacionais) implicam frequentemente que o direito nacional seja desaplicado quando se conclua que viola o direito da União Europeia. Este circunstancialismo é especialmente importante quando as disposições nacionais que colidem com o Direito da União Europeia são normas de natureza tributária. Isto porque essas normas fazem parte de uma dimensão da soberania especialmente importante e onde continua a ser mais ou menos pacífico que os Estados conservam o poder para organizar e estruturar os seus sistemas fiscais.

Apesar de as questões fiscais serem ainda reconduzidas a um domínio onde as decisões só podem ser tomadas por unanimidade e de se entender que os Estados conservam uma grande autonomia de decisão, a conciliação entre, por um lado a proteção dos princípios de Direito da União Europeia, designadamente o direito de livre circulação e, por outro, a soberania fiscal dos Estados, nem sempre é pacífica, sendo o equilíbrio entre os dois bastante difícil de manter. Há, nesse contexto, autores que clamam que o TJ tem ido longe demais, assumindo uma função verdadeiramente política em matérias que lhe estão ve-

¹ Estas breves notas correspondem ao texto que serviu de apoio à comunicação, com o título *Soberania e Direito Fiscal da União Europeia*, feita no dia em 19 de maio de 2016, no âmbito do 3.º Congresso Internacional Direito na Lusofonia, que teve lugar na Escola de Direito da Universidade do Minho, não tendo a pretensão de ser mais do que isso.

dadas, pondo em causa a soberania Fiscal dos Estados². No polo oposto há quem considere que o Tribunal de Justiça tem dado uma margem grande demais aos Estados³.

Há ainda quem considere que abordagem do TJ é errática e desconhecadora das especificidades do Direito tributário, e que, por isso, põe seriamente em causa a segurança dos sujeitos passivos⁴.

Ao longo desta intervenção não vamos, naturalmente, resolver a questão da relação entre o a Soberania dos Estados em matéria fiscal e o Direito Fiscal da União Europeia, mas tão-só dar uma panorâmica da articulação entre elas, lançando, desejavelmente, alguma luz sobre a difícil articulação entre esses conceitos.

Começaremos por, de uma forma muito breve, delimitar o conceito de soberania fiscal.

Num momento seguinte daremos uma panorâmica sobre o Direito Fiscal da União Europeia e, num terceiro momento, faremos uma inter-relação entre os dois domínios sugerindo algumas orientações e ensaiando alguns posicionamentos, tendo em vista uma harmonização e não uma radicalização de posicionamentos

2. Soberania Fiscal

A soberania é um conceito multifacetado e que está longe de ser estático, tendo variado ao longo dos tempos.

Este conceito surgiu para apreender a natureza e origens da autoridade política, durante a Idade Média, altura em que foi utilizado para promover a emancipação dos senhores locais face ao poder religioso que se apresentava como universal, hierárquico e estático.

Mais tarde, na sequência da afirmação do Estado Moderno a soberania passou a confundir-se com ele e apresentava-se como ilimitada. Isto é, como uma competência absoluta do Estado.

Foi só com os conflitos do início do séc. XX que começou a dominar a ideia de que a soberania não poderia ser algo de ilimitado, sob pena de se fazer perigar a paz e a prosperidade mundial. Assim, num contexto de emergência de poderes supranacionais a visão clássica e Vestefaliana de soberania absoluta

² Cfr. GREETS, M. J./WARREN, A.C., *Income Tax Discrimination and the Political Economic Integration of Europe*, "The Yale Law Journal", vol. 115, 2006, p. 1118.

³ Cfr. VANISTENDAEL, F., *In Defence of the European Court of Justice*, "Bulletin for International Taxation", vol.62, n.º3, 2008, p. 96.

⁴ Cfr. SNELL, J., *Non-Discriminatory tax obstacles in Community law*, 56, "International and Comparative Law Quarterly", vol.56, n.º 2, 2007, pp. 339-370.

deixa de ser apropriada. Impondo-se, por conseguinte, alterações quer a nível da conceção simbólica do conceito quer a nível do seu modo de funcionamento.

O conceito de soberania passa a referir-se igualmente ao plano supranacional, não de modo a que haja uma supremacia da autoridade exercida a esse nível, ou até a uma partilha da mesma, mas de modo a fixar um plano de exercício em paralelo e de modo concertado. As fronteiras da soberania deixam, portanto, de ser territoriais passando o ser essencialmente funcionais⁵.

No domínio do direito a competência dos Estados também deixa de ser absoluta. Isto é, qualquer competência deve ser exercida tendo em atenção os objetivos e funções de outras entidades que tenham igualmente como incumbência o exercício de poderes soberanos. Consequentemente, também no plano jurídico, reiteramos que as novas fronteiras passam a ser as funções e os objetivos a realizar, ficando o território para um segundo plano.

Pode, portanto, afirmar-se que a soberania enquanto autoridade política, isto é no seu sentido mais epistémico, se mantém mais ou menos estabilizada. O mesmo não se podendo dizer quer da sua dimensão simbólica, enquanto atributo de um determinado Estado, quer da sua dimensão sistémica, ou seja, enquanto ordem que regula a relação entre Estados soberanos.

Fazendo agora uma transposição para o plano fiscal (uma das expressões mais importantes da soberania), podemos dizer que o enquadramento é precisamente o mesmo, não obstante o conceito de soberania fiscal estar ainda muito ligado ao Estado-Nação⁶. Isto é, os Estados modernos são crescentemente condicionados, quer por razões económicas quer jurídicas e igualmente pela pressão do seu enquadramento internacional, o que naturalmente tem impacto na liberdade decisória em matéria fiscal.

Num contexto de caracterização da soberania é ainda importante dizer que é à Assembleia da República que cabe a autoridade para definir as próprias competências. Tem o poder constituinte, depois dentro dos limites que lhe são atribuídos pela constituição define os poderes da administração e, finalmente, detém ainda competência quanto às relações entre os Estado e ordenamentos supraestaduais⁷.

Daí que, no estrito domínio fiscal, se fale muitas vezes de várias formas de soberania fiscal.

⁵ Cfr. ISENBAERT, M., *EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation*, IBFD, 2010, pp. 5-80.

⁶ O que se exacerbou essencialmente a partir do momento em que o Estado passou assumir a natureza de Estado Fiscal, ou seja, a depender para o seu financiamento e exercício das suas funções das receitas decorrentes do lançamento de impostos.

⁷ Cfr. SALDANHA SANCHES, J.L., *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, p. 76.

Distingue-se neste enquadramento:

- i) a soberania fiscal legislativa que corresponde à competência para emanar normas gerais e abstratas;
- ii) a soberania administrativa que exige que a aplicação das leis gerais e abstratas não poder ser feita sem que se atribua à administração um conjunto de poderes que lhe permitam a aplicação coerciva desses dispositivos legais;
- iii) a soberania judicial corresponde à competência reconhecida aos tribunais para controlarem a aplicação que a administração faz das leis⁸.

Num contexto genérico, embora com uma certa ênfase no contexto da relação com o Direito da União Europeia, sectores da doutrina nacional admitem igualmente uma alteração da soberania fiscal. Concluimos este ponto com uma sugestiva afirmação do ilustre Professor Saldanha Sanches:

“a soberania fiscal legislativa é exteriormente limitada pela celebração de acordos (bilaterais) de dupla tributação com outros países e pelo nascimento do Direito Fiscal Europeu; a soberania administrativa, pela obrigação contratual de cooperação com outras administrações fiscais...por último, a soberania judicial, pela crescente competência que vem assumindo o TJ no julgamento de questões fiscais”⁹.

3. Direito Fiscal da União Europeia

Do âmbito do Direito Fiscal da União Europeia fazem parte os impostos da União Europeia propriamente ditos, o esforço de harmonização no domínio da tributação direta e indireta, a troca de informações e assistência na cobrança de impostos e, mais recentemente, o combate à evasão fiscal.

Os impostos da União Europeia, propriamente ditos, são poucos e têm um relevo mínimo no orçamento da União. Destacam-se, neste contexto, a pauta aduaneira comum (Regulamento EU n.º 952/2013), o imposto sobre o rendimento dos funcionários (Regulamento CE, EURATOM n.º 723/2004) e as quotizações à produção no sector do açúcar. Nesse enquadramento pode ainda fazer-se referência ao há muito projetado imposto sobre as transações financeiras que, por motivos políticos, ainda não foi concretizado. Estes tributos têm uma finalidade mais intervencionista do que financeira, revelando, nessa medida, uma competência fiscal limitada e exclusivamente setorial.

⁸ Cfr. SALDANHA SANCHES, J.L., *Manual de Direito Fiscal*, Cit., p. 77.

⁹ In SALDANHA SANCHES, J.L., *Manual de Direito Fiscal*, Cit., p. 77.

A área com maior importância no domínio da fiscalidade europeia é, sem dúvida, o esforço de harmonização que está particularmente avançado nos impostos indiretos como o IVA (Diretiva 2006/112/CE) e os impostos especiais de consumo (Diretiva 2008/118/CE), cujas bases estão neste momento harmonizadas a nível da União Europeia. Contrariamente, no contexto da tributação direta, a harmonização é ainda muito incipiente, havendo apenas alguns avanços setoriais no contexto da tributação das sociedades. Sobressaem os regimes fiscais comuns relativos: (i) à tributação dos dividendos, aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas (Diretiva 2011/96/EU, alterada pelas diretivas 2014/86/EU e EU 2015/121); (ii) aos pagamentos de juros e royalties feitos entre sociedades associadas (Diretiva 2003/49/CE) e (iii) às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades (Diretiva 2009/133/CE). É interessante salientar que, em 2011, foi avançada uma Proposta de Diretiva [COM(2011) 121 final], tendo em vista a implementação de uma Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre Sociedades (recentemente lançada no âmbito do pacote de combate à evasão fiscal que a Comissão Europeia lançou no final de 2015). Se este projeto for implementado, tal como se espera que aconteça ao longo de 2016, haverá também uma harmonização da base de tributação das sociedades.

O atraso na harmonização a nível da tributação direta pode ser justificado por várias razões, desde logo o facto de, já no *Tratado que institui a Comunidade Europeia* (TCE), na disposição legal que hoje corresponde ao artigo 113.º do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* (TFUE), se prever expressamente a harmonização no domínio da tributação indireta, sem que houvesse uma referência similar à tributação direta (verificando-se unicamente, no artigo 114.º, n.º 1 do TFUE, uma alusão genérica à necessidade de aproximação de legislações). Há, porém, outros dois elementos que podem justificar o relativo atraso da harmonização no domínio da tributação direta: (i) o facto de a partir do Tratado de Maastricht a moeda ter deixado de poder ser utilizada como instrumento de condução da política financeira, e, conseqüentemente, os Estados não quererem perder a possibilidade de utilizar os impostos diretos como importantes instrumentos de condução desse tipo de políticas e (ii) o facto de a soberania fiscal dos Estados ter vindo a sofrer grandes alterações, implicadas, desde logo, pelos grandes avanços na harmonização da tributação direta, gerando, naturalmente, alguma relutância por parte dos Estado-Membros em abdicar do controlo que ainda têm de uma grande parte das questões relativas aos impostos diretos (até pela carga simbólica que estes têm). Apesar do atraso na harmonização tem havido, aquilo a que se chama, uma harmonização por vias transversas, no contexto da profusa jurisprudência produzida neste tipo de matérias e que frequentemente força os Estados-Membros a adaptar os seus sistemas fiscais, contornando assim o requisito da unanimidade (artigo 115.º do TFUE). Este tipo de harmonização é, todavia, apenas um efeito colateral da pro-

teção das liberdades económicas fundamentais, não revelando uma soberania fiscal plena e assumida.

Outro domínio importante é o da troca de informações onde, no contexto do combate à fraude e evasão fiscais no plano internacional, se evoluiu para uma troca automática de informações no domínio da fiscalidade direta, e se consagrou a possibilidade de ser disponibilizada pelas autoridades fiscais quer informação de natureza financeira (referente a dividendos, mais-valias, outros rendimentos financeiros e saldos das contas de pessoas singulares), quer informações sobre decisões fiscais em matéria de operações transfronteiriça e acordos prévios de preços de transferência, relativas a pessoas coletivas (Diretiva 2011/16/EU, alterada pelas Diretivas 2014/107/EU e EU 2015/0135). Existem também desenvolvimentos importantes no campo da assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a impostos, direitos e outras medidas (Diretiva 201024/EU).

Por fim, faz parte do âmbito da fiscalidade da União Europeia uma outra área que, apesar de se ter afirmado sobretudo nos tempos mais recentes, revela-se como uma das mais dinâmicas no contexto da Fiscalidade Europeia, servindo como catalisador de avanços mais rápidos noutras áreas mais tradicionais do domínio fiscal – referimo-nos ao combate à fraude e evasão fiscais. Neste domínio surgiu, no final do ano de 2015, como resposta ao plano de ação *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) da OCDE, um pacote contra a evasão fiscal, a implementar durante 2016, que assenta nos seguintes elementos: (i) Proposta de Diretiva que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno, ou Diretiva anti-BEPS, como muitas vezes é designada, [COM(2016) 26 final]; (ii) na já referida revista Diretiva relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade (Diretiva 2011/16/EU); (iii) na Recomendação da Comissão relativa à implementação de medidas contra a utilização abusiva de acordos de dupla tributação [C(2016) 271 final] e (iv) na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre uma estratégia externa para uma tributação efetiva [COM(2016) 24 final].

4. Relação entre Soberania Fiscal e Direito Fiscal da União Europeia

Pelo que se expôs verifica-se que, de facto, a soberania fiscal, tal como entendida em termos clássicos, se alterou consideravelmente no contexto da União Europeia.

Apesar dos grande avanços no que concerne à harmonização a nível das bases tributárias no âmbito de vários impostos indiretos e de se perspetivar um avanço similar no âmbito da tributação das sociedades, a tributação direta ainda

vai sendo o último reduto de uma soberania fiscal, tal como entendida em moldes mais tradicionais.

Sendo claro, neste domínio, que a União ainda não adquiriu o poder para lançar impostos diretos para financiar os vários Estados. Apenas os Tratados podem conferir poderes à União no âmbito da tributação direta num contexto muito preciso, ou seja, se o Conselho aprovar diretivas que tenham em vista harmonizar leis nacionais que afetem diretamente o funcionamento do mercado único, mas sempre num contexto de unanimidade¹⁰. Ora, esses condicionamentos justificam, em grande medida, o facto de a harmonização ser relativamente limitada.

Todavia, não é tanto no âmbito das políticas de harmonização que se levantam os problemas, pois nesses casos, apesar de tudo, existe uma participação dos vários Estados e um envolvimento dos parlamentos nacionais. Isto porque as diretivas têm de ser transpostas, assegurando-se, assim, o cumprimento, ainda que muitas vezes título meramente formal, de princípios jurídico-constitucionais como o princípio da legalidade. Aliás, o próprio artigo 8.º, n.º 4 da CRP reforça essa conciliação entre Direito Fiscal da União Europeia e Direito Constitucional Interno.

Os problemas maiores e de mais complexa resolução surgem, sim, a propósito do Direito Primário, ou seja, da jurisprudência do TJ relativa à conformidade do Direito Fiscal Nacional com as liberdades Económicas Fundamentais. Sendo no domínio da tributação direta que justamente surgem as maiores dificuldades de conciliação entre a proteção da liberdade de circulação e o exercício da soberania fiscal.

Tem havido algumas situações em que as especificidades do Direito Fiscal e dos equilíbrios que pressupõe têm sido postas em causa. Por exemplo, no célebre acórdão *Marks and Spencer*, isso ficou bem patente. Confiamos, porém, que o equilíbrio será resposto. Aliás, num caso relativamente recente opondo a Comissão ao Reino Unido¹¹ foi, de certo modo, revertida a jurisprudência *Marks and Spencer*, o que não deixa de ser significativo.

O grande problema de fundo é, de facto, a coexistência de diferentes sistemas fiscais. Esse é que é o grande obstáculo à livre circulação. Todavia, num contexto onde se aceita essa diversidade de sistemas é inevitável que os sujeitos que exercem as liberdades de circulação tenham de se confrontar frequentemente com consequências fiscais nem sempre favoráveis e que em muitas situações não podem ser imputadas aos Estados envolvidos.

Apesar de tudo, temos uma visão otimista. Em sintonia com Douma¹²

¹⁰ Cfr. artigo 115.º do TFUE.

¹¹ *Comissão v. Reino Unido*, C-172/13, de 3 de fevereiro de 2015.

¹² Cfr. DOUMA, S., *Optimization of Tax Sovereignty and Free Movement*, IBFD 2011, p.295.

que, na linha da teoria dos princípios de Alexy¹³, depois de enquadrar a livre circulação e soberania no âmbito dos princípios e não das normas, sugere um critério de concordância prática, também nós julgamos ser esse o caminho adequado.

Não havendo uma relação de hierarquia entre a soberania da EU em matéria Fiscal e a dos Estados Membros, A União tem de permitir aos Estados Membros o exercício das suas competências fiscais o que implicará, provavelmente, uma maior contenção por parte do TJ. Isto sem prejuízo de os Estados Membros deverem exercer os seus poderes em conformidade com o Direito da União Europeia¹⁴.

Verifica-se, além disso, que a soberania fiscal será seguramente reforçada no contexto do recente pacote de combate à evasão fiscal a que aludimos na parte final do ponto anterior.

5. Conclusões

Não há, na realidade, uma verdadeira oposição entre soberania fiscal e direito da União Europeia.

Constata-se que depois de uma certa vertigem do primado, tendemos agora para o equilíbrio que já é constatável em alguns acórdãos que reverteram decisões polémicas como a *Marks and Spencer*. Esta tendência para uma harmonização entre o exercício do poder tributário e o Direito da União Europeia será seguramente maximizada pela implementação do pacote contra a elisão fiscal e a mudança de abordagem que inevitavelmente implicará.

¹³ Cfr. ALEXY, R., *On Constitutional Rights to Protection*, in “Legisprudence” vol.3, n. ° 1, Julho de 2009, pp. 1-17.

¹⁴ Cfr. Schumacker, C-279/93, de 14 de fevereiro de 1995, n.º 21.

COMPARATIVO ENTRE A LEGISLAÇÃO AO ACESSO À INFORMAÇÃO PORTUGUESA E BRASILEIRA E OS DESAFIOS DE SUA IMPLEMENTAÇÃO

Marciele Berger Bernardes

Bolsista da CAPES – Proc. nº BEX 1788/15-9

Francisco Pacheco de Andrade

Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho

Paulo Novais

Professor Associado Escola de Informática da Universidade do Minho

1. Introdução

Num contexto de mudanças económicas e tecnológicas causadas pela globalização e desenvolvimento da sociedade informacional, o que antes era mera ficção científica, tornou-se realidade e começa a desafiar os governos mundiais. Tais desafios gravitam em torno da seguinte interrogante: como esse aparato tecnológico, pode contribuir para o aprimoramento das democracias. Mais informação é sinónimo de mais democracia? Esse fenómeno vem sendo analisado por estudiosos e é designado como governo aberto, que em última instância visa assegurar a maior transparência nas relações entre governos e cidadãos, bem como a co-produção do bem público.

Diante deste cenário, o trabalho se justifica pelo fato de que se propõe a compreender o fenómeno da Sociedade Informacional, a incorporação das TICs pelas administrações e as mudanças decorrentes do seu uso no modelo democrático brasileiro e português.

Para tanto, o presente estudo foi dividido em quatro capítulos o primeiro introdutório, o segundo abordou a evolução da sociedade informacional e a incorporação das TICs pela administração pública, no terceiro foi realizada a análise do quadro jurídico do direito de acesso à informação no cenário português e brasileiro para em seguida realizar o estudo comparativo das legislações e, por fim, foram apresentados os desafios para a consecução de políticas públicas de acesso à informação e fortalecimento da democracia, sendo essa a abordagem que segue.

2. Sociedade Informacional e Modernização da Administração Pública em Portugal e no Brasil

O uso das TICs pelas estruturas governamentais populariza-se e intensifica-se a cada dia. A Administração Pública também se insere neste cenário, cabendo destacar aqui dois movimentos importantes: o primeiro, chamado de Nova Gestão Pública (NGP) e o segundo Novo Serviço Público (NPS).

Como visto acima, a problemática ligada a sociedade informacional vem ganhando notoriedade no contexto internacional. Neste sentido, foram criados grupos de trabalho no âmbito da Organização das Nações Unidas visando estudos e debates sobre governança da internet, tendo a União Europeia, Portugal e Brasil dentre seus componentes.

Em Portugal, segundo dados do Programa Operacional Sociedade da Informação português- (POSI, 2000) a inclusão na sociedade informacional inicia-se tardiamente, em 1994 o país encontrava-se numa fase pré-digital. Com base nisso, várias políticas de governança tem sido adotadas dentre elas vale citar:

Quadro 1: Estratégias de governo Aberto adotadas pelo Estado Português¹:

1996 - Iniciativa Nacional para a Sociedade da Informação e a Conselho de Ministros da Missão para a Sociedade da Informação.

1997 - Livro Verde para a Sociedade da Informação

1998 - Programa Cidades Digitais

¹ Fonte: Elaborado pelos autores. Adaptado de: *Ligar Portugal (Programa Nacional para a Sociedade de Informação)*, Lisboa, Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior, 2005, disponível em <http://www.ligarportugal.pt/>, acesso em Março de 2016; *Programa Operacional Sociedade da Informação 2000-2006- POSI*, União Europeia: 2000, disponível em <http://www.unic.pt/images/stories/publicacoes200801/posi.pdf>, acesso em Março de 2016 e PORTUGAL, *Livro verde para a Sociedade da Informação em Portugal*, Lisboa, 1996, disponível em <http://homepage.ufp.pt/lmbg/formacao/lvfinal.pdf>, acesso em fevereiro de 2016.

1999 - Livro Branco do Desenvolvimento Científico e Tecnológico Português
2000 - Programa Operacional para a Sociedade de Informação (POSI)
2000 - Comissão Interministerial para a Sociedade de Informação e Iniciativa Internet;
2001 - Concurso público para a generalização do Programa Cidades Digitais
2002 - Decreto-Lei criou o Diploma de Competências Básicas em Tecnologias de Informação e a Comissão Interministerial para a Sociedade de Informação
2002 - Unidade de Missão Inovação Conhecimento (UMIC);
2003 - Iniciativa Nacional para a Banda Larga
2005 - Programa Ligar PT e Simplex (simplificação e melhoria da prestação de serviços públicos)
2007 - Agência para a Modernização Administrativa

Seguindo Portugal o Estado brasileiro somente inicia seu bloco de políticas para a Sociedade Informacional no final da década de 90 são sintetizadas no quadro abaixo²:

Quadro 2: Estratégias de governo aberto adotadas pelo Estado Brasileiro

1995 - Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado
1999 - Programa Sociedade da Informação
2000 - Governo Luiz Fernando Cardoso - Comitê Executivo de Governo Eletrônico (CEGE).
2002 - Luiz Inácio Lula da Silva:
2004 - Departamento de Governo Eletrônico
2004 - Criação do Portal Transparência no ano de 2004
2009 - Lei de Responsabilidade Fiscal
2009 - Portal e-democracia
2010 - Dilma Rouseff
2011 - Parceria para Governo Aberto (OGP).
2011 - Comitê Interministerial para Governo Aberto (CIGA), - Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto (PNGA).

² Fonte: BERNARDES, Marciele Berger/ROVER, Aires José, “Lei de Acesso a Informação e disponibilização de dados remuneratórios pelos Tribunais de Justiça” in *II Congresso Iberoamericano de Docentes e Investigadores em Derecho e Informática*, CIIDI, 2014, p.9.

Como se nota, a incorporação das TICs no contexto da Sociedade Informacional tanto em Portugal quanto no Brasil foi marcada por um processo tardio, com especificidades a depender do Estado, mas ainda não foi totalmente implementado. Neste sentido, vale o estudo sobre o direito de acesso à informação nos diplomas constitucionais e infraconstitucionais destes Estados.

3. Direito à informação em Portugal e no Brasil: Bases Constitucionais e Legais

Neste item, toma-se como premissa que o Direito à Informação é um direito fundamental³ dos cidadãos e, por conseguinte, deve estar consagrado nos regimes políticos modernos. Ademais, sabe-se que as tecnologias não são a panacéia a solucionar todos os déficits democráticos.⁴ Portanto, na sequência serão estudadas de forma sintetizada algumas das principais políticas adotadas em Portugal e no Brasil no sentido de promover o direito de acesso.

3.1. Direito à Informação no quadro jurídico português

O direito à informação encontra respaldo na Constituição da República Portuguesa (CRP)⁵ desde 1976 (princípio do livre acesso aos arquivos e documentos da Administração Pública), sendo posteriormente atualizado pela Constituição de 1982, a qual consagrou o direito de se informar em quatro princípios: direito à informação (arts. 20 e 37); reserva da intimidade e vida privada (arts. 26, 34, 268); segredo de justiça (arts. 268).

Todavia, a despeito da previsão desde a Carta de 1976, apenas em 1993 é que a matéria foi regulada através da Lei de Acesso aos Documentos Administrativos-LADA (Lei n.º 65/93). Tal dispositivo foi reiteradamente alterado em 1995 e em 1996 e posteriormente pela Diretiva 2003/98, sendo totalmente revogado pela Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto⁶.

³ A expressão acima foi criada pela Organização Não Governamental - ONG Artigo 19. Disponível em <http://artigo19.org/?p=40>, acesso em 01 março de 2016.

⁴ CASTELLS, Manuel, *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*, vol. 1. 14ª reimp. São Paulo, Paz e Terra, 2011

⁵ PORTUGAL, *Constituição da República Portuguesa VII*, Revisão Constitucional 2005, disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>, acesso em fevereiro de 2016.

⁶ Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, regula o Acesso aos Documentos Administrativos, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=931&tabela=leis, acesso em fevereiro de 2016.

A atual LADA é dividida em quarto capítulos e conta com 41 artigos.

No **primeiro capítulo** “Disposições gerais” (princípios da administração aberta, objetivos; órgãos sujeitos à LADA; o direito dos cidadãos; dados referentes à **saúde**). O **segundo capítulo** “Exercício do direito de acesso e de reutilização dos documentos administrativos” é dividido em duas Seções: *Do direito de Acesso* e *da Reutilização de Documentos*. O **terceiro capítulo** versa sobre a “CADA” (composição, funcionamento, competências e fiscalização). Por fim, no último capítulo “Contra-ordenações” (formas de violações dos direitos), sanções, prazos e recursos para os Tribunais Administrativos.

3.2. Direito à Informação no quadro jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988⁷ constitui um marco, uma vez que restaura a democracia no Brasil confere direitos aos cidadãos e impõe deveres ao Estado para a consecução dessas garantias.

Esta carta fundamental consagrou em seus artigos 5º, incisos XIV e XXXIII; e artigo 37, § 3º, inciso II o direito de acesso a informação.

Nesta seção proceder-se-á a análise das principais regras, procedimentos e prazos adotados pela Lei de Acesso a Informação Brasileira, o primeiro capítulo – **Disposições Gerais** (sujeitos à LAI, em seguida, o comando central da Lei, qual seja de que a **informação é a regra e o sigilo é a exceção** e as regras da Transparência Ativa). No **Capítulo II – Do Acesso a Informações e da sua Divulgação** – (gestão transparente e o Serviço de Informação ao Cidadão – SIC). Já no **Capítulo III – Do Procedimento de Acesso à Informação**, (Transparência passiva). No **Capítulo IV – Das Restrições de Acesso à Informação**, (sigilo e classificação das informações). O **Capítulo V – Das Responsabilidades**, (condutas que configuram o descumprimento da Lei e as sanções pelo descumprimento).

Por fim, no último Capítulo (obrigatoriedade de todos os órgãos/entidades da administração pública pelo cumprimento e monitoramento da Lei).

⁷ BRASIL, Constituição (1988), *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, Organização do texto, Yussef Said Cahali. 10.ª ed. São Paulo, RT, 2008.

4. Comparativo entre a legislação de direito ao acesso à informação portuguesa e brasileira e os desafios de sua implementação

Este item destina-se ao estudo comparado das legislações portuguesa Lei de Acesso aos Documentos Administrativos de 1993 (revisada em 2007) e legislação brasileira- Lei de Acesso à informação de 2011.

Segundo dados da *Global Right to Information Rating* (2015) dos 103 países avaliados o Brasil ocupa 18ª posição enquanto Portugal está em 70º. Assim, este estudo comparativo se justifica, pois busca compreender se legislações mais recentes são mais efetivas e quais os desafios para a operacionalização destes diplomas legais.

Neste sentido, esclarecem Ackerman e Sandoval⁸ que o conteúdo e a forma de interpretar estas legislações ao redor do mundo varia, portanto sugere um roteiro, com quatro categorias, a ser seguido quando da análise comparativa, são elas: cobertura; exceções; supervisão, seguimento e facilidade de acesso.

No que tange a **Cobertura** o cenário ideal é que a lei cubra “todas as instituições que recebem dinheiro público, incluindo os três poderes”⁹. Neste sentido, tanto a LADA portuguesa (art.4º) quanto a LAI brasileira apresentam ampla cobertura.

Na seqüência importa comparar as leis no que tange a categoria **Exceções**, primeiramente, (quem define informação secreta, quais as exceções ao sigilo?) em segundo (privacidade e proteção de informações pessoais).

No estudo comparado observou-se que a primeira parte desta categoria é cumprida por ambas as normas, sendo que ambas possuem legislação especial a detalhar o tratamento das informações classificadas em grau de sigilo.

Vale registrar que pesquisas sobre a LADA portuguesa sinalizam que a mesma apresenta excessos quanto a categoria exceções.¹⁰

Ainda na categoria das **exceções**, no item referente a Proteção de Informações pessoais, em nenhuma das legislações analisadas localizou-se dispositivo específico a proteger dados pessoais tanto dos servidores quanto dos cidadãos.

⁸ ACKERMAN, John/SANDOVAL, Irma, *Leyes de Acceso a La Información en el Mundo*, “Cuadernos de transparencia”, México, IFAI, 2005, p. 24, disponível em <http://www.ifai.org.mx/Publicaciones/publicaciones>, acesso em fevereiro 2016.

⁹ ACKERMAN, John/ SANDOVAL, *Leves de Acceso a La Información en el Mundo*, Cit., p.25.

¹⁰ BERNARDO, Luís, *Dados, conhecimento, acção: Melhorar o Acesso à Informação em Portugal. Transparência Internacional*, 2012, disponível em <http://homepage.ufp.pt/lmbg/formacao/lvfinal.pdf>, acesso em fevereiro de 2016.

A terceira categoria **Supervisão e seguimento** (órgão autônomo e independente responsável pela fiscalização). Sob esse aspecto a LADA portuguesa se sobressai ao destinar capítulo específico o qual versa a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), já a LAI brasileira, somente determina que cada instituição deve designar autoridade responsável pelo cumprimento da norma, após o esgotamento das vias administrativas o cidadão pode apelar as vias judiciais.

Por fim, a última categoria se refere a **Facilidade de Acesso**, ou seja, demanda informação *Pró-ativa* por parte das administrações e, além disso, atualização e linguagem acessível. A esse propósito a LADA não conta com um dispositivo que obrigue a administração a apresentar informações, tampouco critérios para definir o são explicações claras, simples e precisas das decisões¹¹. Outro obstáculo ao acesso à informação na legislação portuguesa é que o Diário da República Eletrônico-DRE impõe “taxas elevadas à execução de funções de pesquisa avançada (como pesquisa em linguagem natural), não permite uma pesquisa unificada em todas as séries e apenas disponibiliza versões PDF das páginas do Diário da República”¹².

Além disso, no atual contexto informacional e mediante a lista de políticas de governo aberto adotadas pelos governos a omissão da LADA portuguesa dificulta a fiscalização via portais de governo em, nas palavras de Bernardo¹³ “o acesso pelos cidadãos, no que respeita às atividades do setor público, é feito, essencialmente, através dos relatórios anuais e planos de atividades das entidades, que nem sempre estão disponíveis online”.

A lei brasileira, pelo o fato de ser mais recente, já nasce com o *standard* de que a partir da publicação da LAI a “informação passou a ser a regra e o sigilo a exceção”. Em face disso, divide a norma em dois eixos: *transparência ativa* (rol de informações que obrigatoriamente são oferecidas pela administração) e *transparência passiva* (rol de informações que devem ser requeridas pelo cidadão pelo Serviço de Informação ao Cidadão-SIC, mediante pagamento).

Cumprir registrar que a simples disponibilização de informações não significa que haja efetiva apropriação da mesma pelos cidadãos e que estes conseguiram se apropriar destas informações para fiscalizarem a administração, ou auxiliarem na co-produção do bem público¹⁴.

¹¹ BERNARDO, Luís, *Dados, conhecimento, ação...*, Cit.

¹² BERNARDO, Luís, *Dados, conhecimento, ação...*, Cit., p.06

¹³ BERNARDO, Luís, *Dados, conhecimento, ação...*, Cit., p.07

¹⁴ BERNARDES, Marcielo Berger, *Democracia na Sociedade Informacional: O desenvolvimento da democracia digital nos municípios brasileiros*, São Paulo, Saraiva, 2013.

Com efeito, do comparativo acima, pode-se inferir que tanto a Lei Portuguesa como a Lei Brasileira, apresentam inovações, omissões, semelhanças e diferenças entre si, sendo que a LAI é na generalidade de seus artigos melhor detalhada e mais aprofundada do que a LADA. Contudo, esta estabelece artigos importantes acerca dos órgãos de controle e responsabilidade dos agentes, bem como dos dados referentes à saúde e obriga a atualização periódica das informações.

Importante referir ainda que a despeito do Brasil ocupar melhor *ranking* no que tange a legislação de acesso à informação¹⁵ isso não significa que os órgãos públicos deste país automaticamente tenham se tornado mais transparentes e que os cidadãos consigam de imediato informações da administração.

A doutrina relata casos em que a cultura do sigilo perdura dentro da administração brasileira, dando ensejo inclusive a processos judiciais¹⁶. Por estas razões, pode-se afirmar que em termos de eficácia das leis tanto Brasil quanto Portugal enfrentam dificuldade por parte dos órgãos responsáveis, o que aumenta a insatisfação dos cidadãos com relação a transparência pública.

5. Considerações Finais

Na introdução deste estudo, propôs-se analisar como estão sendo implementados os preceitos das Leis que asseguram o direito de Acesso nos ordenamentos jurídicos Português e Brasileiro.

No estudo do cenário Português observou-se que as políticas de inserção na Sociedade Informacional tiveram diversas etapas evolutivas inclusive com revisão, em 2007, da sua primeira lei de acesso datada de 1993. Já no que tange ao modelo brasileiro, este foi mais tardio, somente em 2011 foi publicada a LAI, portanto 23 anos após a previsão na Constituição Federal é que o Direito à Informação foi regulado por Lei.

Em face disso, considerou-se necessário o estudo comparado dos principais dispositivos das referidas Leis a fim de verificar seus limites e as novas possibilidades representadas pelas TICs.

A partir da abordagem feita, constatou-se que guardadas as devidas particularidades, tanto Portugal quanto o Brasil, historicamente conhecidos pelos seus défices democráticos, possuem diplomas que atendem os Standards internacionais de acesso à informação. Todavia, demandam revisão de seus diplomas no que tange as categorias cobertura, exceções (falta de previsão sobre a proteção

¹⁵ GRI, 2015

¹⁶ SANTOS, P./ BERNARDES, M./ ROVER, A., *Teoria e Prática de Governo Aberto: Lei de Acesso a Informação nos Executivos Municipais da Região Sul*, Funjab., Florianópolis, 2014, p.214.

de dados), supervisão (no Brasil criação de órgão independente e autônomo; em Portugal que a CADA incremente o monitoramento de reclamações e acompanhe o curso dos processos).

Referências bibliográficas

- ACKERMAN, John/SANDOVAL, Irma, *Leyes de Acceso a La Información en el Mundo*, “Cuadernos de transparência”, México, IFAI, 2005, disponível em <http://www.ifai.org.mx/Publicaciones/publicaciones>, acesso em fevereiro de 2016.
- BERNARDES, Marciele Berger; ROVER, Aires José, “Lei de Acesso a Informação e disponibilização de dados remuneratórios pelos Tribunais de Justiça” in *II Congreso Iberoamericano de Docentes e Investigadores em Derecho e Informática*, CIIDI, 2014.
- BERNARDES, Marciele Berger, *Democracia na Sociedade Informacional: O desenvolvimento da democracia digital nos municípios brasileiros*, São Paulo, Saraiva, 2013.
- BERNARDO, Luís, *Dados, conhecimento, acção: Melhorar o Acesso à Informação em Portugal*, Transparência Internacional, 2012, disponível em, < <http://homepage.ufp.pt/lmbg/formacao/lvfinal.pdf>>, acesso em fevereiro de 2016.
- BRASIL, Constituição (1988), *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, Organização do texto: Yussef Said Cahali. 10.^a ed. São Paulo, RT, 2008.
- _____. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. *Regula o acesso a informações* previsto no inciso XXXIII do art. 5o, no inciso II do § 3o do art. 37 e no § 2o do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Brasília, nov. 2011. (2011b). Tavel, P. 2007. *Modeling and Simulation Design*. AK Peters Ltd., Natick, MA.
- _____. *Pedido De Suspensão De Liminar* – PSL n. 630/RS. Relator: AYRES BRITTO. Julgamento em: 30 de julho de 2012, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL630.pd>, acesso em 21 fevereiro de 2016.
- CASTELLS, Manuel, *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*, vol. 1, 14^a reimp, São Paulo, Paz e Terra, 2011.
- DENHARDT, J. V./DENHARDT, R. B, *The New Public Service: Serving, Not Steering*. New York. M.E.Sharpe, 2003. Number: UMI Order No. GAX95-09398., University of Washington.
- PEREIRA, Paulo Trigo, *Portugal: dívida pública e défice democrático*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012.
- PORTUGAL, *Livro verde para a Sociedade da Informação em Portugal*, Lisboa, 1996, disponível em:< <http://homepage.ufp.pt/lmbg/formacao/lvfinal.pdf>>, acesso em fevereiro de 2016.
- _____. *Programa Operacional Sociedade da Informação 2000-2006 - POSI*. União Europeia: 2000, disponível em:< <http://www.umic.pt/images/stories/publicacoes200801/posi.pdf>>, acesso em março 2016.

- _____. *Ligar Portugal (Programa Nacional para a Sociedade de Informação)*. Lisboa: Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior, 2005, disponível em:< <http://www.ligarportugal.pt/>>, acesso em março de 2016.
- _____. *Constituição da República Portuguesa VII Revisão Constitucional [2005]*. Disponível em:< <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em fev. 2016.
- _____. Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto. *Regula o Acesso aos Documentos Administrativos*, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=931&tabela=leis>, acesso em fevereiro de 2016.
- SANTOS, P ./BERNARDES, M .; ROVER, A., *Teoria e Prática de Governo Aberto: Lei de Acesso a Informação nos Executivos Municipais da Região Sul*, Florianópolis, Funjab, 2014, p. 214.
- TOFFLER, Alvin, *A terceira onda*, tradução de João Távora, 29.ª ed. Rio de Janeiro, Record, 2007.

OS FATOS LEGISLATIVOS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Margarida Maria Lacombe Camargo

Professora de Teoria do Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

1. Nota Prévia

Meu propósito é trazer o tema de valoração das provas para o terreno da jurisdição constitucional, diante do fenômeno cada vez mais recorrente das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, e pelo fato de o tema das provas e da sua valoração ser tratado quase que exclusivamente no direito processual sob uma perspectiva pretérita, de adjudicação do direito. Muito pouco ou quase nada tem sido trabalhado sobre a importância dos fatos na jurisdição constitucional, quando eles assumem uma visão prospectiva, de natureza legislativa. O eixo do trabalho é a distinção feita por Kenneth Culp Davis entre fatos legislativos e fatos adjudicativos.

Em um primeiro momento será feita uma breve apresentação das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, com base na legislação que as prevê e destaque para a distinção que pode ser feita entre fatos legislativos e fatos adjudicativos, em função da sua utilização no processo judicial.

Na sequência, serão apresentados alguns aspectos teóricos sobre a identificação dos predicados fáticos normativos que servem de objeto à ação de controle de constitucionalidade das leis realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

No terceiro momento será feita uma provocação, de natureza teórica, no sentido de introduzirmos os fatos legislativos na doutrina do direito processual, especificamente no que diz respeito ao problema da valoração das provas.

Por último, um breve estudo de caso sobre um julgamento realizado pela Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, que pode servir de exemplo ao que foi dito.

2. O STF e as Audiências Públicas

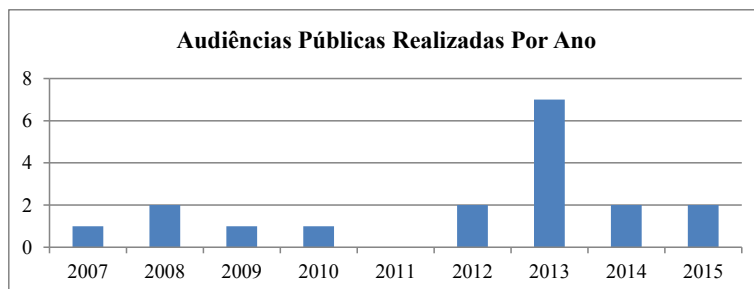
O Supremo Tribunal Federal brasileiro vem realizando cada vez mais audiências públicas. Trata-se de uma possibilidade prevista pelo legislador ao editar a lei 9868/99 e o Regimento Interno da Corte para “ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e interesse público relevante, debatidas no âmbito do tribunal.”¹

De 2007, data da primeira, até dezembro de 2015, foram realizadas 18 audiências públicas.² Alguma dúvida existe, entre os pesquisadores, se elas, na realidade, voltam-se para a legitimação da Corte, ao ouvir a sociedade, ou para que os ministros obtenham algum tipo de conhecimento necessário à decisão, mas que escape aos limites da dogmática jurídica.

O que vemos, da análise feita sobre os discursos de abertura e encerramento das audiências, momento em que o organizador esclarece seus propósitos e limites, é que a colaboração dos experts e dos representantes de movimentos sociais ali presentes servem para oferecer informações de natureza técnica e científica, ainda que baseadas na experiência. As organizações sociais, mesmo com sua existência marcada para a defesa de interesses no terreno da política, normalmente se fazem representar por um professor pesquisador. Somando-se a isso o fato de não existirem critérios de representatividade democrática nas audiências públicas, deslocaremos nosso foco para o terreno da técnica e da cientificidade, nos concentrando sobre os argumentos daí advindos.

¹ Lei 9868/99, art. 9, § 1º e RISTF, arts. 13, XVII e 21, XVII, que permitem ao Relator do caso ou ao Presidente da Corte “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.”. Mantida a atribuição do Relator pelo mesmo diploma legal: “Art. 21. São atribuições do Relator: [...]XVIIÂ – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.

²



Fato é que por meio das audiências públicas dados e informações de ordem empírica chegam à Corte, demandando tratamento probatório, pois é com base neles que os juízes irão decidir.³

O trabalho do juiz no âmbito da jurisdição constitucional é distinto dos juízes de primeira e segunda instância e, portanto, o uso que fazem dos fatos da realidade é também distinto. Importante, assim, anotar a diferença entre duas ordens de fatos que importam ao Direito, e para isso nos valem de distinção feita por Kenneth Culp Davis em 1942, quando se deparou com o forte aspecto técnico regulatório das agências reguladoras nos EUA⁴

“When a court or an agency finds facts concerning the immediate parties—who did what, where, when, how, and with what motive or intent—the court or agency is performing an adjudicative function, and the facts so determined are conveniently called adjudicative facts. When a court or an agency develops law or policy, it is acting legislatively; the courts have created the common law through judicial legislation, and the facts which inform the tribunal’s legislative judgment are called legislative facts”. Stated in other terms, the adjudicative facts are those to which the law is applied in the process of adjudication. They are the facts that normally go to the jury in a jury case. They relate to the parties, their activities, their properties, their businesses. Legislative facts are those which help the tribunal to determine the content of law and policy and to exercise its judgment or discretion in determining what course of action to take.”

O problema central a ser enfrentado, na ocasião, era o tratamento que a legislação que estava sendo gestada nos Estados Unidos, para a unificação das regras processuais relativas a provas, daria aos fatos legislativos. Na medida em

³ A Lei 9868/99 foi construída sob o princípio de que as questões de fato não estão excluídas da jurisdição constitucional. Expressamente encontramos no texto da sua exposição de motivos que “Hoje, não há como negar a comunicação ente norma e fato [...], que constitui condição da própria interpretação constitucional. [...] Tem-se, assim, a proposta de dois novos institutos, o *amicus curiae* e a audiência pública, que servirão para modernizar o processo constitucional brasileiro.” Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-exposicaodemotivos-150030-pl.html>

⁴ “When an agency finds facts concerning immediate parties what the parties did, what the circumstances were, what the back- ground conditions were -the agency is performing an adjudicative function, and the facts may conveniently be called adjudicative facts. When an agency wrestles with a question of law or policy, it is acting legislatively, just as judges have created the common law through judicial legislation, and the facts which inform its legislative judgment may conveniently be denominated legislative facts.” DAVIS, Kenneth Culp, *An approach to problems of evidence in the administrative process*, “Harvard Law Review”, vol. 55, n.º 3, 1942, pp. 364-425 (402).

que se cuida de fatos que não interessam diretamente à defesa das partes e à apuração da verdade pelo juiz responsável pela aplicação da sanção, eles recairiam na categoria da “judicial notice”, isto é, poderiam ser considerados independente da apresentação de prova.

Com a experiência das agências reguladoras, Davis nota que também o poder judiciário lança mão de fatos legislativos para julgar. Sua atuação é criativa e nem todos os fatos que suportam o julgamento podem ser objeto de prova.

“[...] whenever a tribunal is engaged in the creation of law or of policy, it may need to resort to legislative facts, whether or not those facts have been developed on the record.

The exceedingly practical difference between legislative and adjudicative facts is that, apart from facts properly noticed, the tribunal’s findings of adjudicative facts must be supported by evidence, but findings or assumptions of legislative facts need not, frequently are not, and sometimes cannot be supported by evidence.”⁵

A Federal Rules of Evidence, criada em 1972 nos Estados Unidos, acabou por alijar expressamente da Judicial Notice os fatos legislativos, Rule 201.⁶ Com isso abre-se todo um rol de discussão no sentido de que os fatos legislativos, cada vez mais acessíveis pelas novas tecnologias como a internet, ficam ausentes formalmente dos autos (out of the records) uma vez que sequer pelo mecanismo da Judicial Notice podem ser processualmente considerados (conhecidos) e contraditados.

No Brasil essa discussão não se faz presente. A doutrina tradicional dos fatos notórios e das regras da experiência, independente de provas, referem-se, respectivamente, a “fatos cuja ciência têm acesso, de maneira geral, as pessoas que vivem no ambiente sócio-cultural em que se acha inserido o juiz, como por exemplo a data em que se comemora a independência do país”, e “a noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam ser apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de condições, apresentar-se no futuro”.⁷

⁵ DAVIS, Kenneth Culp, *Judicial Notice*, “Columbia. Law Review”, vol.55, n.º7, 1955, pp. 945-984 (952)

⁶ Federal Rules of Evidence. Rule 201. Judicial Notice of Adjudicative Facts.
(a) Scope. This rule governs judicial notice of an adjudicative fact only, not a legislative fact - disponível em https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_20.

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa, “Regras da Experiência e Conceitos Jurídicos Indeterminados”, in *Temas de Direito Processual*, segunda Série, São Paulo: Saraiva, 1980, p.62.
“As regras da experiência se distinguem dos fatos notórios pela generalidade e abstração que as

É no âmbito da jurisdição constitucional, onde a criação normativa mais se faz presente, a incidência dos fatos legislativos ganha acento especial. Nos Estados Unidos, David Faigman⁸ é um dos autores que mais vem se dedicando ao estudo dos fatos legislativos na Suprema Corte, ainda que em 1924 Bicklé já tivesse apontado para a importância do que chamava de “fatos constitucionais”.⁹ No Brasil, o Ministro Gilmar Mendes, um dos autores da Lei 9868/99, que disciplina o processo de controle de constitucionalidade das leis, já destacada de início, escreveu um trabalho especificamente sobre os fatos legislativos e a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, tomando como base a experiência alemã.¹⁰ Influenciado na teoria de Peter Habermas no sentido de que se o juiz constitucional não interpreta de forma isolada o texto constitucional, a tendência é a de que o processo constitucional admita e amplie novas formas de participação: “O reconhecimento da pluralidade e da complexidade da interpretação constitucional traduz não apenas uma concretização do princípio democrático, mas também uma consequência metodológica da abertura material da Constituição.” O autor, em síntese, trabalha o tema dos fatos legislativos em termos de prognoses, chamando a atenção para a criação de um modelo procedimental aberto para a jurisdição constitucional. “No que respeita aos eventos futuros, entende-se que a decisão sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de uma dada lei depende da confirmação de um prognóstico fixado pelo legislador ou da provável verificação de um dado evento.”¹¹

caracterizam, advindo de variadas fontes, inclusive com base científica, embora já tenham sido incorporadas no saber popular, como por exemplo, a de que onde existem águas estagnadas proliferam mosquitos, ou a de que é de nove meses o período de gestação do ser humano, ou a de que as águas correm do nível mais alto para o mais baixo.”. *Idem., Ibidem.*, p. 62.

⁸ FAIGMAN, David L., *Constitutional Fictions – a unified theory of constitutional facts*, Oxford University Press, 2008.

⁹ BIKLÉ, Henry Wolf, *Judicial determination of questions of fact affecting the constitutional validity of legislative action*, “Harvard Law Review” vol. 38, n.º 1, Nov., 1924, pp. 6-27.

¹⁰ MENDES, Gilmar, *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial*, “Revista dos Tribunais” n.º 766, 1999, pp.11 - 28.

¹¹ MENDES, Gilmar, *Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*, “Revista Diálogo Jurídico”, vol. 1, n.º. 3, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, 2001 (disponível em <http://www.direitopublico.com.br>).

3. A criação de normas pelo Supremo Tribunal Federal: em especial o seu predicado fático

As Cortes Constitucionais, no exercício do controle da constitucionalidade das leis, atua como legislador negativo ao alterar a ordem vigente com a declaração de inconstitucionalidade da lei presumidamente válida. E atua como legislador positivo quando, ao decidir sobre o caso concreto, cria precedente a ser seguido pelo próprio tribunal e pelas instâncias inferiores.

Parto do princípio de que mesmo em países da tradição da *civil law*, como o Brasil, o precedente judicial cria norma jurídica na medida em que aponta ao jurisdicionado uma nova conduta como devida. A título de exemplo basta citar a ADPF 54, que reconheceu a possibilidade da interrupção da gravidez em caso de fetos anencéfalos. O Supremo Tribunal julgou diretamente com base na Constituição abrindo, na realidade, mais uma exceção à proibição do aborto além das já previstas no Código Penal. A partir daquela decisão as mulheres souberam que, no Brasil, é lícito tomar tal atitude. E os exemplos são vários, inclusive a decisão que conclui pela licitude do uso de células tronco embrionárias para pesquisa, conforme exemplo a ser explorado mais adiante.

Situam-se, assim, as normas provenientes das decisões das Cortes Constitucionais na mesma hierarquia das leis ordinárias. Como guardião da Constituição, em termos institucionais o STF tem posição superior, mas a norma extraída de suas decisões possuem a mesma hierarquia das leis ordinárias.

Schauer mostra que o precedente é a regra (parte generalizável) que serviu de justificativa à decisão anterior.¹²

A norma surge, conforme mostra Guastini,¹³ quando reconhecemos a existência de um “fato condicionante”, ou hipótese, ao qual se atribui uma consequência normativa. Normas reguladoras (prescritivas) criam “fatos institucionais”, que disciplinam “fatos brutos” (aqueles independentes das normas). As normas conferem a um fato bruto um sentido normativo (ou institucional), e isso tem base em Kelsen, quando diz que a norma é padrão de interpretação para os fatos “jurídicos”¹⁴. Assim Guastini observa que “é impossível descrever esses fatos sem fazer referencia às normas que o constituem”.

Para percebermos como a parte generalizável, constitutiva da regra, se apoia em conhecimentos empíricos, nos valem do estudo de Schauer sobre a formação dos predicados fáticos normativos:

¹² SCHAUER, Frederick, *Thinking Like a Lawyer*, Cap.III, item 4, Abril de 2012.

¹³ GUASTINI, Riccardo, *Das Fontes às Normas*, Cap. III, item 3, São Paulo, Quartier Latin, 2005.

¹⁴ KENSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 1934.

“O predicado fático de uma regra consiste numa generalização percebida como causalmente relevante para um objetivo que se procura alcançar ou um mal que se procura evitar. A prescrição desse objetivo, ou a proscição desse mal, constitui a justificação que portanto determina qual generalização constituirá o predicado fático da regra.”¹⁵

O conhecimento empírico mostra as causas que produzem determinados resultados no mundo real. E como é em função desses resultados que queremos controlar as ações humanas, as causas que lhe dão origem e servem de justificativa para a atribuição do consequente normativo devem ser suficientemente conhecidas e também controladas. A certeza e veracidade sobre os fatos aparece aqui como fator determinante de justificativa para a criação do Direito. “O predicado fático de uma regra é uma generalização probabilística em relação a alguma justificação (quase sempre, mas não necessariamente, não mencionada)”

O controle dos fatos que servem de justificativa para a criação da norma jurídica é tarefa típica do legislador. Mas como vimos que no âmbito da jurisdição constitucional também se cria direito, ou pelo menos é nos tribunais constitucionais que esse fenômeno é mais facilmente verificado e provoca maior impacto na ordem jurídica positiva, é sobre ele que concentraremos nossas atenções.

Mas a tarefa do juiz não se confunde com a do legislador. O Tribunal Constitucional é instado a aplicar a Constituição, mediante provocação. Não age de ofício. Nesse sentido, a descontar as norma de organização, cujo suporte fático é mais facilmente determinado, na seara dos direitos fundamentais a questão se complica. Como ressalta Virgílio Afonso da Silva, ao se debruçar sobre o tema, a função primordial das liberdades públicas é proteger algo contra intervenções indevidas. A definição desse *algo*, sua extensão e quais os tipos possíveis de intervenção corresponde àquilo que é protegido pela norma constitucional e constitui o seu suporte fático.¹⁶

Em conformidade com a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, sabemos que a construção do suporte fático relativo a uma questão que envolve (restrição de) direitos fundamentais, é matéria que se sustenta nas circunstâncias do caso concreto, ainda que sem perder a dimensão generalizadora da norma adscrita que servirá de precedente para julgamentos futuros.¹⁷

Alexy mostra que a aplicação de direitos fundamentais, notadamente os de liberdade, implica numa relação de colisão, dado que a liberdade de um vai

¹⁵ SCHAUER in DANILO MARCONDES e NOEL STRUCHINER, *Textos Básicos de Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar, 2015, p. 171.

¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 70.

¹⁷ ALEXY, Robert., *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

até onde a liberdade do outro deve ir. Estabelece-se, então uma relação de precedência condicionada. A questão aqui é decidir sob que circunstâncias condicionantes um princípio tem preferência sobre outro. “As condições sobre as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”¹⁸. Sustenta sua tese tomando como exemplo do Caso Lebach.

Trata-se da seguinte situação: um canal de televisão projetaria, pela segunda vez, um documentário sobre um crime em que quatro soldados que guardavam um depósito de armas do Exército, perto de Lebach, foram assassinados enquanto dormiam e armas foram subtraídas para a realização de outros crimes. Uma pessoa condenada como cúmplice nesse crime e que estava próxima de sair da prisão, considerou que a divulgação do documentário com seu nome e fotografia expostos, violaria o seu direito fundamental de ressocialização. A colisão deu-se entre o direito à proteção da personalidade e o direito à informação. O tribunal levou em consideração a atualidade da informação sobre atos delituosos, e assim decidiu que em caso de repetição de uma informação sobre um delito grave, que não responde a interesses atuais e que põe em perigo a ressocialização do autor, deve prevalecer a proteção da personalidade frente a liberdade de informação. Assim a regra que orientou a decisão baseou-se em quatro condicionantes de ordem fática: S1 + S2 + S3 + S4, e pode ser descrita nos seguintes termos: “uma informação televisiva repetida (S1), que não responde a um interesse atual de informação (S2) sobre um fato delituoso grave (S3) e que põe em perigo a ressocialização do autor (S4) está constitucionalmente proibida.”¹⁹

O exercício da ponderação, consequência da colisão de princípios apontada por Alexy, sustenta-se na argumentação quando se procura provar, pelo convencimento, que um direito fundamental deve prevalecer sobre o outro. Mas vale reparar que a argumentação constitucional não se limita a argumentos de natureza normativa jusfundamental ou principiológica. Para a interpretação e o alcance das normas constitucionais também concorrem argumentos empíricos, resultado daquilo que se pode provar do mundo real.²⁰ E aqui, dentro dos limites do Direito, quando o mundo do ser serve de justificativa ao mundo do dever ser, o problema da valoração das provas ganha especial relevância. Nesse sentido, acreditamos que a Teoria do Direito tem que abraçar um campo de justificativas que, apesar da sua conotação política, não escapa, por exemplo, do Direito Constitucional.

¹⁸ *Idem.*, *Ibidem.*, p. 94.

¹⁹ *Idem.*, *Ibidem.*, itens 3.2.1 e 3.2.2, p. 90 a 98.

²⁰ ALEXY, Robert, “Princípios Formais” in *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*, tradução de Alexandre Travessoni Gomes Travisonno, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2014, pp. 3 a 36.

4. Fatos e provas na jurisdição constitucional

A ideia aqui é mostrar como o problema da valoração das provas está posto na doutrina processual hodierna e propor o seu alcance para a esfera da jurisdição constitucional.

Porque e como falar em provas no âmbito da jurisdição constitucional? Como se daria a valoração dos fatos nesta seara?

As hipóteses que trabalhamos na jurisdição constitucional não é a hipótese de uma conduta realizada, no sentido de se verificar quem fez o quê, quando, onde e porquê, traduzida em uma ação específica: A matou B (hipótese 1) e A não matou B (hipótese 2); A causou dano a B ou A não causou dano a B. As hipóteses que têm que ser provadas aqui é se a norma A fere a Constituição ou não. Se a autorização para a exploração, industrialização e comercialização do amianto, fere ou não a Constituição.

Os fatos e provas a serem valoradas, em sustentação à hipótese de confrontar ou não a Constituição, segundo o livre convencimento do juiz, alcançam o nível das razões subjacentes, para utilizar a nomenclatura de Schauer relativa às razões que deram origem à norma, conformada que é em generalizações simplificadas.²¹ Schauer explica os predicados fáticos como generalizações entrincheiradas e resistentes às razões subjacentes, limitando o raciocínio jurídico à operação lógico-dedutiva que transfere a verdade da premissa geral ao caso concreto pela correspondência dos fatos provados à hipótese fática prevista na norma. Como mostra Alexy, a norma de direito constitucional tem estrutura diferenciada das regras, cujo poder de determinação permite a subsunção. A norma de direito jusfundamental, na linguagem do autor, é um mandamento de otimização cuja aplicação está sujeita à restrição imposta por um outro direito fundamental que venha a colidir com aquele cuja proteção se defende. E isso porque o que está em questão não é uma situação pretérita, mas um caso difícil, configurado em uma medida restritiva de direito fundamental.²² Nesses casos, a hipótese a ser comprovada pela Corte não é se Fulano matou Beltrano, por exemplo, mas se, também como exemplo, a norma que permite a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos fere ou não o direito à vida consagrado na Constituição. No caso, não é uma ação que é julgada pelo juiz, mas o pressuposto fático de uma norma, quando necessariamente as razões subjacentes à sua criação entram em cena.²³

²¹ SCHAUER in MARCONDES, Danilo e STRUCHINER, Noel, *Textos Básicos de Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar, 2015.

²² Estamos afastando aqui as questões de competência, relativas às normas de organização, que também recaem na jurisdição constitucional.

²³ Para efeitos deste trabalho, o termo juiz é utilizado amplamente, abarcando magistrados de cortes superiores, tribunais colegiados e também o próprio tribunal.

Muitas vezes, como vemos com a experiência das audiências públicas, essas razões tornam-se mais visíveis. Quando o juiz busca subsídios para decidir na fala de especialistas e essa fala é registrada no processo, temos um campo fértil para conhecer muitos dos fatos e dados nos quais ele se baseou. Mas esses fatos e dados, como dito de início, têm uma coloração científica e precisam ser tratados como tal. Um primeiro rol de dificuldades é estabelecer parâmetros de aceitação que afastem a má ciência (*junk science*). Nos Estados Unidos e Europa muito se tem avançado nesse aspecto, a partir da discussão que deu origem ao Caso Daubert, julgado pela Suprema Corte Norte-Americana em 1993. Nele foram criados critérios de admissibilidade nos moldes do que as ciências duras estabelecem. No Brasil não temos conhecimento de iniciativas desse tipo, recaindo sob a discricionariedade do juiz a escolha daqueles que se habilitam às audiências públicas ou daqueles que ele, juiz, acha que devem ser convidados, dentre “pessoas com experiência e autoridade na matéria”, nos termos da legislação regente.

A discussão doutrinária que encontramos em termos de provas científicas, recai no âmbito da ciência forense, cujo foco são as provas periciais para fins de adjudicação do Direito no caso concreto. Em matéria de prova sobre fatos legislativos, pouco ou quase nada se avançou no mundo latino. É questão espinhosa, porque ao atrair para o campo de investigação do Direito fatos de natureza política, todo o cuidado é pouco para não confundirmos o direito com a política. E aqui quase que voltamos a Kelsen. Mas sob o paradigma pós-positivista, que enxerga uma relação necessária entre direito e moral pelas regras do discurso, não nos restringindo aos princípios formais de Habermas, acreditamos poder avançar.

Em termos de valoração de provas, ainda que de forma simplificada, são os modelos holísticos e narrativos da teoria processual.²⁴ Mas acredito válido, a partir da experiência das audiências públicas, tentar perceber como a argumentação se apresenta quando se trata de analisar a correspondência da lei com a Constituição. Desafio este que ganha complexidade especial quando tratamos de ciência. Por um lado, porque a veracidade do discurso científico se apoia na certeza, objetividade e segurança oferecidas pelo rigor metodológico. Por outro, na contrapartida, porque se trata de um discurso valorativo, da ordem do *dever ser*, sustentado em razões de ordem prática. Eis o problema da valoração das provas que pretendemos, aqui, alçar à esfera da jurisdição constitucional.

²⁴ Nesse sentido conferir TARUFFO, Michelle, *Uma simples verdade – o juiz e a construção dos fatos*, São Paulo, Marcial Pons, 2012, e CARVALHO, Maria Clara da Cunha Calheiros de, “A prova como experiência interdisciplinar no direito” in ALEXANDRE WALMOTT BORGES E SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO (Coord.); GONÇAL MAYOS SOLSONA, JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL MOACIR HENRIQUE JÚNIOR E YANKO MOYANO (Org.), *Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios, âmbitos eníveis de interação no mundo global*, 1.ª ed., vol.1, Uberlândia, MG: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado, LAECC, 2015, pp.277-299.

Conforme anotamos no início deste trabalho, a legislação brasileira prevê que pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria podem ser chamadas *para esclarecer questões ou circunstâncias de fato*. E mais: *com repercussão geral ou interesse público relevante*, caracterizando assim os efeitos gerais da decisão. Portanto, e conforme já destacado, no âmbito da jurisdição constitucional a matéria de fato tem alcance distinto da jurisdição ordinária.

Marina Gascón Abellán, ao analisar a valoração de provas científicas no campo judicial, mostra que “as provas científicas falam da probabilidade dos dados à luz das hipóteses judiciais examinadas e não ao contrário: da probabilidade das hipóteses judiciais à luz dos dados”.²⁵ A título de esclarecimento traz os seguintes exemplos:

“O resultado de uma análise de voz, por exemplo, ou o de uma comparação de perfis de DNA, não diz (nem conclusiva nem provavelmente) que a voz, ou o DNA do vestígio analisado, pertence a tal ou qual pessoa, senão que apenas aporta *dados* que, uma vez *interpretados* com as adequadas ferramentas estatísticas, dizem coisas do seguinte tipo: “é X vezes mais provável que coincidam os perfis genéticos se o vestígio analisado procede do acusado do que de uma fonte distinta”.

E assim volta-se para o “paradigma da verossimilhança”, de Royal, que se erige em três perguntas relativas às provas científicas: 1) o que nos dizem os dados sobre a hipótese A em relação à hipótese B?; 2) em que devemos crer a partir desses dados? 3) o que devemos fazer?, assumindo uma perspectiva valorativa.²⁶

A valoração da prova científica, diz Marina Gascón, consiste em atribuir valor probatório à hipótese que descreve os fatos do caso. O que o juiz deve fazer é “determinar o que há que se crer sobre a hipótese em consideração à luz do informe pericial e (também) do resto das provas e informações que atuam na causa. O juiz valora a prova, não é perito dos peritos.”²⁷ Sendo que o juiz realiza essa valoração subjetivamente, pro conta do princípio do livre convencimento. É o seu papel. Do contrário, seria o perito ou o especialista quem decidiria.

Pois bem, e como trabalhar com esses paradigmas quando a hipótese da decisão não consiste em definir, por exemplo, se A matou ou não matou B, mas se a norma X está ou não em conformidade com a Constituição; ocasião em que o predicado fático construído pelo legislador é o que está em cheque?

²⁵ ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba Científica, “Um Mapa de Retos” in CARMEN VÁZQUEZ [Org.] *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 187.

²⁶ *Idem Ibidem.*, p. 188.

²⁷ *Idem Ibidem.*, p. 196 e 197.

E quando a generalização entrincheirada no texto normativo, a despeito das razões subjacentes que lhe servem de origem, é o que se mostra à apreciação do tribunal?

Em primeiro lugar devemos dizer que, ainda que se fale em criação de normas pelo STF e no uso de fatos legislativos, não adentramos ao campo do político. Nos mantemos no campo do jurídico, ainda que na esfera constitucional onde eles mais se aproximam. A obrigação do juiz é aplicar a Constituição e nesse ponto, como dito, abraçamos a tese de Alexy no sentido de que as normas constitucionais de direito fundamental são mandamentos de otimização que, ao entrarem em colisão, demandam uma carga argumentativa forte o suficiente para sustentar sua aplicação no caso concreto, ou seja, declarar a inconstitucionalidade de determinada norma ou medida arguida como inconstitucional. Nesse sentido acredito que a lei da ponderação epistêmica de Alexy pode nos oferecer condições para a análise. Eis do que se trata: “Quanto mais pesada for uma interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam”,²⁸ sem nos descurarmos da dimensão narrativa própria da interpretação de fatos e provas.

Estudos de caso, como o que consta a seguir, a partir da experiência do STF pode nos ajudar a verificar e analisar esse processo.

5. O Exemplo da ADIN 3510

Do inteiro teor da decisão da ADIN 3510, que enfrenta o problema do uso de células tronco embrionárias frente à proteção do direito à vida na Constituição, de início destacamos a manifestação de alívio sentido pelo Ministro Relator ao obter apoio nas teses apresentadas em audiência pública, o que certamente, conforme manifesta, “contribuirá para o adensamento do teor de legitimidade da decisão proferida na presente ADIN. Estou a dizer: decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema”²⁹. Muito embora o Ministro se mostre ciente dos limites da ciência para muitas questões, ao reconhecer a existência de: “... domínios que a própria Ciência parece condenada a nem confirmar nem desconfirmar...”

A Ação Direita de Inconstitucionalidade, principal mecanismo de controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro, tem como objeto, neste caso, dispositivo legal que prevê a possibilidade do uso, para pesquisa, de células

²⁸ ALEXY, Robert, “Princípios Formais” Cit., p.9.

²⁹ As referências sobre este caso podem ser encontradas no inteiro teor da decisão acessível através do link <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>

tronco de embriões inviáveis, congelados a mais de três anos e com a anuência dos genitores.³⁰

O núcleo da impugnação, reconhece o Ministro Relator, é “a afirmação de que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação”, à vista do direito à vida consagrado na Constituição. O Magno Texto Federal, diz ele, não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E continua: “as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana.”

Daí conclui que “o embrião referido na Lei de Biossegurança (“in vitro” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível.”, sob a narrativa de que “o que se tem no art . 5º da Lei de Biossegurança é todo um bem concatenado bloco normativo que, debaixo de explícitas, cumulativas e razoáveis condições de incidência, favorece a propulsão de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas dessa heterodoxa realidade que é o embrião humano in vitro.”

Do exposto podemos extrair o seguinte:

- 1) Que a norma do artigo 5 a Lei de Biossegurança, cuja constitucionalidade se questiona, pode ser descrita da seguinte forma: É permitido, para fins de pesquisa científica, o uso de células tronco provenientes de embriões inviáveis, congelados a mais de três e que conte com a anuência dos genitores.
- 2) Como pressuposto normativo (comando): “É permitido”;
Como pressuposto fático (aquilo que deve ser provado): “o uso, para fins de pesquisa científica, de células tronco provenientes de embriões

³⁰ Lei 11.105/2005: Art. 5º “É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”

- inviáveis, congelados a mais de três e que conte com a anuência dos genitores.”
- 3) Esse conjunto normativo é o objeto de avaliação, sob julgamento, da Corte Constitucional, no sentido de aferir sua validade, tendo em vista o direito à vida consagrado no texto constitucional.
 - 4) O Relator procurou apoio de especialistas para saber o que são células tronco embrionárias e a necessidade do seu uso para os fins pretendidos pelo legislador, quando se indaga sobre a potencialidade de cura pelos métodos perseguidos pelos pesquisadores. Ou seja, se não haveria um meio menos gravoso com o mesmo grau de eficácia. Somando-se a isso, tomou conhecimento também das circunstâncias do caso, como a quantidade de pessoas com doença neurodegenerativas e as consequências econômicas e políticas para o Brasil, decorrentes da possível monopolização de patentes por parte de países estrangeiros.
 - 5) A decisão baseou-se, assim, nos dados e informações oferecidos em audiência pública e pelos *amicu curiae* que espontaneamente acorreram ao processo. Dados esses valorados pelo juiz a título de prova e justificativa para sustentar a hipótese em pauta: “o artigo 5 da Lei 11.105/2005 não fere a Constituição”, diante do conjunto normativo que compõe a Constituição Federal Brasileira.
 - 6) De forma sintetizada, a narrativa decorrente do juízo de constitucionalidade pode ser apresentado na seguinte passagem da decisão:

“O que temos sob exame de validade constitucional é todo um necessário, adequado e proporcional conjunto de normas sobre a realização de pesquisas no campo da medicina celular ou regenerativa, em paralelo àquelas que se vêm desenvolvendo com outras fontes de células-tronco humanas (porém adultas), de que servem de amostra as situadas no cordão umbilical, no líquido amniótico, na medula óssea, no sangue da menstruação, em células de gordura e até mesmo na pele ou epiderme (a mais nova das descobertas, com potencialidades que se anuncia como próximas daquelas que são inerentes às células-tronco embrionárias, conforme se vê de ampla matéria que a Editora Três fez publicar na revista semanal “ISTO É” de nº 1987, ano 30, em data de 28 de novembro de 2007, pp. 90/94).” (grifo nosso)

Como pode ficar claro, as razões subjacentes que deram origem à lei estiveram presentes. Inclusive, nos lançando a um outro rol de problemas, que é a consideração ou não, e em que medida, do mesmo processo de indagação sobre fatos legislativos em audiência pública, quando isso ocorre.

6. Conclusão

Procuramos mostrar que a presença de fatos legislativos na jurisdição constitucional é uma realidade e o direito probatório deveria enfrentar os desafios de admissibilidade e métodos de interpretação que eles exigem. Como vimos, na seara constitucional as razões subjacentes à norma constituem objeto de avaliação por parte do Tribunal e, assim, sua apreciação metodológica só se pode dar sob a matriz pós-positivista. E, na medida em que as justificativas de escolha do pressuposto fático da norma é de base empírica, os dados e informações que lhe dão sustentação devem ser considerados matéria de prova, sujeitos a critérios de validade e valoração jurídicas.

O DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO E A SITUAÇÃO DE COMPLEXIDADE POLÍTICA, SOCIAL, ECONÓMICA E CULTURAL DE TIMOR-LESTE¹

Maria Ângela Guterres Viegas Carrascalão

Mestre em Direito, Faculdade de Direito Universidade Nacional Timor Lorosa´e

1. O ordenamento jurídico e a sucessão do Estado de Timor-Leste

A construção do Estado de Timor-Leste, no que em particular se refere ao novo ordenamento jurídico, tem conhecido alguns sobressaltos devido à história conturbada do país, marcada pela presença estrangeira em que portugueses, indonésios e, mais recentemente, a ONU precederam a independência restaurada em 20 de Maio de 2002, deixando, cada qual, como “herança” o seu sistema jurídico aplicado sucessivamente no território: ao português, aplicado até 1975, sucedeu o indonésio que vigorou entre 1975 e 1999 e a este, com a entrada da Nações Unidas, sucedeu o sistema criado pela UNTAET², a

¹ Nota: este trabalho contém dados da dissertação de Mestrado da autora sob o tema “*Timor-Leste e os bens dos particulares em sede de sucessão de estados. Em particular, o regime dos bens imóveis*”, defendida na Universidade Nacional Timor Lorosa´e a 17 de Novembro de 2015.

² A UNTAET, sigla da United Nations Transitional Administration in East Timor, foi criada pela Resolução n.º 1272 (1999) do Conselho de Segurança em 25 de Outubro de 1999, com a responsabilidade geral pela administração de Timor-Leste e com competência para exercer todos os poderes legislativos e executivos, incluindo a administração da justiça.

Administração Transitória das Nações Unidas para Timor-Leste entre 1999 e 2002.

A anexação do território resultou de um ato de força da Indonésia, que contrariou as regras e os princípios do Direito Internacional.

Em resultado da invasão pela força podemos considerar que, em certa medida, tal invalida ou dificulta os efeitos das regras jurídicas indonésias no território independente de Timor-Leste; no entanto, não é possível ignorar a efetividade da referida ordem jurídica durante 24 anos – em que durou a ocupação –, norteados a conduta das autoridades públicas e as relações entre as pessoas. A aplicação da ordem jurídica indonésia, entre 1975 e 1999, em resultado da invasão e subsequente ocupação, criou sérias dificuldades ao sistema jurídico saído do processo de autodeterminação timorense.

Por outro lado, a ausência efetiva de Portugal, a potência colonizadora até 1974 e administrante depois de 25 de abril de 1974, determinou que a ordem jurídica portuguesa não tivesse qualquer aplicabilidade no território timorense, depois de dezembro de 1975.

No último período da presença estrangeira, depois do povo timorense ter decidido em referendo recusar a dominação indonésia, para impedir as retaliações previsíveis, as Nações Unidas assumiram o governo através da UNTAET, a Administração Transitória das Nações Unidas para Timor-Leste, até à data da independência reconhecida internacionalmente a 20 de Maio de 2002.

2. O direito vigente em Timor-Leste

Era necessário garantir a continuidade do funcionamento do país, razão pela qual a UNTAET emitiu o Regulamento n.º 1999/1, de 27 de novembro, em que se afirmava no artigo 3.º, n.º 1 que “enquanto não forem substituídas por regulamentos da UNTAET ou posterior legislação de instituições timorenses democraticamente criadas, as leis vigentes em Timor Leste antes de 25 de Outubro de 1999 manter-se-ão válidas neste território desde que não entrem em conflito com as normas evocadas no Artigo 2º, nem com o cumprimento do mandato conferido à UNTAET à luz da resolução 1272 (1999) do Conselho de Segurança das Nações Unidas ou com o presente e outros regulamentos e directivas emitidas pelo Administrador Transitório.”

Assim se determinou a sobrevigência do direito indonésio.

O Parlamento Nacional aprovou a Lei n.º 2/2002, de 7 de agosto sobre a interpretação do direito vigente que, no artigo 1.º sobre o direito aplicável, declara que, em nome do princípio da efetividade, a legislação em vigor em 19 de maio de 2002 em Timor-Leste – a que resultava da decisão da UNTAET – se mantinha, com as devidas alterações em tudo o que não se mostrasse contrário ao texto constitucional e aos princípios nela consignada.

Mas, o Tribunal de Recurso³ dava outra interpretação ao n.º 1 da Lei n.º 2/2002: tendo em conta que Portugal era a potência administrante *de jure* entendia o Tribunal que devia ser a legislação portuguesa aplicada como lei subsidiária em Timor-Leste considerando, pois, que a legislação vigente no país em 19 de maio de 2002 era a legislação portuguesa.

Por sua vez, o Parlamento Nacional, divergindo da leitura daquela instância, decidiu fazer uma interpretação autêntica da norma em questão com a Lei n.º 10/2003, de 10 de dezembro, na qual através do artigo 1.º se esclarece que a legislação indonésia deveria vigorar de facto em Timor-Leste antes do dia 25 de outubro de 1999. Por outras palavras, a legislação indonésia prevalecia como subsidiária no ordenamento timorense, entendendo-se que razões de ordem pragmática justificaram a escolha feita em 1999 e condicionaram a decisão definitiva tomada em 2002. A aplicação continuada da legislação indonésia foi a solução encontrada como garante da segurança jurídica dos direitos e das expectativas criadas aos cidadãos.

Como se percebe, o que se colocou ao Estado de Timor-Leste foi a questão da importância do legado dos Estados precedentes.

A precedência portuguesa, marcada pela independência de 28 de novembro de 1975, registada na Constituição, e a ocupação, de facto e por mais de duas décadas, da Indonésia, até outubro de 1999, antes da administração do território pela UNTAET, também ela com implicações legislativas, resultaram num quadro jurídico múltiplo, que acompanhou um mapa humano multicultural, indissociável da identidade timorense e elemento fundamental da vida coletiva.

3. A evolução da propriedade privada desde a colonização portuguesa ao período pós-independência

3.1. O período da colonização portuguesa

Para compreender a vital importância que a terra assume, desde sempre, para os timorenses, que sempre dependeram dela para a sua subsistência, importa recuar aos primórdios da colonização. A diversidade timorense, marcada pela diferença de povos, dialetos e costumes, estendia-se ao domínio político-administrativo, com a existência de diversos reinos independentes, com uma estrutura semelhante, de estilo feudal, profundamente hierarquizada. O regime da posse e da distribuição da terra, em que predominava a propriedade co-

³ O Tribunal de Recurso é a mais alta instância judiciária de Timor-Leste (segundo o sistema judiciário estabelecido pela UNTAET) e até à entrada em funcionamento do Supremo Tribunal de Justiça, exerce as competências próprias deste Tribunal.

mum com exploração familiar, tinha subjacente a função social da propriedade.

A terra pertencia ao “suco”, à comunidade, à família – e cada indivíduo ocupava a área de que necessitava para o sustento do seu núcleo familiar.

Segundo o entendimento timorense, a terra serve os desígnios de quem a ocupa. Uma propriedade, mais concretamente a terra, é pertença de uma determinada família desde tempos imemoriais; a posse, quase nunca titulada, transmite-se de pais para filhos de forma incontestada à luz da tradição.

Esta situação manteve-se até finais do século XIX.

A administração colonial portuguesa teve clara percepção da sensibilidade que a questão da terra envolvia, pautou a sua intervenção por uma extrema cautela e manteve a exploração pelos timorenses, confiando aos “liurais”, os régulos, a resolução dos problemas que fossem surgindo.

A posse de grande parte das terras não era da Administração portuguesa, apesar da sua soberania administrativa sobre os reinos.

A base do regime de alienação das terras pertencentes ao Estado, por venda e aforamento de terrenos, foi estabelecida por lei, pela primeira vez, em 1856. Já em 1961⁴, o Regulamento da Ocupação e Concessão de Terrenos nas Províncias Ultramarinas foi tornado extensivo ao Timor Português⁵. Anos depois, o Boletim Oficial de Timor publicava o diploma legislativo⁶ que transpunha uma nova Lei de regularização das concessões de terrenos, “salvaguardando a justiça na distribuição e garantindo a valorização das terras”.

O “Regulamento complementar da ocupação de terrenos na província de Timor”⁷ distinguia os terrenos do domínio público do Estado e das autarquias locais, do património privado da província, das reservas, das povoações, da propriedade particular e do património público da província. O lento e cauteloso processo de iniciativa legislativa era o espelho de uma intervenção estatal pouco invasiva, que preservou a transmissão consuetudinária da propriedade e garantiu uma coexistência pacífica com os povos colonizados.

3.2. O período da Administração indonésia

No período da Administração indonésia, passou a aplicar-se em Timor a Lei Básica Agrária n.º 5 de 1960, que regulamentava o regime jurídico sobre bens imóveis no território da Indonésia.

⁴ Decreto n.º 43894, de 6 de Setembro de 1961, Ministério do Ultramar, Diário da República, 207/61 SÉRIE I (pp. 1103 a 1128), disponível em www.legislacao.org/.

⁵ Portaria Ministerial n.º 21283, de 11 de Maio de 1965, Ministério do Ultramar, Diário da República, 104/65 SÉRIE I, disponível em <http://www.legislacao.org/tag/terras>.

⁶ Diploma legislativo n.º 865, publicado no Boletim Oficial de Timor de 25 de Setembro de 1971.

⁷ Incluído no Decreto n.º 43894, de 6 de Setembro de 1961 e na Portaria Ministerial.

Em 1991, o ocupante indonésio aprovou um regulamento que convertia os direitos adquiridos durante a Administração portuguesa em direitos reais, reconhecidos ao abrigo da referida Lei Básica Agrária. Mas a nova legislação não conseguiu controlar as disputas de terras e foi convertida apenas uma pequena parte dos títulos, na sua maioria pedidos por indonésios.

As propriedades do Estado português passaram diretamente para o Estado indonésio, que ficou igualmente detentor de grande parte das propriedades privadas abandonadas por força da ocupação militar. Na verdade, os terrenos dos timorenses que, em 1975 e em anos posteriores, saíram de Timor em consequência da guerra foram ocupados tanto por indonésios como por timorenses, tornando inevitável o conflito com os donos originais, no seu regresso após 1999. Interessa, ainda, destacar a ocupação abusiva e a alienação forçada de propriedades privadas pelo Exército indonésio para edifícios militares e da Administração Pública.

Durante os anos de vigência indonésia, a estrutura demográfica e social timorense foi deliberadamente modificada. Por um lado, devido à violência da ocupação militar, as populações locais foram sujeitas a mudanças de diversa ordem, sendo muitas delas obrigadas a deslocar-se em massa das suas aldeias para novos aldeamentos. Dessa deslocação contínua e forçada de pessoas, resultou a ocupação e a apropriação ilegítima de muitos imóveis, sobretudo dos pertencentes a cidadãos ausentes do país. Também com a finalidade de descaracterizar a sociedade timorense e de melhorar as condições de vida dos indonésios, a Indonésia recorreu à transmigração de cidadãos de diversas províncias do país, que se instalaram e reconstituíram as suas vidas de trabalho em território de Timor.

Como resultado, alterou-se o mapa tradicional da sociedade timorense; os “sucos” (unidade fundamental da organização social timorense), as povoações e as aldeias, com a inclusão de novos habitantes passaram a ser constituídos por novos grupos sociais com interesses diferentes. As ocupações das terras e da propriedade privada foram uma constante e muitas propriedades foram abusivamente arrendadas ou mesmo vendidas. Na ausência do proprietário, o Estado indonésio considerava o seu abandono legitimador da nova posse, em consonância com a lei em vigor.

3.3. O período pós-independência

Mas importa, igualmente, destacar que o problema das terras não terminou com o advento da independência; pelo contrário, o problema da terra avolumou-se, especialmente depois das crises internas de 2006 e de 2008, com a migração de populações dos distritos para a capital, onde se concentram em novas ocupações. Sem estruturas estatais de apoio ou outras, o habitante oriun-

do dos distritos chega a Díli, ocupa qualquer fração de terra que lhe parece livre e passa a considerá-la sua propriedade. Trata-se de uma leitura muito peculiar do que declara a Constituição no artigo 58.º sobre o direito à habitação. Assim, circunscrevendo contextualmente o significado da palavra à questão da propriedade e da terra, se “todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação”, isso significa que lhes é reconhecido o direito a “ter” terra, fazendo dela sua propriedade por simples ocupação.

4. A propriedade privada na Constituição timorense

A Constituição de Timor-Leste assume o reconhecimento de duas independências – a de 28 de novembro de 1975 e a de 20 de maio de 2002 – como marcos jurídicos da construção do Estado. Por via disso, o Estado timorense reconhece a propriedade privada dos cidadãos em ambos os períodos da História do país – à natural exceção de atos administrativos do Estado indonésio sobre bens timorenses e da tomada de posse prepotente de cidadãos indonésios, geralmente militares.

No entanto, a quase total destruição do país durante a retirada dos ocupantes ocasionou o desaparecimento de registos e de muitos títulos referentes à propriedade dos bens imóveis. Isso promoveu a falta de comprovativos e a multiplicação fraudulenta de registos de propriedade e de registos contraditórios entre os títulos produzidos pelas Administrações portuguesa e indonésia. São problemas a que não é, ainda hoje, fácil dar resposta, por ausência de base legal que esclareça definitivamente as situações ambíguas e determine a forma de resolução de intervenções ilegítimas. A presente afetação do património tanto do Estado como dos particulares tem sido fator de instabilidade social e de restrições ao desenvolvimento económico.

Como se explica no preâmbulo de uma proposta de lei sobre a titularidade dos bens imóveis em discussão no Parlamento Nacional, urge “a clarificação da situação jurídica da propriedade através do reconhecimento de direitos de propriedade anteriores”.

É imperioso regular a propriedade, o uso e a posse útil das terras, como se afirma no artigo 141.º da Constituição. Todavia, essa tarefa não se tem afigurado simples, não só pelas dificuldades inerentes a situações resultantes do reconhecimento da legislação portuguesa e da lei indonésia, bem como pela sua adaptação à nova ordem jurídica de Timor-Leste, pela sensibilidade política e social do tema e, bem assim, da criação de nova legislação consentânea com os interesses da sociedade timorense, constituída por timorenses de origem evidentemente diversa.

Os sucessivos governos têm tido consciência das dificuldades provocadas por esta situação e, no Plano Estratégico do Setor da Justiça para Timor-Leste

para o período de 2011-2030⁸, o Ministério da Justiça reconhece que uma das questões mais sensíveis a seu cargo é a regularização da propriedade da terra.

Aliás, relativamente à lei relativa à propriedade da terra, o Plano Estratégico de Desenvolvimento para o período entre 2011 e 2030 reconhece a sua importância para o desenvolvimento do sector privado, em áreas como a indústria e a agricultura que precisam atrair investimento, ao mesmo tempo que identifica os desafios que o país enfrenta na reforma das terras como os terrenos agrícolas sob práticas consuetudinárias, os terrenos urbanos, que necessitam de divisão em zonas e de direitos de propriedade claros e terrenos do governo que podem ser utilizados para investimento público e privado.

Referindo-nos concretamente à Constituição timorense, ela confere à propriedade privada a qualidade de direito fundamental no capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais, entre os direitos e deveres económicos, sociais e culturais. Contudo, o conceito constitucional difere da definição que lhe é dada no artigo 1225.º do Código Civil, o qual garante ao proprietário o gozo, de modo pleno e exclusivo, dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem. É a lei que define a constituição de restrições ao direito de propriedade, com carácter real, salvo o que apenas poderá ter natureza obrigacional (art.º 1226.º)⁹.

Segundo a Constituição, na versão anotada ao artigo 54.º, “o direito à propriedade privada é um direito muito marcado por circunstâncias históricas, socioeconómicas ou políticas”¹⁰. E, apesar das “variações entre um conceito liberal de cariz individualista e uma aproximação marxista que coletiviza a propriedade dos instrumentos do trabalho”, a Constituição timorense entendeu acolher uma situação intermédia, em que garante, no n.º 1 do artigo 54.º, a raiz individualista da propriedade privada, limitando-a de seguida, ao prever a função social da terra, no n.º 2 do mesmo artigo.

Todo o indivíduo tem, pois, direito à propriedade privada, podendo transmiti-la em vida e por morte, nos termos da Lei. Porém, o artigo 54.º, n.º 4 deixa claro que só os cidadãos nacionais têm direito à propriedade privada da terra. A Constituição manifesta, assim, preocupação com o sentido pleno do conceito, ao afastar, desde logo, o entendimento de que a propriedade privada possa ser considerada um direito absoluto, sem admissão de limites ou restrições.

⁸ Disponível em http://www.momentum.tl/docs/plano-estrategico-desenvolvimento_pt.pdf.

⁹ De acordo com a anotação da Constituição ao artigo 54.º “o próprio objecto destas intervenções legais é diferente, segundo a *summa divisio* do Direito, em especial segundo o critério da posição dos sujeitos, privado, que regula as relações entre sujeitos em condições de paridade jurídica, e público, que regula relações em situações de desigualdade jurídica.”

¹⁰ Cfr. Anotação n.º 1 ao artigo 54.º da *Constituição Anotada da República Democrática de Timor-Leste*, Braga, Direitos Humanos - Centro de Investigação Interdisciplinar, Universidade do Minho, Outubro de 2011.

No n.º 2 do mesmo artigo 54.º, a Constituição defende mesmo que a propriedade privada não deve ser usada em prejuízo da sua função social. Este preceito revela claramente uma conceção restritiva do direito e dá-nos uma interpretação segundo a qual a função social emerge como uma componente indissociável da propriedade, que deve contribuir para o bem comum e responder a novas situações sociais.

Porém, entendemos que essa função social da propriedade não tem de obedecer, obrigatoriamente e só, ao princípio socialista de “a terra a quem a trabalha”; pelo contrário, importa referir que o objetivo da função social da propriedade, visando o bem comum, se alcança pela distribuição da riqueza através da criação de emprego e pelo desenvolvimento do setor privado. Primeiro porque a garantia constitucional de que todo o indivíduo tem direito à propriedade privada afasta a ideia de um Estado coletivista onde esse instituto é desconhecido. Em segundo lugar, porque a organização económica de Timor-Leste assenta na conjugação das formas comunitárias com a liberdade de iniciativa e gestão empresarial, e na coexistência dos setores público, privado e cooperativo e da propriedade social dos meios de produção (artigo 138.º da Constituição). As formas comunitárias de organização económica, largamente aplicadas fora dos centros urbanos, são reconhecidas no quadro das normas e usos costumeiros não contrários à Constituição e à legislação que os regule.¹¹

Ainda sobre a propriedade privada, a Constituição determina que a aquisição e a expropriação por utilidade pública só têm lugar mediante justa indemnização, nos termos da Lei (art.º 54.º, n.º 3), significando isto que a Constituição concede a todos segurança contra privações arbitrárias.

A propriedade privada da terra é uma prerrogativa inequívoca e exclusiva dos timorenses, conforme o determina o n.º 4 do artigo 54.º, o que terá provavelmente uma explicação histórica fundamentada na ocupação indonésia e na necessidade de evitar que um estrangeiro seja proprietário da terra.

Importa ainda perceber quem se entende abrangido por essa prerrogativa, uma vez que Timor-Leste adiciona à sua condição de país de acolhimento a de país de emigrantes. O mapa demográfico do país é, hoje, constituído não só por timorenses que nunca se ausentaram do país, como também pelos que vivem no estrangeiro e, ainda, pelos indonésios que, tendo-se mantido em Timor-Leste depois da independência e tendo constituído família, optaram por requerer cidadania timorense, que lhes foi concedida pelas autoridades de Timor-Leste.

Destaca-se aqui brevemente o que determina a Constituição, no seu artigo 3.º, sobre a cidadania: são cidadãos timorenses não apenas os filhos de pessoas há várias gerações nascidas em Timor-Leste como todos os indivíduos

¹¹ Cfr. *Constituição da República Democrática de Timor-Leste*, Cit., artigos 2.º, n.º 4, e 138.º.

nascidos em Timor-Leste de progenitor estrangeiro, os quais têm o direito a obter a cidadania timorense originária, mediante simples declaração. Consagra-se, assim, um critério de duplo *ius soli*, como assinala Patrícia Jerónimo¹², estendendo a cidadania timorense originária aos filhos dos estrangeiros nascidos em Timor-Leste, incluindo, portanto, os filhos de indonésios nascidos no país antes da independência. A importância deste facto é evidente quando se fala de propriedade privada, dadas as atribuições já acima mencionadas, provocadas pelas alterações administrativas dos últimos 40 anos. Ao estender a cidadania timorense originária aos filhos dos estrangeiros nascidos em Timor-Leste, incluindo os filhos dos indonésios nascidos no país antes da independência, não há forma de restringir o alcance do artigo 3.º, n.º 2, porque tal seria inconstitucional.

A apropriação ilegal de bens móveis e imóveis anteriores à entrada em vigor da Constituição é considerada crime e deve ser resolvida nos termos da Constituição e da Lei, como refere o artigo 161.º. No artigo 141.º, defende-se que sejam regulados por Lei a propriedade, o uso e a posse útil das terras, como um dos fatores de produção económica.

O quadro complica-se, porquanto aos timorenses não é fácil entender a necessidade de registar ou regular um património que receberam dos seus antepassados, sendo essa razão suficiente para a considerarem sua no exercício lógico do direito costumeiro. Por outro lado, registre-se o aparecimento de um fenómeno curioso, com indivíduos que aludindo a posse de determinada terreno ao tempo da chegada dos portugueses no território pretendem reivindicar propriedades do Estado, exigindo a sua devolução!

5. Conclusão

A regulação da propriedade representa, pois, um desafio reconhecida-mente difícil, que exige uma vontade política difícil de conciliar com a paz social que tem vindo a ser conquistada. Muitos se colocam, pois, legítima e compreensivelmente, a questão sobre se o Estado conseguirá concretizar a breve trecho o que consagra a Constituição. Aplicar a Lei das Terras (em discussão no Parlamento Nacional) envolve, como vimos, questões tão particulares e sensíveis como – entre outras – o conceito tradicional de propriedade, a nacionalidade, os títulos adquiridos durante a colonização portuguesa, durante a ocupação indonésia e após a restauração da independência internacionalmente reconhecida a 20 de maio de 2002.

¹² Cfr. JERÓNIMO, Patrícia, *O Direito timorense da nacionalidade*, “Scientia Iuridica”, tomo 60, n.º 325 janeiro/abril de 2011.

Os conflitos sobre a propriedade da terra não são um fenómeno novo, antes atravessam os vários estádios da história do país. Compreende-se, pois, que o objetivo do preceituado constitucional relativo à propriedade privada não seja facilmente alcançável, devido à situação de grande complexidade política, social, económica e cultural de Timor-Leste. Sem garantias sobre a titularidade das propriedades e sobre a permanência dos vínculos de titularidade aos bens imóveis, dificilmente o país cativará investimento nacional e estrangeiro fundamental para o seu desenvolvimento.

É pertinente focar, nesta ocasião, que a proposta de lei em discussão no Parlamento Nacional, no que respeita às pessoas singulares e coletivas estrangeiras, não deixa margem para dúvidas ao estipular, entre outros pontos, que estas não têm direito à titularidade do direito de propriedade sobre bens imóveis e que o direito de propriedade sobre os bens imóveis que se encontrem na posse das pessoas referidas no número anterior ou em relação aos quais as mesmas pessoas tenham declarado a existência de direitos anteriores ou se arroguem seus titulares, revertem para o Estado, apenas com a exceção de ocorrência de usucapião especial a favor de cidadão nacional. O que se nos afigura ser uma questão complexa, tendo em atenção, a necessidade de investimento estrangeiro em Timor-Leste que colide com o cumprimento do que a Constituição consagra no artigo 54.º, n.º 4 que limita aos cidadãos nacionais o direito à propriedade privada da terra.

Mas não há dúvida de que é urgente e necessário legislar, procurando corrigir injustiças e criar um equilíbrio entre as diferentes posições existentes na sociedade timorense marcada pela conturbada história recente do país; impõe-se a clarificação da situação jurídica da propriedade e a promoção da distribuição e acesso à terra, respeitando o que constitucionalmente se estatui sobre a salvaguarda de direitos de que resulta o efetivo reconhecimento desses direitos e, atendendo a que a Constituição determina que o direito internacional faz parte integrante do ordenamento jurídico timorense, interessa que haja especial cuidado em conformar a lei com o direito internacional.

Em suma, esta é uma questão a resolver a breve trecho, pois ela é decisiva não só para consolidar a paz social como para o desenvolvimento da própria economia da República Democrática de Timor-Leste.

MERCOSUL: INTERGOVERNABILIDADE E DESAFIOS À SUPRANACIONALIDADE UMA ANÁLISE SOBRE AS CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS-PARTES E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Professora no Centro de Ensino Unificado de Brasília e nas Faculdades de Direito da Universidade de Buenos Aires - Argentina e da Pontifícia Universidade Javeriana - Bogotá - Colômbia; Ministra do Superior Tribunal Militar do Brasil.

1. Introdução

Em 26 de março de 2016 o Mercosul completou vinte e cinco anos de existência, mas bem antes, a Sul América já buscava a integração com a Região como forma de ampliar os mercados nacionais e incrementar o aproveitamento das economias de escala, e isto desde a primeira metade do século XX, sem embargo da assinatura dos acordos bilaterais de livre comércio remontarem a séculos anteriores. Os modelos de integração se multiplicaram pelo globo e têm passado por processos de adaptação e modernização, conforme os contextos geopolíticos.

Na América Latina o fenômeno adquiriu contornos próprios, originando diversos organismos de domínio específico tais como: a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (1960), a Associação Latino-Americana de Integração (1980), o Grupo Andino (1969), convertido depois em Comunidade Andina de Nações (1996); a Comunidade e Mercado Comum do Caribe (1972); o Mercado Comum do Sul (1991); a Iniciativa para a Integração da Infra-Estrutura Regional Sul-Americana (2000); e a Comunidade Sul-Americana de Nações (2004), que se tornou a União de Nações Sul-Americanas (2008).

Assumindo a forma de zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum ou união econômica, a integração regional é um processo emergente nas relações internacionais contemporâneas que se espalhou pelo cone sul.

Nos seus primórdios, as tentativas titubearam no tocante a definição de políticas regionais e no êxito comercial relativo.

O próprio Mercosul, pouco antes de aniversariar sua primeira década, sofreu um forte embate econômico quando presenciou o surgimento de diversas controvérsias entre seus sócios, o que ocasionou a perda de credibilidade diante da sociedade civil.

Contudo, nos últimos 12 anos, ele se encontra em um momento de convergência favorável com os parceiros, devido à retomada do compromisso integracionista pelos Estados-Partes, desta vez, com feição mais social. Não se olvide, porém, que ao longo de seu funcionamento, o Mercado Comum do Sul revelou-se um importante foro de diálogo intrabloco, um relevante condutor das negociações extra regionais e uma rica fonte de normas internacionais.

Nesse sentido, a análise que se intenta abordar centra-se nas assimetrias e dificuldades por ele enfrentadas na contemporaneidade, sobrelevando paulatina translação do modelo de intergovernabilidade para o da supranacionalidade como única possibilidade de o bloco vir a consolidar-se como um mercado comum de fato.

Para tanto, dentre outras medidas, a adoção das normas derivadas pelos Estados Partes, é fundamental. Conceber um conjunto de regramentos comunitários sem efetividade, não apenas revela-se inútil, como descortina a incipiência integracionista. Alicerce jurídico-institucional, a transposição das regras emanadas pelos órgãos decisórios do Mercosul para as ordens positivas nacionais é imperiosa para o implemento das obrigações e a coerência sistêmica do bloco. Neste estudo, buscar-se-á contemplar as regulações constitucionais de *per se* e os mecanismos estabelecidos pelo Protocolo de Ouro Preto, com vistas a aferir a projeção das determinações mercosulinas nas relações compartilhadas da soberania.

2. O Direito do Mercosul

O Tratado de Assunção e o Protocolo de Ouro Preto definiram a estrutura institucional do Mercado Comum do Sul, integrado por órgãos decisórios de caráter intergovernamental, por um sistema consensual de tomada de decisões e por um sistema arbitral de soluções de controvérsias.

Conforme disposto no artigo 1º do Protocolo,¹ a estrutura interna do

¹ Artigo 1 “A estrutura institucional do Mercosul contará com os seguintes órgãos:

Mercosul é composta pelo Conselho do Mercado Comum (CMC); o Grupo Mercado Comum (GMC); a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM); Comissão Parlamentar Conjunta (CPC); o Foro Consultivo Econômico-Social (FCES) e a Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM).

O órgão decisório máximo é o Conselho do Mercado Comum, ao qual se subordinam os demais órgãos de execução e coordenação, hierarquicamente escalonados e detentores de autonomia, de natureza intergovernamental, não supranacional.

“São órgãos técnicos e consultivos de primeiro plano: a Comissão de Representantes Permanentes; o Alto Representante-Geral; o Foro de Consulta e Concertação Política; o Centro MERCOSUL de Promoção do Estado de Direito e as Reuniões de Ministros. Neles têm assento altos funcionários dos Estados Partes do MERCOSUL ou autoridades designadas pelos Estados Partes para cumprir determinado mandato. Cabe-lhes apresentar propostas ao Conselho do Mercado Comum, geralmente por intermédio do Grupo Mercado Comum.

Seguindo rumo à base da pirâmide estão os órgãos técnicos e consultivos de segundo plano, que são o Foro Consultivo Econômico-Social; os Subgrupos de Trabalho; as Comissões; as Reuniões Especializadas; a Unidade de Apoio à Participação Social e o Fundo para a Convergência, Estrutura e Fortalecimento Institucional do MERCOSUL.

Por fim, na base, estão os órgãos técnicos e consultivos de terceiro plano, ou seja, os Grupos; os Grupos Ad hoc; os Grupos de Alto Nível, etc, que são formados por especialistas nas respectivas áreas de competência.”²

Dentro do propósito de fortalecimento institucional, foi criado por meio da Resolução nº 54/03, de 10 de dezembro de 2003, do GMC, o Tribunal Administrativo-Trabalhista, denominado TAL, por suas iniciais em castelhano: Tribunal Administrativo-Laboral. A função do TAL é solucionar as reclamações administrativo-trabalhistas dos funcionários da Secretaria do bloco relativas as tarefas ou serviços das Secretaria e dos demais órgãos da estrutura institucional do Mercosul.

-
- I. O Conselho do Mercado Comum (CMC);
 - II. O Grupo Mercado Comum (GMC);
 - III. A Comissão de Comércio do Mercosul (CCM);
 - IV. A Comissão Parlamentar Conjunta (CPC);
 - IV. A Comissão Parlamentar Conjunta (CPC);
 - V. O Foro Consultivo Econômico-Social (FCES);
 - VI. A Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM).

Parágrafo único - Poderão ser criados, nos termos do presente Protocolo, os órgãos auxiliares que se fizerem necessários à consecução dos objetivos do processo de integração”.

² RIBEIRO, Elisa de Souza, “Órgãos Executivos” in ELISA DE SOUSA RIBEIRO (coord.), *Direito do MERCOSUL*, Curitiba, Editora Appris, 2013, pp. 97.

Para além, o Protocolo de Olivos firmado em 18 de fevereiro de 2002, estabeleceu a criação do Tribunal Permanente de Revisão, que por ser o primeiro órgão supranacional do Mercosul, impõe comentários. Segundo o estatuído no Protocolo, o Tribunal terá caráter permanente e seus integrantes deverão dedicar-se a ele em regime de exclusividade. É composto por cinco árbitros, com seus respectivos suplentes, eleitos por cada Estado Parte para um mandato de dois anos, renovável por dois períodos consecutivos.³

O quinto árbitro, com mandato de três anos não renovável, será eleito por unanimidade pelos Estados Partes – artigos 18 e 19 do Protocolo de Olivos. O funcionamento do Tribunal dá-se de forma variável. Se a controvérsia apresentada perante o Tribunal envolver dois Estados do bloco, a Corte funcionará com três árbitros, sendo dois deles da nacionalidade dos países litigantes, enquanto o terceiro será de nacionalidade de um país membro que esteja fora da disputa, e a eleição será feita por sorteio realizado pelo Diretor da Secretaria Administrativa – SAM. Se a controvérsia envolver mais de dois Estados-Partes, o Tribunal funcionará com todos seus árbitros, ou seja, cinco – art. 20 do Protocolo de Olivos. Por fim, as decisões do Tribunal, denominadas laudos arbitrais, têm caráter obrigatório desde o momento de sua notificação e força de coisa julgada.

A conformação de tal órgão encontra pontos de “fertilização cruzada”⁴ com outros atores internacionais, que possuem estrutura semelhante ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Efetivamente, o TPR possui papel relevante no trabalho de uniformização e interpretação jurisprudencial acerca de questões controversas no interior do bloco. Sua jurisdição supraestatal representa o primeiro passo em direção ao ideal comunitário, porém, o mecanismo do “reenvio prejudicial” nos moldes propugnados pela União Europeia, inexistente no Mercado Comum do Sul e dele ainda está muito distante.

No tocante à ordem normativa, cumpre destacar a existência de um verdadeiro ordenamento legal autônomo no âmbito do Mercado Comum do Sul, caracterizado como um conjunto estruturado de determinações jurídicas de nível regional que possui fontes próprias e está dotado de órgãos e procedimentos aptos a produzi-las.⁵

³ Sobre o Tribunal Permanente de Revisão consultar o primoroso artigo “Solução de Controvérsias”, de autoria de Alceu José Cicco Filho e Cynthia Coelho Cortez. CICCIO FILHO, Alceu José e CORTEZ, Cynthia Coelho, “Solução de Controvérsias”, in ELISA DE SOUSA RIBEIRO, *Direito do MERCOSUL*, Curitiba, Editora Appris, 2013, pp. 147 a 163.

⁴ O fenômeno da fertilização cruzada encontra-se presente quando, por exemplo, altera-se o ordenamento juridiconacional para fornecer tratamento especial ao direito internacional. Para aprofundar o conceito confira-se, DELMAS-MARTY, Mireille, *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné, les forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil, 2006.

⁵ Naquele instrumento restaram enumeradas as fontes a serem observadas pelo tribunal arbitral *ad hoc*. O Protocolo de Olivos que em seu art. 55 derroga expressamente o Protocolo de Brasília para

Mais, é possível estabelecer um escalonamento verticalizado após a edição do Protocolo de Brasília, das regras mercosulinas, que têm no ápice da pirâmide o direito regional originário; a saber: os tratados constitutivos e seus protocolos adicionais, seguidos pelas normas regionais de direito derivado que deverão observar a lógica instituída pelo Tratado de Assunção, a saber: as decisões do CMC, as resoluções do GMC e as diretrizes do CCM, consoante identificados pelo Protocolo de Ouro Preto.

Por seu turno, dentro do direito regional derivado a hierarquia subsume-se segundo a fonte que ditou a norma. Em consequência, as decisões emanadas de organismos superiores do Mercosul prevalecem sobre as resoluções do órgão executivo e estas sobre as diretrizes, na medida em que a Comissão de Comércio subordina-se ao Grupo do Mercado Comum. Posto isto, infere-se que os diversos atos possuem distinta valoração jurídica em face de sua diferente natureza, como também em virtude da posição institucional donde emanam.

Fato é que o Protocolo de Ouro Preto apontou, tão somente, as fontes internas mercosulinas; trata-se de enumeração meramente exemplificativa porquanto os princípios gerais do direito internacional público, as normas positivas dos Estados Nacionais membros, os tratados da OMC e a própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados são, igualmente, fontes externas do Mercosul. Concernente a elas, cumpre salientar que o Mercado Comum do Sul, ao contrário da União Europeia, não dispõe de princípios gerais de direito comunitário, nem, tampouco, jurisprudência vinculativa devido a ausência de um Tribunal de Justiça Regional.

2.1. Da incorporação e aplicação das normativas Mercosul

A dificuldade acerca da aplicabilidade das normas comunitárias não respeita ao Direito originário, vez que os instrumentos constitutivos devem acatar os procedimentos estatuídos pelas Constituições nacionais em matéria de tratados; respeita, sim, à aplicação do direito derivado por suscitar questões que evocam a compatibilidade das Leis Magnas dos Estados-Partes com a organização internacional, e cujo maior desafio é estruturar um sistema que o imponha de forma cogente aos Estados, bem como estabeleça mecanismos para sua aplicabilidade direta e eficácia imediata, *erga omnes*, na esfera doméstica.

Solução de Controvérsias, amplia a gama de normas aplicáveis ao bloco regional quando dispõe: Art. 34- “Os Tribunais Arbitrais ad hoc e o Tribunal Permanente de Revisão decidirão a controvérsia com base no Tratado de Assunção, no Protocolo de Ouro Preto, nos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, nas decisões do Conselho do Mercado Comum, nas Resoluções do Grupo Mercado Comum e nas Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, bem como nos princípios e disposições de Direito Internacional aplicáveis à matéria” – Protocolo de Olivos para Solução de Controvérsias no Mercosul (OLIVOS, 18/02/2002).

Sobre a matéria, estatuiu o capítulo IV do Protocolo de Ouro Preto que “[...] as normas emanadas dos órgãos do Mercosul [...] terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos de cada país.”⁶ A expressão “quando necessário,” deixa bem claro que a incorporação não se aplica a todos os casos; pior, da inteligência *ratio* extrai-se poder, cada país, internalizá-las em conformidade com seus ordenamentos legais. Para além, o Protocolo dispõe de um procedimento de policronia moroso para a entrada em vigor da legislação secundária, sinteticamente, assim descrito:

- a) aprovada a regra comum, os Estados adotarão as medidas necessárias para sua incorporação *interna corporis* e comunicarão à Secretaria Administrativa do Mercosul a inserção;
- b) após, a Secretaria Administrativa do Mercosul notificará o fato a cada partícipe; por fim;
- c) a norma entrará em vigor, simultaneamente, 30 dias depois da data de comunicação efetuada pela SAM. Dentro deste prazo, os membros darão publicidade ao início de sua vigência nos respectivos Diários Oficiais.

À evidência, tal forma de adição constitui verdadeiro atentado à viabilidade do bloco, já que a ausência de supranacionalidade não impõe a submissão de todas as decisões, resoluções e diretrizes à expressa internalização nas positivities domésticas. “Os Estados são, portanto, guardiões de seus próprios compromissos. A eficácia das normas comunitárias depende de diligência dos Estados Membros em adotar medidas que permitam sua aplicação”⁷. Por consequência, detêm eles verdadeiro poder de veto que se apresenta de variadas formas e nas várias fases do processo legislativo.

Em tese, o direito derivado comum seria obrigatório por força determinante do Tratado de Assunção e seus Protocolos complementares, bem assim em atendimento ao art. 18 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. A incorporação só caberia se estivesse submetida às exigências constitucionais e legais, do contrário, haveria de prevalecer a chamada doutrina do “self executing” ou da auto executividade das normas provenientes de órgãos tanto supranacionais quanto intergovernamentais. Porém, o Protocolo de Ouro Preto, afastou a possibilidade de aplicação imediata ao especificar *iter* procedimental específico a ser seguido pelos Estados ao estatuir a “vigência simultânea” nos ordenamentos nacionais, *ex vi* do *caput*, do art. 40.

⁶ Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL (Protocolo de Ouro Preto de 17/12/1994).

⁷ VENTURA, Deisy, *As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia*, São Paulo, Manole, 2003, p.139.

A entrada em vigor das regras mercosulinas observa, portanto, um complexo procedimento e os países realizam a transposição nos moldes do art. 42 do POP e acorde o previsto nos sistemas constitucionais de cada qual.

Veja-se: a mera ausência ou abstenção de um membro nas reuniões deliberativas permite bloquear ou retardar o processo decisório podendo causar a crise da “cadeira vazia”. Ainda, caso o Estado-Parte não comunique à Secretaria do Mercosul a incorporação da normativa, sua vigência praticamente inviabiliza-se. Decorre daí, poderem os partícipes impedir ou manipular datas simplesmente adiando a informação. Por tal razão, na prática, as normas comunitárias produzem seus efeitos após a promulgação interna de cada país. Nenhum espera a comunicação da SAM para aplicá-las, pois seria mais um obstáculo à sua efetividade, consoante observa Deyse Ventura⁸.

Indo além, pondera a jurista que o Protocolo de Ouro Preto “[...] dá a entender que o direito originário do Mercosul reconhece a existência de duas ordens jurídicas paralelas, e assim admite claramente o dualismo.” Nesse sentido, prossegue a autora, “[...] cabe interrogar se essa ideia de dualismo é de fato compatível com os objetivos dos tratados do Mercosul. Além disso, o procedimento de transposição das normas do Mercosul criado em Ouro Preto suscita várias dificuldades relativas à aplicação do direito derivado, principalmente no que tange à uniformidade de interpretação”⁹.

Nesse panorama, mister a instituição de mecanismos implementadores para a internalização das normas secundárias, questão fulcral para a integração. Efetivamente, a complexidade da transposição das normativas para as ordens jurídicas internas, posto os governos terem o controle de suas respectivas jurisdições, condicionou a eficácia das regras comuns à diligência estatal.¹⁰

⁸ VENTURA, Deisy, *As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia*, Cit., p. 142.

⁹ VENTURA, Deisy, *As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia*, Cit., p.9.142-143.

¹⁰ Concernente às estatuições mercosulinas cuja transposição prescinde da interveniência do Poder Legislativo, podem ser elas internalizadas tal qual se faz, no Brasil, com alguns Acordos Parciais de Complementação Econômica e seus protocolos adicionais, abrigados sob a égide do Tratado de Montevidéu que instituiu a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI). Instituída em 12 de agosto de 1980 pelo Tratado de Montevidéu, a ALADI objetivou criar um mercado comum latino-americano, em longo prazo e de maneira gradual, mediante a concessão de preferências tarifárias e acordos regionais e de alcance parcial. A ALADI substituiu a ALALC, a antiga Associação Latino-Americana de Livre Comércio, que foi criada em 1960. São Países-Membros da ALADI: Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai, Chile, Bolívia, Colômbia, Cuba, Equador, México, Venezuela, Peru, Panamá e Nicarágua. Tais acordos são promulgados pelo Presidente da República Brasileiro, sem a anuência do Congresso, porquanto, são considerados meros atos implementadores do Tratado de Montevidéu. Ora, o Tratado de Assunção de 1991, que constituiu o Mercosul, estatuiu, igualmente, que durante o período de transição, poderiam ser adotados acordos setoriais para viabilizar a utilização e a mobilidade dos fatores de produção, bem como alcançar escalas operativas eficientes. Como não vem sendo adotada tal sistemática, os procedimentos de transposição têm-se revelado insatisfatórios, inviabilizando a coordenação que ordenaria as distintas ordens jurídicas.

Lamentavelmente, nem o Protocolo de Ouro Preto, nem as Constituições Nacionais, admitem a possibilidade de aplicação direta ou eficácia imediata do direito derivado, pelo que o maior desafio consiste em estruturar um sistema legal que propicie “[...] o jogo de hierarquias alternativas e permita a expansão do processo de geração do direito que crie um enredamento de normas entre sistemas não hierarquizados”¹¹.

A despeito de sua obrigatoriedade ser determinante acorde o Tratado de Assunção e os Protocolos complementares, bem assim em atendimento ao art. 18 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados anteriormente ressaltado, inexistente regramento doméstico nos cinco parceiros do bloco que preveja um procedimento específico, célere e privilegiado de incorporação comunitária.

A complexidade do sistema e a ausência de previsão jurídica que o regule, acaba por provocar a conhecida síndrome de Janus, possibilitando uma transposição à *la carte*, sabido que a abstenção estatal não resultará em sanção ao país faltoso¹². Esclareça-se inexistir no marco do Mercosul “ação por incumprimento”, “ação de nulidade” nos moldes da União Europeia. E ainda, ser a transmutação da norma internacional em norma doméstica susceptível ao princípio *lex posteriori derogat priori e lex specialis derogat generali*.¹³

3. Tratamento Constitucional da Integração nos Estados Partes e o Direito do Mercosul nas Ordens Jurídicas Nacionais

Nesse ponto, convém investigar o papel do Direito Internacional frente aos preceitos constitucionais dos Estados Partes, bem como inferir as cláusulas de integração em suas Cartas Políticas.

Para já enfatize-se em análise perfunctória, que as Leis Fundamentais do Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Venezuela, indicam a adoção do dualismo como norte para a adoção do regramento internacional.

¹¹ DELMAS-MARTY, Mireille, *Por um direito comum*, tradução Maria Ermantina de Almeida Padro Galvão, São Paulo, M. Fontes, 2004, p.103.

¹² VENTURA, Deisy, *As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia*, Cit., p.141.

¹³ A Argentina buscando implementar mecanismos institucionais que confirmem às normativas mercosulinas tratamento específico e ágil, distinto do outorgado aos demais atos internacionais, propôs ao Subgrupo de Trabalho nº 2 do Mercosul, que as decisões, resoluções e diretivas oriundas dos órgãos com capacidade decisória, que não requeiram aprovação legislativa, entrem em vigor nos ordenamentos jurídicos nacionais diretamente, tal qual ocorre na Comunidade Europeia. Tal proposta esbarrou em enormes resistências por parte dos juristas brasileiros e uruguaios que inadmitem a adoção do referido mecanismo sem uma reforma constitucional prévia, temerosos do temido “déficit democrático” e de que o Poder Executivo acabe por se tornar legislador *de jure e de facto*.

No Mercosul, a questão centra-se em saber se as Constituições estatais autorizam o reconhecimento de certa singularidade ao direito de integração ou, mais além, permitem que os Estados pertençam a um órgão capaz de constituir fonte de direito autônomo, propiciando um ajustamento de relações entre eles e a Comunidade Internacional.¹⁴ A análise descortinará dispositivos que respaldam-no, embora em diferentes dimensões de juridicidade.¹⁵

3.1. A Constituição da República Federativa do Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe em seu artigo 4º; *verbis*:

“A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

A despeito do artigo integracionista insculpido no parágrafo único, do art. 4º da Lei Maior, pondera-se estar-se diante de norma programática que se por um lado deixa em aberto a forma pela qual o Brasil irá buscar a integração

¹⁴ Nessa perspectiva, Mireille Delmas-Marty, sustenta a necessidade de solucionar a tensão entre a competência do Estado e da Comunidade Internacional mediante o emprego dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. De fato, ao atuarem conjuntamente, não se limita ou divide a competência, mas regula-a. DELMAS-MARTY, Mireille, *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné, les forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil, 2006.

¹⁵ Sobre o tema, consultar excelente estudo sobre as Constituições dos Estados fundadores do Mercosul de autoria de Alejandro Daniel Perotti - PEROTTI, Alejandro Daniel, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria: estudio sobre los estados del Mercosur*, 2.ª ed. Montevideo, K. Adenauer Stiftung, 2004.

com os parceiros da América Latina, por outro não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição do acervo normativo regional.

Efetivamente, a interpretação da cláusula integracionista brasileira tem gerado discussões no campo doutrinário. Para alguns autores, trata-se de prescrição aberta, que necessita de regulamentação e rejeita, portanto, a hipótese de uma possível aplicação imediata das regras exógenas. Para outros, é possível interpretação condizente com atualidade vigente na ordem internacional; a de que o art. 4º, parágrafo único, da Carta Magna, autorizaria procedimentos integracionistas no marco da supraestatalidade.¹⁶

O embate dogmático perpassa pela questão da delegação de soberania aos organismos supraestatais e a concretização dos princípios do efeito direito e da aplicabilidade imediata em se tratando do Mercado Comum do Sul.

Para a instituição de organismos supranacionais mister a existência de três princípios: i) o da primazia, que é a capacidade de as normas derivadas dos tratados de integração regional prevalecerem, em caso de conflito, sobre as normas de direito nacional; ii) o do efeito imediato, a traduzir-se na capacidade de a norma ingressar no direito doméstico de cada Estado Membro sem necessitar de incorporação por algum meio ou forma de legislação nacional; e iii) o do efeito direto, qual seja, a qualidade que a norma comunitária tem de produzir direitos e obrigações tanto para os Estados integrantes do bloco e as instituições regionais, quanto para os atores cívicos, na condição de pessoas físicas e jurídicas¹⁷.

¹⁶ Sobre a matéria, escreveu Rafael Nascimento Reis: “A partir de uma interpretação gramatical da norma, não encontramos nenhum obstáculo a criação de organismos supranacionais, v.g. no Mercosul, pelo contrário, o fato de o texto constitucional mencionar a expressão “integração política” permite concluir que está autorizada a delegação de competências e atribuições estatais à órgãos supranacionais no Mercosul, sem que com isto, o Brasil esteja participando ou ratificando algum acordo inconstitucional. [...] Já pudemos observar que o legislador constitucional, diante de uma interpretação histórica, não apresentou obstáculos a participação do país em processos de integração. a discussão que houve, muito embora desconhecida de muitos na época, era acerca de que no processo de integração o Brasil deveria ou poderia fazer parte, ou seja, o país poderia apenas participar de processos intergovernamentais de decisão ou avançar, seguindo o paradigma da União Europeia, rumo a supranacionalidade. Não se pode afirmar com toda certeza, que o legislador constitucional de 1988 e o revisor de 1994 tenham criado objeções ao aspecto supranacional, muito embora, o resultado tenha sido negativo nas tentativas de modificação do texto constitucional. no entanto, é fato hoje que a mutação constitucional, como momento de transformação da realidade constitucional, não há de esperar por reformas ou revisões constitucionais para transformação da sociedade ou adequação da interpretação constitucional a essa mesma sociedade.” REIS, Rafael Nascimento, *Mercosul: soberania e supranacionalidade*, Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Curso de Bacharel em Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2006.

¹⁷ PEROTTI, Alejandro Daniel, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria: estudio sobre los estados del Mercosur*, Cit., pp.192-193.

Certo é que a soberania clássica nos moldes concebidos por Bodin já não mais vigora na contemporaneidade, no entanto, a Lei Maior Brasileira abriga um arraigado conceito liberal, lastimavelmente corroborado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Bastos, comentando a *Lex* de 1988, afirma que a noção de soberania transposta para a Carta Fundamental pátria “[...] significa que dentro do nosso território não se admitirá força outra que não a dos poderes juridicamente constituídos, não podendo qualquer agente estranho à Nação intervir nos seus negócios”¹⁸.

Eminentes internacionalistas veem com extrema cautela as possibilidades da inserção do Brasil em um cenário de integração supranacional. Vale mencionar a posição de Luiz Olavo Baptista sobre o tema:

“Trata-se aqui, fundamentalmente, de matéria de limites: o limite que as ordens constitucionais impõem e, também, os limites políticos que a vontade nacional traça [...]. Há obstáculos na ordem constitucional para a criação de organismos supranacionais nos moldes daqueles utilizados na União Européia, tanto para o exercício de funções normativas como das judiciais, e em parte, pelo menos, das administrativas.

A principal função dos órgãos supranacionais da UE, que é a de expedir normativas e regulamentos comunitários encontra, com certeza, forte obstáculo na ordem constitucional brasileira. Um organismo como o Conselho da UE que acumula funções legislativas com as administrativas, afrontaria a regra da separação dos poderes, que faz parte da chamada cláusula pétrea da Constituição”¹⁹

No mesmo sentido, Ferreira Filho²⁰ explicita que a leitura correta do art. 4º, parágrafo único, é de “um objetivo prefixado para a política internacional do Brasil”. Essa exegese restritiva parece ter origem no fato de que no interior da Assembleia Constituinte houve quem entendesse que o preceito deveria ser alocado nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, porquanto a norma consubstanciava objetivo a ser alcançado no tempo, não justificando sua inclusão no corpo permanente da Carta Política. Assim, parte da doutrina entende restar ausente no dispositivo máximo mecanismos que lhe confirmem aplicação imediata, resultando em mera regra programática.

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*. 16.ª ed. São Paulo, Saraiva, 1994, p.147.

¹⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo, “As instituições do Mercosul: comparações e perspectiva” in DEISY DE FREITAS, (Coord.), *O Mercosul em movimento*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995, pp.58-59.

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à constituição brasileira de 1988*, vol.1. São Paulo, Saraiva, 1990, p.21.

Em contraposição, há os que defendam o oposto por acreditarem que o preceito magno autorizaria o país a buscar a integração latino-americana, inclusive, com a participação em órgãos supranacionais²¹.

Bastos sustenta que “[...] o presente dispositivo deixa certo que o País conta com a autorização constitucional para buscar a sua integração em uma comunidade latino-americana de nações”²². Essa parece ser a hermenêutica mais adequada diante da realidade mundial. Inconcebível interpretação restritiva da *ratio*, tendo em vista que, à época da Constituinte, o Brasil já participava de processos de integração; v.g. a ALADI. Assim, não haveria porque o legislador primário conceber na Grande Norma referida estatuição, se não fosse para permitir o avanço integracionista, vislumbrando, *a posteriori*, a supranacionalidade.

Na mesma direção, Perotti ressalta que o legislador constitucional foi categórico ao exprimir o postulado da auto aplicabilidade do preceito inscrito no art. 4º, parágrafo único²³. Destaca, ainda, que as normas programáticas possuem caráter imperativo, resultando em normas-fim ou normas-tarefa, juridicamente vinculantes, conforme preleciona Gomes Canotilho.²⁴

Avaliando os processos de integração dos quais o Brasil fazia parte antes da promulgação da Carta de 1988, a norma integracionista nacional despon-ta como um avanço conquistado ao possibilitar a supranacionalidade do bloco econômico regional. Isso porque, anteriormente à positividade vigente, o Estado já participava de organismos internacionais e blocos regionais - a ALADI - conforme salientado, sob a égide do procedimento intergovernamental. Nesse diapasão, o parágrafo único do artigo 4º, norma inédita na história constitucional pátria, só poderia objetivar o avanço, jamais a inércia ou o retrocesso. A *mens legis* emerge, por decorrência, como mandamento autorizativo para maior participação estatal, preservada, porém, a liberalidade de denunciar os tratados quando os limites mínimos da soberania nacional forem atingidos.

Diante deste contexto, os atos constitutivos do Mercosul deveriam gozar, no ordenamento brasileiro, de *status* jurídico diferenciado; pelo que, vedada estaria a revogação ou alteração que diminuísse a integração já alcançada por representar desobediência a mandamento supremo, mesmo atribuindo-se ao parágrafo único do art. 4º, caráter programático. Contudo, há que se ter presente que a jurisprudência das Cortes Superiores e Suprema não dispensa tratamento

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, Cit., p. 184.

²² BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, Cit., p. 414.

²³ PEROTTI, Alejandro Daniel, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria: estudio sobre los estados del Mercosur*, Cit., p. 194.

²⁴ Segundo Gomes Canotilho, elas “[...] têm uma estrutura própria, mas isso não significa que sejam desprovidas de juridicidade, vinculatividade e aplicabilidade”. GOMES CANOTILHO, J.J, *Direito constitucional*, Coimbra, Almedina, 1991.

privilegiado às normas de direito regional oriundas do Mercado Comum do Sul, conferindo-lhes idêntica envergadura à das leis domésticas.

Resta, então, analisar o procedimento de incorporação dos tratados internacionais em geral.

Adotou a normatividade nacional o dualismo moderado, fortalecido pelo Supremo Tribunal Federal em jurisprudência dominante. Apesar de não se exigir a edição de lei para o efeito de incorporação do ato internacional ao direito nacional – visão dualista extremada – demanda-se a adoção de um *iter* procedimental que compreende a aprovação congressual e a promulgação executiva do texto convencionado.

Há, pois, recepção dos tratados internacionais e não, sua integração, na medida em que a aplicabilidade de uma norma estrangeira na ordem jurídica doméstica resulta de um procedimento próprio e determinado de internalização, de uma efetiva “transposição” para o plano do direito endógeno, aí incluídos os tratados, acordos ou as convenções celebrados no marco do Mercosul. Por consequência, tais atos somente operarão efeitos *interna corporis* se uma “ordem de execução” vier a incorporá-los na normatividade nacional.

O mecanismo da recepção tal como disciplinado pela Carta Política Pátria, atesta que os Atos produzidos externamente, mesmo os decorrentes dos Tratados Comunitários do Mercosul, não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e operatividade imediata porquanto o processo de integração deve observar o delineado nos artigos 49, I, combinado com art. 84, IV.

Efetivamente, a regência acerca dos tratados internacionais no Brasil, sinteticamente, pode ser assim descrita:

- 1 - O Tratado vincula internacionalmente o Estado quando de sua ratificação ou adesão por ato do Presidente da República ou plenipotenciário, precedido da aprovação congressual;
- 2 - Sua eficácia *interna corporis* dá-se a partir da vigência assinalada no decreto editado pelo Chefe de Estado, que deve conter a íntegra do texto convencionado internacionalmente;
- 3 - Com a publicação do decreto, o tratado internacional é incorporado ao ordenamento positivo, sem a necessidade de norma legal que lhe reproduza o conteúdo.

O Supremo Tribunal Federal em acórdão prolatado no Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279-4, ponderou que:

“O exame da Carta Política promulgada em 1988 permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna [nacional] decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades

homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I), e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto.”²⁵

Com efeito, preceitua a Constituição Brasileira em seu art. 49, I:

“É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Por sua vez, estabelece o art. 84, VIII:

“Compete privativamente ao Presidente da República: VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.”

Infere-se dos artigos citados, estar a vinculação do Brasil aos tratados, acordos ou atos internacionais, condicionada ao exercício de competência de dois Poderes: o Executivo e o Legislativo. Ao Presidente da República cabe a prerrogativa de deflagrar o processo legislativo, remetendo ao Parlamento mensagem que encaminha: 1- texto de tratado celebrado pelo Chefe do Poder Executivo em nome do país; 2- texto de tratado multilateral que, mesmo não tendo contado com a participação do país no ato inicial de celebração mereceria apreciação congressual para eventual adesão; e 3- texto de tratado oriundo de organização internacional.²⁶

Ratificado pelo Congresso Nacional, que deve manifestar-se pelo voto da maioria relativa dos membros de cada Casa – art. 47 da Lei Maior – retorna o ato à Presidência da República a fim de que o Chefe de Governo promova sua internalização na positividade interna.

²⁵ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Habeas Corpus nº 87.585.8-TO*, DJ 10/08/2000

²⁶ Dito posicionamento vem contemplando mudanças sob a perspectiva de equiparação dos tratados de direitos humanos à Lei Fundamental. Isso ficou evidente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 14803/DF, que teve por objeto a Convenção nº 158 da OIT, segundo a qual “[...] os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.” - BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480-3/DF*, DJ de 08/08/2001.

Concernente à paridade normativa dos atos internacionais, o Supremo Tribunal Federal tem mantido o entendimento de que os acordos internacionais, uma vez recepcionados, têm o *status* de lei ordinária, à exceção dos relativos a direitos humanos que podem ser alçados à *canon* magno se aprovados segundo o rito legislativo das emendas constitucionais, ou supra legais se o forem segundo o procedimento das leis simples.²⁷

Suscitado conflito entre ambos, este se resolve pelo tradicional mecanismo da lei posterior revogar a anterior quando dela divergir. Todavia, há que se ter presente que lei interna incompatível não revoga tratado internacional, simplesmente afasta sua vigência. Prevalece, outrossim, o critério da especialidade em face da lei geral, comum a todos os subsistemas jurídicos.

3.2. A Constituição da República Oriental do Uruguai

A Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967 sofreu reformas em 1989, 1994, 1997 e 2004. As relações entre o Direito interno e internacional naquele Estado tem como ponto de partida o artigo 4º da Lei Fundamental, que dispõe:

²⁷ Julgou o Supremo Tribunal Federal o Habeas Corpus de número 87.585-8-TO, no qual se discutiu a constitucionalidade da prisão do depositário infiel, considerando a ressalva do art. 5º, LXVII da Constituição Federal, em face do que dispõem a Convenção sobre Direitos Humanos - o Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º,§7º) - e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU (art. 11), ambos ratificados pelo Brasil. Tratava-se de um conflito de normas originárias e supervenientes. Em voto prolatado, o Ministro Celso de Mello, numa mudança de posicionamento, assim se manifestou: “Após longa reflexão sobre o tema em causa, Senhora Presidente - notadamente a partir da decisão plenária desta Corte na ADI 1.480 - MC/DF, Rel. Ministro Celso de Mello (RTJ 179/493-496) -, julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram, então, naquela oportunidade, a conferir, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias. As razões invocadas neste julgamento, no entanto, Senhora Presidente, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de ‘supralegalidade’, como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer), e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias).

Isso significa, portanto, examinada a matéria sob a perspectiva da ‘supralegalidade’, tal como preconiza o Ministro Gilmar Mendes, que, “cuidando-se de tratados internacionais sobre direitos humanos, este não de ser considerados como estatutos situados em posição intermediária que permita qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República.”

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Habeas Corpus nº 87.585.8-TO*, DJ10/08/2000

“Artículo 4º - La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará.”²⁸

Decorre do articulado que a Nação, em quem radica a potestade soberana, é a detentora de todas as competências fixadas pela Lei Maior. Na seara do Direito Internacional ela exterioriza-se quando o Estado Uruguaio, de forma independente, relaciona-se com os demais Estados e busca instituir um corpo de decisões que regularão os Tratados celebrados.²⁹

A respeito, estatui o artigo 6º:

“Artículo 6º - En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos.

La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos”³⁰.

Tal qual a Constituição Brasileira, trata-se de norma de conteúdo programático, não podendo ser apontada como acolhedora do direito integracionista. Da leitura da última alínea exsurge visível contradição com os objetivos do Tratado de Assunção que visa, para além de uma mera zona de livre comércio entre os partícipes do Mercado Comum do Sul, o estabelecimento de uma tarifa externa comum que propicie a inserção dos atores nacionais no livre comércio em escala mundial, por meio da abertura dos mercados³¹.

²⁸ URUGUAI, *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, 1967, con las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994 y el 8 de diciembre de 1996.

²⁹ “[...]en lo exterior, por ser Soberano posee libertad para decidir si se aísla o se relaciona con los demás. Jurídicamente puede elegir y ejecutar cualquiera de estas opciones, aunque prácticamente la primera le resulte demasiado costosa. Y por último que si el Estado soberano decide relacionarse con sus iguales, dispone de la facultad de participar junto con ellos en la creación de todas las normas que regularán sus relaciones, el “jus tractatum” y el “jus legationis” a través de los cuales se crea el Derecho Internacional Público convencional y consuetudinario.” ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de/ARBUEY-VIGNALI, Heber/RIPOLL, Roberto Puceiro. *Derecho Internacional Público. Principios, normas y estructuras*, Tomo I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, p.409.

³⁰ *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, 1967, Cit.,

³¹ VENTURA, Deisy, *As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia*, Cit., p. 218.

Diverge, porém, a doutrina sobre o alcance do dispositivo *retro*. Há quem vislumbre desautorizar o comando delegação ou transferência de competências nacionais a órgãos supranacionais.³² Outros entendem que ele poderia fundamentar compromissos no âmbito comunitário, se não violarem disposições constitucionais. Afirmam, com supedâneo no art. 6º, que qualquer ato que obstaculize a integração seria inconstitucional e que a regra “[...] facilita a justificação jurídica da fase final do processo de integração para o governo uruguaio, inclusive eventual evolução para a supranacionalidade.”³³

Fato é que, apesar dos esforços doutrinários otimistas, o ordenamento constitucional uruguaio necessita mudanças.³⁴

³² Neste sentido, VENTURA, Deisy/ GALLICHIO, Eduardo/ SHIAVONE, *En torno al TAS*, “Revista Uruguayaza de Derecho Constitucional y Político”, n.º 44, 2003, p.101 e ss. Para Roberto Ruiz Diaz Labrano, “[...] esta disposición se muestra limitada para resolver la cuestión vinculada a la posibilidad de integrar órganos supranacionales o supraestatales, y ello es más lamentable por cuanto la reciente reforma parcial de la Constitución del Uruguay no incluyó este tema como punto a ser modificado.” DIAZ LABRANO, Roberto Ruiz, *Mercosur integracion y derecho*, Buenos Aires, Intercontinental, 1998, p.517.

³³ VIGNALI, Heber, “Las estructuras de las organizaciones económicas y otras”, in *Derecho Internacional Público*, Tomo V, Sección III, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1994, pp. 396-397; VENTURA, Deisy, *As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia*, Cit., p. 219. Consultar, ainda, DELPIAZZO, Carlos, *El derecho de la integración del Mercosur*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1999, p. 611.

Em defesa desta posição, Alejandro Perotti: “La hermenéutica de ambos párrafos del art. 6º permite aseverar que en el contexto de un tratado de integración, resulta constitucionalmente ajustado al derecho uruguayo que se instituya un Tribunal de Justicia de carácter supranacional, encargado de asegurar la vigencia del derecho derivado del tratado y de su aplicación e interpretación de manera uniforme en todo el territorio comunitario. [...] en forma global, el art. 6º de la constitución uruguayana habilita al Estado a ratificar tratados de integración con instituciones supranacionales, sean éstas de naturaleza legislativa, ejecutiva, administrativa o judicial, no siendo ello incompatible con el texto de la Carta, sino, en cierto sentido, exigida por ella a través de las finalidades para las cuales se ha autorizado la integración de Estado.” - PEROTTI, Alejandro Daniel. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria: estudio sobre los estados del Mercosur*, Cit., 516-517.

³⁴ Em 28 de outubro de 1993, foi proposto um projeto de reforma do artigo 6º, pelo vice Presidente da Nação Presidente do Senado, Dr. Gonzalo Aguirre Ramirez, que acrescia três alíneas do seguinte teor:

“§3º. Os tratados que consagram a citada integração, aprovados de acordo com o artigo 85, 7, fazem parte do direito nacional e fazem nascer, diretamente, direitos e obrigações para os habitantes da República, quando suas disposições forem diretamente aplicadas.

§4º. As resoluções dos órgãos criados por ditos tratados também se aplicarão aos habitantes da República quando forem obrigatórias para todas as pessoas, em virtude de seu conteúdo.

§ 5º. Não serão aplicáveis as leis incompatíveis com os referidos tratados e com as resoluções de ditos órgãos.”

(Tradução livre)

Tratava-se de disposição que estabelecia um novo regime jurídico aos tratados de integração latino americanos, declarando-os parte integrante dos ordenamentos positivos dos Estados-Partes. Conferia, outrossim, efeito direto às determinações comunitárias, ao instituir direitos e obriga-

E, nessa altura, cumpre perscrutar acerca dos demais regramentos máximos que afetam o Mercosul. Prevê, a Carta Política Uruguaia, a transposição obrigatória das normas internacionais para a ordem interna, nos moldes do sistema dualista. O artigo 168, 20, confere ao Presidente da República competência para celebrar tratados, exigindo a aprovação parlamentar para a posterior ratificação.

De igual modo, o artigo 85, 7, atribui ao Poder Legislativo, poderes para:

“Decretar la guerra y aprobar o reprobar por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras”³⁵.

Consequentemente, todas as regras exógenas devem ser submetidas à aprovação legislativa, incluindo as emanadas dos órgãos decisórios do Mercosul, pelo que a aplicação direta do direito derivado do bloco afigura-se-lhe inaceitável.³⁶

Referente à hierarquia dos tratados internacionais, não se vislumbra nenhum dispositivo regulamentador. Pode-se, tão só, depreender da inteligência dos artigos 256 e 257 a supremacia da Constituição³⁷ ³⁸ A sistemática de internacionalização é idêntica à do Brasil: submetem-se eles à aprovação legislativa - art. 85 inciso 7º - devendo, posteriormente, serem ratificados pelo Poder Executivo (art.

ções, não apenas ao Estado, mas às pessoas físicas e jurídicas, as quais poderiam se socorrer ante os tribunais nacionais em caso de descumprimento.

O parágrafo quarto regulava o direito derivado, conferindo-lhe idêntica equivalência à dos instrumentos fundacionais, no que respeita a sua vigência e eficácia imediata.

Lamentavelmente, o projeto foi rechaçado pelo Plenário da Câmara de Senadores, apesar de a Comissão Especial de Reforma da Constituição ter recomendado, em 16 de março de 1994, a aprovação do documento.

Para o texto integral da proposta de emenda consultar: Senado, *Comisión Especial de Reforma de la Constitución de la República*, Distribuído 2510, “Carpeta nº 1300”, 1993, p. 6.

³⁵ *Constitución de la República del Uruguay*, Cit.,

³⁶ A respeito orienta Maria Jose Vignone: “[...] a efectos de hacer viable la aplicación inmediata de las decisiones, resoluciones y directivas de los órganos MERCOSUR” impõe-se a alteração da Constituição Oriental. *Apud* PEROTTI, Alejandro Daniel, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria: estudio sobre los estados del Mercosur*, p. 521.

³⁷ DROMI SAN MARTINO, Laura, *Derecho constitucional de la integración*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002, p.92.

³⁸ Sobre a matéria pronuncia-se Roberto Labrano “La Constitución uruguaya al igual que la del Brasil, no posee disposición expresa que resuelva el problema de la jerarquía de los tratados y las leyes comunes, y la interpretación que pueda surgir de la lectura de los artículos 256 y 239, sólo determinan la primacía constitucional.” DIAZ LABRANO, Roberto Ruiz, *Mercosur integracion y derecho*, Cit., pp.517-518.

168, inciso 20) para adquirirem plena eficácia no território do Estado e incorporarem-se ao ordenamento jurídico interno.

Merece ser frisada a ausência de referência à integração como objetivo a ser alcançado pelo Estado uruguaio, diferentemente da Constituição brasileira que, ao menos em intenção, prevê esse aspecto em seu art. 4º, parágrafo único. Sem dúvida, tal absenteísmo, constitui um entrave para, por exemplo, a delegação de competências ao Parlamento do Mercosul ou a outros órgãos decisórios comunitários, que de resto está vedada nos dois países.

Agregue-se, ademais, a definição do conceito de soberania para a ordem normativa uruguaia: “La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el Derecho exclusivo de establecer sus leyes [...]”. Percebe-se com clareza, que Lei Maior Oriental refere-se à soberania no âmbito estatal, não a considerando sob a ótica internacional. Inclusive, não ficam elucidados quais sejam seus limites ou, até que ponto o Estado Nacional concederia poderes a entes supranacionais. Este entendimento é compartilhado pela jurista argentina Laura Dromi San Martino:

“Sin embargo, y en cuanto la Constitución no se pronuncia sobre una regulación supranacional, puede entenderse que la integración que promueve es solo de naturaleza intergubernamental, dejando un vacío en cuanto a la posibilidad de hacerlo en el marco de organizaciones supranacionales. Así los órganos estatales carecen de competencia para transferir atribuciones a organismos de integración”³⁹.

Tal como explanado, a ausência de dispositivos magnos dificulta a participação do Uruguai em processos integracionistas, nomeadamente do Mercosul, na medida em que sua positividade jurídica não autoriza o avanço em direção à autonomia e à independência política nas decisões comunitárias, o que, certamente, proporcionaria maior celeridade à integração.⁴⁰

3.3. A Constituição da República do Paraguai

A Constituição Nacional da República do Paraguai foi reformada em julho de 1992. Por ser uma Carta posterior à assinatura do Tratado de Assunção sofreu os reflexos do criação do Mercado Comum do Sul, prevendo em seu texto a possibilidade de delegação de competências, o que facilita, sobremaneira, o ideais regionalistas.

Preliminarmente, enfatize-se que, ao contrário das Constituições uru-

³⁹ DROMI SAN MARTINO, Laura, *Derecho constitucional de la integración*, Cit., p.92.

⁴⁰ Por sua vez, a Suprema Corte de Justiça Uruguaia relega os tratados internacionais ao *status* de lei ordinária, à semelhança do Supremo Tribunal Federal brasileiro. *Vide: Carta Rogatória 8279-AT*, Brasil, Supremo Tribunal Federal, DJ 14/05/98.

guaia e brasileira, a Lei Fundamental paraguaia prevê a supremacia hierárquica dos tratados internacionais sobre as demais leis, consoante se denota da leitura dos artigos 137 e 141. A competência para sua conclusão cabe ao Poder Executivo, *ex vi* do artigo 238, inc. 7º, por meio de aprovação de lei congressual – art. 141. Tais assertivas conferem uma segurança jurídica maior no tocante aos acordos de integração firmados pelo Estado, vez que, para denunciá-los, necessário procedimento rígido acorde o estatuído pelo art. 142⁴¹ /⁴²

Mas não é só, a *Lex Magna* estabelece uma diferença no trâmite da aprovação legislativa do tratado internacional em geral e do tratado de integração. Enquanto o primeiro é aprovado por maioria simples, o de integração deve, necessariamente, sê-lo por maioria absoluta das duas Casas legislativas. Observa-se, então, uma clara distinção estabelecida pelo constituinte com relação ao tema, denotando a importância e as sérias consequências que os Pactos do Mercosul possuem⁴³.

Merece destaque a cláusula magna:

“Art. 145. La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones solo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.”

O dispositivo reconhece a possibilidade da criação de um ordenamento jurídico supranacional e de uma base mínima transversal que garanta a vigência de determinados valores constitucionais, ainda que sua admissão esteja condicionada à aprovação da maioria absoluta de ambas as Câmaras do Parlamento Paraguai. Nesse diapasão, mesmo que o Direito da Integração não tenha tal caráter, possibilita a Lei Fundamental sua evolução para dar suporte jurídico a eventuais mudanças institucionais no bloco regional, fornecendo ferramentas legais para a aproximação da Nações do Cone Sul⁴⁴.

⁴¹ REIS, Rafael Nascimento, *Mercosul: soberania e supranacionalidade*, Cit., p. 72.

⁴² Uma vez mais, Roberto Labrano: “Al igual que en su anterior Constitución de 1987, la actual ha contemplado la prevalencia o primacía de los Tratados Internacionales sobre las leyes comunes, ubicándolos por debajo de la Constitución; en cuanto a lo tocante a las relaciones internacionales y la jerarquía de los Tratados Internacionales, en el Capítulo II, artículo 141 establece que los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno, además dispone que la jerarquía interna de la misma es posterior a la Constitución Nacional.” DIAZ LABRANO, Roberto Ruiz, *Mercosur integracion y derecho*, Cit., p.504.

⁴³ REIS, Rafael Nascimento, *Mercosul: soberania e supranacionalidade*, Cit., pp.72-73.

⁴⁴ MIZUTANI, Larissa Caetano, *Direito da integração: a transitoriedade jurídica no Mercosul*, Dis-

“A diferença deste texto para as Constituições brasileira e uruguaia é evidente, já que a autorização constitucional aqui é expressa, não sendo necessário realizar nenhuma interpretação aberta ou dispor considerações acerca do conceito de soberania em constante mutação. Com efeito, em muito se assemelha à Constituição argentina que, dois anos depois, realizou sua reforma constitucional e inseriu cláusula constitucional favorável à integração.”⁴⁵

O art. 145 não taxa quais seriam as matérias passíveis de deslocamento competencial a um órgão supraestatal, no entanto, dele se depreende serem todas aquelas descritas no próprio *caput*, quais sejam: direitos humanos, paz, justiça, além das necessárias para o bom desenvolvimento e a cooperação da integração, especialmente, nos campos político, econômico, social e cultural⁴⁶. Nessa toada, a Constituição, ao admitir uma ordem jurídica supranacional, autoriza a instalação de um direito regional comunitário com todas as suas características: efeito imediato, princípio da primazia e aplicabilidade direta.

Outro não é o entendimento ao proceder-se interpretação sistemática do *caput* do artigo 145 e seus dois parágrafos com o preâmbulo da Carta Política que proclama:

“El pueblo paraguayo, por medio de sus legítimos representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente [...] reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional, SANCIONA Y PROMULGA esta Constitución.”

Daí, aprovado o tratado de integração na conformidade constitucional, figura-se dispensável a incorporação ao ordenamento doméstico, mediante referendo legislativo, do direito derivado quando decorrente dos Pactos fundacionais⁴⁷. De fato, os artigos 137 e 141 da *Lex Magna* asseguram que as normativas mercosulinas desfrutarão, tal qual o direito originário, frente à legislação interna infraconstitucional, superioridade hierárquica.⁴⁸

sertação (Mestrado) - Programa de Iniciação Científica: Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2006, p.83.

45 REIS, Rafael Nascimento, *Mercosul: soberania e supranacionalidade*, Cit., p. 73.

46 PEROTTI, Alejandro Daniel, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria: estudio sobre los estados del Mercosur*, p.369.

47 PEROTTI, Alejandro Daniel, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria: estudio sobre los estados del Mercosur*, Cit, pp.372-373.

48 Estabelecem os referidos artigos:

“Art. 137. De la Supremacía de la Constitución

Em conclusão, a Constituição da República do Paraguai de 1992 estabeleceu uma série de enunciações que demonstram a vontade política da Nação em apoiar o Mercado Comum do Sul, dando primazia ao direito comunitário sobre uma base distinta do direito internacional geral.

3.4. A Constituição Argentina

A Constituição Nacional da República da Argentina data de 1853, tendo sido reformada em 1860, 1866, 1898, 1957 e, por último, em 1994.

A Lei Fundamental vigente, cuja alteração foi promulgada em 28 de agosto de 1994, possui um texto atualizado e fortemente influenciado pela globalização contemporânea, prevendo, inclusive, a supranacionalidade, nos mesmos moldes da Carta Política Paraguaia.

A priori, há de investigar-se o tratamento conferido pela positividade máxima aos tratados internacionais celebrados pela República Argentina, à luz do disposto nos artigos 27, 30, 31 e 75, incisos 22 e 24.⁴⁹

La ley suprema de la República es la Constitución, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional el orden de prelación enunciado.”

“Art.141. De los Tratados Internacionales

Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137.”

⁴⁹ Leia-se:

“Art.27. El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

Art. 30. La Constitución puede reformarse en todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

Art. 31. Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Art. 75. Corresponde al Congreso:

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. (omissis)

24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad y igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de

Prevê o artigo 27 da Grande Norma que os tratados internacionais celebrados pelo governo federal estejam acordes com os princípios de direito público nela estabelecidos, a descortinar a necessária compatibilização hierárquico-normativa, que sinaliza, mesmo implicitamente, um controle de constitucionalidade prévio com vistas a obstar qualquer redução de garantias dispostas na Primeira e Segunda parte da Carta Política.

Concernente ao artigo 30, sua importância fulcra-se na preponderância atribuída pela Constituição aos tratados internacionais, em especial, os de direitos humanos. Estatuí a norma em epígrafe que a Lei Maior somente poderá ser reformada após um longo procedimento que inclui: (i) a necessidade de reforma declarada pelo Congresso por meio do voto de dois terços de seus membros; e (ii) a convocação de uma Convenção ou Assembleia Constituinte designada estritamente para levar a cabo tal feito. Do disposto, então, se infere que após a concessão de *status* jurídico supremo a determinados tratados, em especial os de direitos humanos, posterior alteração da *ratio* deve observar o procedimento estabelecido no mesmo artigo.⁵⁰

No tocante ao artigo 31, ele aponta a “hierarquia federativa” que os Acordos internacionais possuem na positividade, estabelecendo que a Constituição, as leis editadas pelo Congresso e os tratados, são a Lei Suprema da Nação.

“Dele se depreende que a qualificação de lei suprema é apenas para diferenciar a ordem normativa federal da ordem provincial, diante da grande autonomia que as províncias argentinas possuem em seu sistema federativo. Por outro lado, destaca-se a obrigatoriedade de observância que a Lei Suprema possui sobre todos os ordenamentos jurídicos provinciais”⁵¹

Adentrando ao cerne da questão, chega-se ao artigo 75 que disserta acerca das competências do Congresso Argentino. Seu inciso 22 defere ao Poder Legislativo a atribuição para aprovar ou rejeitar tratados firmados com os demais Estados Nacionais ou organizações internacionais, outorgando-lhes hierarquia superior às leis. O parágrafo primeiro confere hierarquia constitucional aos tra-

la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara depuse de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.”

⁵⁰ Segundo Perotti: “[...] el art. 30 constitucional, así definido, constituye un fundamento complementario que apunta la jerarquía extraordinaria que beneficia a la constitución.” PEROTTI, Alejandro Daniel., *Habilitación constitucional para la integración comunitaria: estudio sobre los estados del Mercosur*, Cit., p. 775.

⁵¹ REIS, Rafael Nascimento, *Mercosul: soberania e supranacionalidade*, Cit. p.70.

tados de direitos humanos e o segundo constitucionaliza os demais tratados de direitos humanos, quando ultrapassado o procedimento previsto.

Sobreleve-se, ainda, o caráter de supralegalidade que o inciso 22 proporciona aos acordos internacionais em geral, confirmando a presença deles na Carta Suprema, a teor do art. 31.

Mas, sem dúvida, o dispositivo máximo argentino de maior relevância para o Mercosul é o art. 75, inc. 24, porque reconhece e autoriza ao Estado delegar competências e jurisdição a organismos supranacionais.

Por derradeiro, convém lembrar que os tratados internacionais em geral são celebrados pelo Presidente - o art. 99, inciso 11 - e, *a posteriori*, ratificados pelo Congresso - o art. 75, inciso 22. Quanto ao procedimento, importa distinguir os tratados regionais de integração que deverão ser aprovados por maioria absoluta da totalidade dos membros de cada Casa Legislativa quando envolverem Estados latino-americanos, daqueles outros pactuados na Comunidade das Nações em geral, cujo procedimento será mais rigoroso. Veja-se que essa diferenciação resulta num intercâmbio regional mais acentuado já que em âmbito mundial, impõe-se maior barreira ao processo de internalização das normas externas. Tal como colocado, a Constituição Argentina admite a delegação de competências e jurisdição a organismos supraestatais,⁵² autorizando, por exemplo, a instalação de um Parlamento mercosulista efetivamente regional.

Conclui-se, então, possuir ela uma visão hodierna de soberania compartilhada propiciando, caso as instâncias governamentais e diplomáticas assim o determinem, um avanço do Mercosul nas matérias e órgãos que convierem ao Estado.

3.5. A Constituição da República Bolivariana da Venezuela

A Venezuela entrou em procedimento de adesão ao Mercado Comum do Sul na XXIX Conferência do Mercosul, em dezembro de 2005, ocasião na qual lhe fora outorgado o *status* de **Estado Nacional em processo de adesão** por meio de Acordo-Quadro. Sua incorporação permanente ao bloco deu-se no ano de 2012.⁵³

⁵² DROMI SAN MARTINO, Laura, *Derecho constitucional de la integración*, Cit., pp.90.

A autora adverte que “La norma constitucional posibilita que al aprobarse tratados de integración se deleguen competencias y jurisdicción, y en la hermenéutica de la Constitución argentina debe considerarse que el destinatario de esa delegación sólo puede ser un organismo supraestatal, concepto que podría identificarse con el carácter supranacional, por lo tanto nunca podría hacerse en favor de otro Estado extranjero”. DROMI SAN MARTINO, Laura, *Derecho constitucional de la integración*, Cit., p. 86

⁵³ Sobre as vicissitudes do processo de adesão da Venezuela ao Mercosul consultar: ROCHA, Maria

A Constituição da República Bolivariana da Venezuela, promulgada em 17 de novembro de 1999, possui dois dispositivos a serem destacados: *vg*: o artigo 73, segunda parte, e o artigo 153, que estatuem:

“Artículo 73 [...] Los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, podrán ser sometidos a referendo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por el voto de las dos terceras partes los y las integrantes de la Asamblea o por el quince por ciento de los electores y electoras inscritos en el registro civil y electoral.

Artículo 153. La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Ibero América procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.”

Como se lê, o artigo 73 reconhece a existência de órgãos supranacionais e regulamenta a aprovação, por quórum especial, dos tratados internacionais que versam sobre a matéria. A norma nacional consubstancia hipótese de transformação do direito da integração em direito supranacional, em seu aspecto institucional, no caso de aprovação pelo Conselho de Ministros pelo voto de dois terços dos integrantes da Assembleia ou por quinze por cento dos eleitores.

Entretanto, é o artigo 153 da Constituição que encerra a ideia integracionista quando declara, expressamente, a vontade política do Estado em aproximar-se da América Latina e Caribe, perspectivando o estabelecimento de uma comunidade regional de nações e habilitando a Venezuela a assinar tratados in-

Elizabeth Guimarães Teixeira/DOMINGUES, Leyza Ferreira/RIBEIRO, Elisa de Sousa, *A adesão da Venezuela ao MERCOSUL. O manifesto da expansão integracionista*, “Revista de Informação Legislativa do Senado”, n.º 177. Brasília, janeiro/março 2008.

ternacionais relativos a órgãos supranacionais, conformando dessa forma maiores possibilidades para a *cross fertilization*.

4. Conclusão

Dentre as Constituições examinadas, por certo, a venezuelana é a que apresenta redação mais consentânea com o espírito comunitário, ou seja, é a que melhor propicia a formação de uma base mínima transversal. A abertura das Leis Fundamentais dos Estados Argentino e Paraguai, facilitam o desenvolvimento da proposta comunitária, podendo auxiliar a superação de um direito transitoriamente integracionista.

Muito embora as Cartas Políticas brasileira e uruguaia não contemplem normas de alcance semelhante, seus artigos 4º, parágrafo único, e 6º, respectivamente, possibilitariam, em tese, construções hermenêuticas por meio de interpretações jurisprudenciais favoráveis à integração regional, contudo, foram refutadas expressamente pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil e pelo Parlamento Uruguaio.⁵⁴

⁵⁴ Com otimismo afirma PERROTI: “[...] excelentes vientos han comenzado a soplar en las tierras jurisdiccionales de los Estados Partes del MERCOSUR, al menos en lo que hace a la relación entre las Cortes Supremas de Justicia y el Tribunal Permanente de Revisión del bloque.

En este sentido, la Acordada N° 7.604 de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay, de 24/08/2007, que reglamenta internamente el procedimiento que deben seguir – en Uruguay – los jueces internos que decidan solicitar una Opinión Consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

Constituye la primera Corte Suprema que reglamenta el mecanismo, dando cumplimiento así a la obligación creada por el párrafo segundo del artículo 1 de la Decisión N° 02/07 del Consejo del Mercado Común (“Reglamento del Procedimiento para la solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR”), a cuyo tenor **“Cada Tribunal Superior de Justicia de los Estados Partes, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, establecerá las reglas internas de procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas a que se refiere este Reglamento, verificando la adecuación procesal de la solicitud”**. Cabe recordar que según el artículo 9 del Protocolo de Ouro Preto, “El Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Decisiones, las que serán obligatorias para los Estados Partes”. (negrito nosso)

La Decisión N° 02/07 del Consejo del Mercado Común – a pesar de establecer expresamente la innecesidad de su incorporación al derecho interno de los Estados Partes – fue transpuesta el ordenamiento uruguayo por el Decreto 209/007, de 18/06/2007.

Una consulta que queda pendiente, en relación a la presente reglamentación uruguayana, es si ella cubre también el procedimiento que deberá aplicar el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Uruguay, ya que la Acordada de la SJC se refiere – en su ámbito de aplicación – a “cualquier órgano del Poder Judicial”. Al respecto, cabría consultarse si el Tribunal de lo Contencioso Administrativo forma parte del “Poder Judicial”, interrogante que nuestros colegas uruguayos están en mejores condiciones de responder (ver, al respecto, artículos 77, inciso. 4º, 194, 220 y 258, párr. 2º, de la Constitución de Uruguay y 51 de la Ley 15.750, Orgánica de la Judicatura, de 24/06/1985; DO 08/07/85, N° 21.973)”. PEROTTI, Alejandro Daniel, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria: estudio sobre los estados del Mercosur*, Cit.

Some-se a isso a necessidade de se compatibilizar os compromissos formais assumidos pelos dois Estados perante a Comunidade das Nações com os parâmetros sistêmicos do arcabouço jurídico estatal endógeno. Seu equacionamento deveria ser objeto de reformas constitucionais com vistas a institucionalizar mecanismos efetivamente integradores.

Analisando exclusivamente o Brasil, imperativo reabrir-se as discussões levantadas durante o processo de revisão constitucional realizado cinco anos após a promulgação da Carta Política, em 1993, no sentido de conciliar o atributo da soberania com a obrigatoriedade do cumprimento de regras livremente aceitas na ordem externa, mormente, no âmbito do Mercado Comum do Sul.

Naquela época, tomando como paradigma a Constituição Portuguesa que assimilou a aplicabilidade direta das normas provenientes dos organismos internacionais, pretendeu-se acrescentar ao art. 4º, parágrafo inédito, com o seguinte texto:

“As normas gerais e os princípios de Direito Internacional Público são parte integrante do direito brasileiro.”

Paralelamente, resistências exegéticas levantadas pelo Supremo Tribunal Federal retardam o processo integracionista em face das manifestações contrárias ao reconhecimento da autonomia conceitual do efeito direto - aptidão da norma internacional repercutir desde logo em matéria de direitos e obrigações na esfera jurídica dos particulares – e da aplicabilidade imediata – vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna – dos Tratados e normativas derivadas Mercosul. Entende a Corte que tais diretrizes não se acham positivadas no texto republicano, razão pela qual não poderiam ser invocadas para legitimar a incidência no plano doméstico de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, enquanto não concluídos os diversos ciclos do processo de incorporação.⁵⁵ Daí, a intervenção do Poder Constituinte derivado revelar-se-ia providencial.

A própria Excelsa Corte brasileira reconhece que por se tratar de princípios que compõem o direito de integração, o efeito direto e a aplicabilidade imediata qualificar-se-iam como diretrizes essenciais à própria configuração institucional do espaço comunitário porquanto visam tornar as regras mercosulinas imediatamente invocáveis em matéria de direitos e obrigações pelos particulares, além de aplicáveis, desde logo e sem qualquer intermediação formal, nas ordens normativas dos Estados Partes. Uma vez integradas orientarão a atuação do juiz nacional, que, ao cabo, é o juiz comunitário de direito comum.

⁵⁵ Vide: *Carta Rogatória 8279, AT*, Supremo Tribunal Federal, DJ 14/05/98

Outra sugestão de reforma de teor semelhante ao disposto na Carta Portuguesa e discutida no processo de revisão da Constituição Brasileira propunha que:

“As normas emanadas dos órgãos decisórios do Mercosul de que a República Federativa do Brasil seja parte vigoram na ordem interna, desde que expressamente estabelecido nos respectivos tratados constitutivos”.

Tal proposta chegou a obter o apoio da maioria dos membros do Congresso (168 votos a favor e 114 contrários), porém, não logrou aprovação porque o *quorum* mínimo exigido era o da maioria absoluta, nos termos do art. 3º dos ADCTs.

Lamentável a sua rejeição, sabido que a referência às organizações internacionais não é inédita no constitucionalismo pátrio. Na Carta de 1946, fruto do pós-guerra, momento em que se buscava a integração como condição para se evitar nova tragédia, os constituintes fizeram inserir no art. 4º – em razão da criação da Organização das Nações Unidas e do respectivo Conselho de Segurança – referência expressa a ente de natureza supranacional. Dispunha a Lei pretérita:

“O Brasil só recorrerá à guerra se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução de conflito, regulados por órgão internacional de segurança, de que participe; e em caso nenhum se empenhará em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança como outro Estado”⁵⁶

Por igual, a Carta de 1967, em redação mantida pela Emenda de 1969, previa no art. 7º que:

“Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe”⁵⁷.

Para além dessas alterações, dever-se-ia atribuir maior relevância aos pactos internacionais gerais conferindo a todos indiscriminadamente, *status* de supralegalidade e, não somente, aos de direitos humanos. Igualmente haveria de se estabelecer *quorum* parlamentar privilegiado para a sua adesão. Ao Congresso Nacional caberia a atribuição de resolver definitivamente sobre tratados e, tam-

⁵⁶ Crf. art. 4º da Constituição Brasileira de 1946.

⁵⁷ Crf. art. 7º da Constituição Brasileira de 1967/69.

bém, deliberar sobre a sua denúncia. Outro ponto fundamental seria o exame prévio da constitucionalidade pelo STF, a exemplo da Constituição de Espanha – art. 95 - e da França – art. 54, como forma de decisão antecipatória de possível incompatibilidade com a Lei Maior, tendo a decisão efeito vinculante, a condicionar a aprovação pelo Parlamento de emenda constitucional exigível. Finalmente, a submissão de certos Pactos à vontade coletiva, por meio da utilização de instrumentos da democracia direta - *referendum* e plebiscito – nos termos do preceituado no art. 49, XV da CF, valorizaria o Estado Democrático de Direito.

A adoção de tais medidas prestigiaria os ideais contemporâneos de integração entre Nações irmãs e inspirariam o sonho de Bolívar quando aclamou em lutas heroicas pela independência da Latina América: “Não sei como não se levantaram ainda todos estes povos e soldados ao concluírem que os seus males não vêm da guerra, mas de leis absurdas!”⁵⁸

⁵⁸ Citação extraída da obra Simón Bolívar. *Apud*, HERRERA TORRES, Juvenal. *El hombre de América: presencia y camino*, Medellín, Convivencias, 2000.

DIREITO À LIBERDADE, PRISÃO PREVENTIVA E PROPORCIONALIDADE DA INCONSTITUCIONALIDADE QUARENTENÁRIA DOS 'CRIMES INCAUCIONÁVEIS' E DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE PARA PROTEGER A INVESTIGAÇÃO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU DA REPÚBLICA POPULAR DA CHINA E DA REPÚBLICA DE PORTUGAL

Miguel Ângelo Loureiro Manero de Lemos

Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

1. Sumário

Tal como num passado assim não tão distante em Portugal, ainda hoje em Macau o Código de Processo Penal estabelece que “se o crime imputado tiver sido cometido com violência e for punível com pena de prisão de limite máximo superior a 8 anos, o juiz deve aplicar ao arguido a medida de prisão preventiva”. Nesta e noutras situações, casos dos chamados ‘delitos incaucionáveis’, a aplicação da prisão preventiva é (quasi-) automática, o que parece chocar com o princípio da privação da liberdade como *ultima ratio* da política criminal. Na primeira parte desta intervenção, explora-se, em especial, a colisão desta situação com o princípio constitucional da proporcionalidade, o qual existe na constituição

macaense como decorrência do princípio da continuidade do ordenamento jurídico vigente durante o exercício de soberania portuguesa no território.

Na segunda parte, analisa-se a possível inconstitucionalidade, tanto em Macau como em Portugal, do uso da prisão preventiva como meio de obstar a um perigo de perturbação do decurso do processo, nomeadamente perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova. Num Estado/Região de Direito, a responsabilidade exclusiva para a obtenção da prova incriminadora é do Estado/Região. Perscruta-se aqui a especial dimensão problemática que a questão assume relativamente à prova pois, ao passo que o perigo de fuga, a perturbação da ordem e tranquilidade públicas ou a continuação da atividade criminosa não dependem estritamente de qualquer maior ou menor diligência das autoridades, já aquela ‘aquisição, conservação ou veracidade’ apresenta uma ligação estreita com o zelo destas, o que a torna uma razão para a aplicação da prisão preventiva especialmente problemática. Na verdade, a prisão preventiva aparece aqui como um ‘prender para investigar’ ou um ‘proteger a investigação’ e a sua aplicação ou manutenção com base naquele perigo rapidamente se torna insustentável à luz de um princípio da proporcionalidade robusto.

A análise compreendida em ambas as partes percorre os 40 anos de desenvolvimentos constitucionais da relação entre liberdade, prisão preventiva e proporcionalidade.

Quero agradecer à organização deste congresso o convite que dirigiu à Faculdade de Direito da Universidade de Macau para que ela aqui estivesse representada. Na medida em que aqui estou na qualidade de docente dessa universidade, trago, em primeiro lugar, um problema específico da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM).

2. Os “crimes incaucionáveis” no Código de Processo Penal de Macau

2.1. Perspetivas doutrinárias e jurisprudenciais

Artigo 178.º

(Princípio de adequação e proporcionalidade)

3. *Sem prejuízo do disposto no artigo 193.º, a prisão preventiva só pode ser aplicada quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coacção*¹.

¹ Itálico acrescentado.

Artigo 193.º

(Aplicação da prisão preventiva em certos crimes)

1. Se o crime imputado tiver sido cometido com violência e for punível com pena de prisão de limite máximo superior a 8 anos, o juiz *deve aplicar* ao arguido a medida de prisão preventiva².

Certamente incomodada com o resultado jurídico a que a redação destas normas parece levar, a ‘doutrina macaense’ já ensaiou dar a tais disposições uma interpretação mais consonante com princípios básicos de uma Região-de-Direito.

Cedo na vida delas, e de forma “modesta”, sugeria-se um cumprimento menos ostensivo das disposições em causa: “[n]estes casos, a própria lei estabelece uma presunção de verificação de qualquer dos requisitos previstos no art.º 188.^{os}, presunção essa que dispensa a verificação judicial destes requisitos e determina a aplicação automática da prisão preventiva ao arguido. No entanto [...] parece que o juiz *pode recusar* a aplicação da prisão preventiva *se ele conseguir ilidir esta presunção meramente formal e fundamentar a sua recusa* de aplicação indicando os motivos que o tiverem levado a concluir pela não verificação de qualquer dos requisitos previstos no art.º 188.º no caso concreto”⁴. De forma mais taxativa, também pela mesma altura, se afirmava que “para os crimes previstos no artigo 193.º *valem de igual modo os requisitos gerais do artigo 188.º*, ou seja, o princípio da necessidade [...] não valendo contudo o princípio da subsidiariedade contido no artigo 178.º 3 [...]”⁵.

Mais recentemente uma forte tentativa de ‘salvação sistemática’ da situação socorre-se, não só das dúvidas já mencionadas sobre o nascimento de tais normas, mas também da ideia de *ultima ratio* do sistema, da filosofia que preside à edificação do figurino das medidas de coação, da conciliação textual com outros preceitos do código e, por fim, de uma interpretação mitigada do termo “deve aplicar”, por comparação à possível utilização de outro termo supostamente mais claro, “aplicará”, o qual liquidaria a polémica, para levantar a tal questão sobre qual a verdadeira ‘vontade legislativa’⁶.

² Itálico acrescentado.

³ Exceto indicação em contrário, os artigos mencionados são do Código de Processo Penal de Macau.

⁴ HONG, Lai Kin, “Sobre as Medidas de Coação no Novo Código de Processo Penal de Macau”, in *Seminário sobre o Direito de Macau e da R.P.C.: Linhas de convergência*, Macau, 1996 (itálicos acrescentados).

⁵ ANTUNES, Maria João, *As medidas de coação no Código de Processo Penal de Macau*, “Revista Jurídica de Macau”, vol. IV, n.º 1, 1997, p. 126 (itálicos acrescentados).

⁶ LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau*, vol. II, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2014, pp. 79 a 81.

Quanto às duas primeiras posições, elas aparentam ser muito redutoras e não dar a devida importância aos princípios constitucionais vigentes na RAEM⁷. Em relação a esta última posição, há que sublinhar esforço *quasi*-perfeito de interpretação sistemático-teleológica da lei ordinária mas há que apontar que a exceção está mesmo lá e que, portanto, a incúria legislativa é óbvia, circunstância infelizmente sublinhada pela prática jurisprudencial mais recente de continuar a aplicar prisão preventiva, sem mais⁸, se um dos crimes lá previstos for imputado ao arguido:

“[H]á que impor efectivamente ao arguido a prisão preventiva a vigorar na pendência do seu recurso interposto do acórdão condenatório, nos termos cogentemente ditados pelo art.º 193.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, sem necessidade de indagação da existência de qualquer dos perigos concretos referidos no art.º 188.º deste Código, posto que essa disposição do art.º 193.º já tem em conta a evidente necessidade, adequação e proporcionalidade da aplicação da prisão preventiva ao delito em causa”⁹.

2.2. Delimitação do exato âmbito da lei ordinária

Embora exista amplo campo para redução do âmbito problemático aqui em causa, nomeadamente através da consideração de que nem o princípio da adequação (artigo 178 (1) 1ª parte), nem o princípio da proporcionalidade no que diz respeito à gravidade do crime em concreto e às sanções que em concreto previsivelmente venham a ser aplicadas (artigo 178 (1) 2ª parte), nem o princípio da necessidade (artigo 188), estão excecionados, tal como certamente não o está a exigência de fortes indícios da prática do crime (artigo 186 (1)), o que é facto é que está excecionado o princípio da subsidiariedade na aplicação da prisão preventiva ou, por outras palavras, o princípio da proporcionalidade no que diz respeito à escolha da própria medida de coação a aplicar.

⁷ Embora a solução já fosse merecedora de ‘reparos constitucionais preferenciais’ ao tempo da sua adoção. Cf. ANTUNES, Maria João, *As medidas de coacção...*, Cit., pp. 126 e 127, que, apesar de apontar para os artigos 28 (2) e 18 da CRP parece deixar na liberdade do legislador ordinário (“teria sido preferível”) a aplicação deles devidos.

⁸ Aparte a aceitação generalizada de que devem existir fortes indícios do crime imputado.

⁹ Acórdão do TSI de 2015-8-28, proc. 746/2015, Sumário (itálicos acrescentados).

2.3. Da incompatibilidade dos crimes incaucionáveis com o quadro constitucional da Região Administrativa Especial de Macau

O que resulta da conjugação dos artigos 178 (3) e 193 é a possibilidade de aplicação de uma medida de coação mais gravosa quando uma menos gravosa seria suficiente, direcionando o juiz para a aplicação daquela sem ter que indagar sobre a suficiência desta¹⁰. Se, no quadro constitucional originário de 1976, a possível colisão desta situação – a qual compreende a possibilidade de privação total da liberdade de uma pessoa *sem necessidade concreta* para tal – com o mandamento constitucional insito no princípio constitucional da proporcionalidade podia ser objeto de discussão mais intrincada, devido à aparente ausência de uma exigência expressa de proporcionalidade estrita¹¹, já, pelo menos a partir de 1982¹², resultava claro que, em matéria de restrições de direitos fundamentais, a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos previstos no ‘quadro constitucional vigente’, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos¹³.

À luz de ideias não recentes de “menor intervenção possível” e “menor gravame possível para o arguido” que se afirmam com “particular intensidade relativamente ao mais gravoso dos meios de coação”¹⁴, há que sublinhar que, quando se pensa na intromissão na vida e liberdade das pessoas que resulta de uma aplicação da prisão preventiva, existe não só o dever de ter o quadro dos direitos fundamentais anteriormente vigentes como pano de fundo, mas também, e de forma tão importante, as formas admissíveis de restrição desses direitos fundamentais anteriormente vigentes. Passando com a transição o problema a ser o de um país dois sistemas duas constituições¹⁵, cabe salientar que, apesar de não ele não ser expressamente mencionado na Lei Básica da RAEM, o princípio da proporcionalidade existe “no mundo de valores e de direitos do ‘povo plural’, ou seja, dos residentes de Macau”¹⁶ (isto é, na constituição destes) pois, para além de ser princípio constitucional inerente a qualquer verdadeiro Estado ou Região

¹⁰ Afastando assim o único procedimento lógico. Cf., também, OLIVEIRA, Odete Maria de, “As medidas de coação no novo Código de Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal*, CEJ, Coimbra, Livraria Almedina, 1991, pp. 182 e 183.

¹¹ Na sua versão original, o artigo 18 da CRP não continha a locução final “devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

¹² Quando é inserida a locução final referida na nota anterior.

¹³ Cf. artigo 18 da CRP saído da revisão de 1982 e em vigor à data da celebração da DC.

¹⁴ CASTRO E SOUSA, João *A prisão preventiva e outros meios de coação (a sua relação com a investigação criminal)*, “BMJ”, n.º 337, Junho, 1984, pp. 46 e 47.

¹⁵ Assim, GOMES CANOTILHO, J.J., *As Palavras e os Homens*, “O Direito”, 1994., p. 38

¹⁶ Expressões de GOMES CANOTILHO, J.J., *As Palavras e os Homens*, Cit., pp. 40 e 41, a propósito da DC.

de Direito, é princípio que transitou/continuou do ‘antes constitucional’ para o ‘agora constitucional’¹⁷ e que como tal tem que ser estritamente aplicado por toda a autoridade pública¹⁸.

2.4. Conclusão

Ora, como da conjugação do artigo 178 (3) com o artigo 193 resulta claro uma norma que abre a porta à ‘aplicação mecânica por um juiz’ de uma medida de coação mais gravosa quando outra menos gravosa é suficiente *in casu*, essa norma, impassível de cura através de interpretação conforme, é inconstitucional.

Passo agora, de forma mais descomprometida, a tratar de um problema de interesse mais geral, com especial atualidade em Portugal, e de resposta não tão evidente, e que por esta razão será abordado de uma forma em que as questões que se deixam são mais frequentes que as asserções que se fazem.

3. O perigo de perturbação do decurso do processo

3.1. A especial dimensão problemática da prisão preventiva para obstar a um perigo de perturbação do decurso do processo, nomeadamente perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova

Condições de aplicação das medidas

Artigo 188.º

(Requisitos gerais)

Nenhuma medida de coação prevista no capítulo anterior, à excepção da que se contém no artigo 181.º, pode ser aplicada se em concreto se não verificar:

- a) Fuga ou perigo de fuga;

¹⁷ Em sentido fundamentalmente idêntico, CARDINAL, Paulo, “Continuity and Autonomy – Leading Principles Shaping the Fundamental Rights Constitutional System in the Macau Special Administrative Region” in EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, JORGE SILVERO SALGUEIRO, (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. iv, derechos fundamentales y tutela constitucional*, Asunción – Paraguay, 2012, pp. 218 e 219.

¹⁸ Cf., também, BRANDÃO, Nuno, *Medidas de Coação: o Procedimento de Aplicação na Revisão do Código de Processo Penal*, p. 4, disponível em <https://coimbra.academia.edu/NunoBrand%C3%A3o>.

- b) *Perigo de perturbação do decurso do processo, nomeadamente perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova*; ou
- c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem ou tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa¹⁹.

Num Estado/Região de Direito, a responsabilidade do asseguramento de um normal decurso do processo e a da aquisição, conservação ou manutenção da veracidade da prova incriminadora é do Estado/Região, tendo que se perscrutar a especial dimensão problemática que a questão aqui assume pois que, ao passo que o perigo de fuga, a perturbação da ordem pública ou a continuação da atividade criminosa não dependem estritamente de qualquer maior ou menor diligência das autoridades, já a aquisição, conservação ou veracidade da prova apresentam uma ligação estreita com o zelo destas, o que as torna razões para a aplicação de uma prisão preventiva, já em si uma medida que coloca sérios problemas de compatibilização com os princípios do Estado de Direito²⁰, especialmente perturbantes²¹. Na verdade, a prisão preventiva surge aqui, enquanto meio de obstar à possibilidade do arguido dificultar a investigação – por exemplo, combinando com outros arguidos factos novos ou falsos álibis, escondendo ou destruindo meios de prova, influenciando coarguidos ou testemunhas –, como verdadeiro ‘meio de acautelar o processo’. Sugestivamente dir-se-ia então que é “indubitável que, permanecendo o arguido em liberdade, bem pode este prejudicar a aquisição, conservação ou veracidade da prova, perturbando, assim, o decurso do inquérito ou da instrução do processo”²².

3.2. Interação com os outros “requisitos gerais” de aplicação (também) da prisão preventiva

Ora, em resultado de uma conceção restrita do que pode constituir uma “continuação da atividade criminosa”, segundo a qual os crimes em causa têm

¹⁹ O artigo correspondente em Portugal (artigo 204 do Código de Processo penal Português (CPP-P)) é, para o que para este trabalho interessa, fundamentalmente idêntico. (itálico acrescentado).

²⁰ DIAS, Augusto Silva, “A prisão preventiva após a revisão de 2007 do Código de Processo Penal: foi superada a crise?” in *Estudos em Honra do Professor Doutor JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 1380.

²¹ A falta de diligência das autoridades e órgãos de polícia criminal ou a sua comodidade não serão por si mesmas nunca causa de justificação da necessidade de aplicação de uma medida de coação. MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal*, Verbo, p. 267.

²² GONÇALVES, Fernando/ ALVES, Manuel João, *A Prisão Preventiva e as Restantes Medidas de Coação - A Providência do Habeas Corpus em Virtude de Prisão Ilegal*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina., p. 95.

que ser crimes da mesma espécie, e de uma conceção de “perigo de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas” inadmissivelmente ainda ligada mais ao perigo sentido pela comunidade²³ do que ao perigo que para ela o arguido pode representar²⁴, têm sido atirados para o perigo de perturbação do processo casos que à partida consubstanciam um perigo da prática de novos crimes, dando-se assim uma aparência de maior legitimidade a este fundamento para aplicação de uma prisão preventiva. De facto, normalmente é avançado que estão abrangidos por esta alínea casos em que existe o perigo de destruição de documentos de prova não próprios, suborno ou ameaça de testemunhas, etc. Ora, se estiver em causa o perigo de que em liberdade o arguido ameace testemunhas ou as mate ou destrua as instalações de um banco ou das autoridades policiais onde está ‘conservada’ a prova, não parece haver como escapar à necessidade de aplicação da prisão preventiva, por perigo para a aquisição da prova ou para a sua conservação ou manutenção enquanto verdadeira. Só que ao olhar para estes casos primordialmente enquanto perigo de perturbação do processo, está-se a esquecer que a sua outra dimensão, *mais essencial*, não tem a ver com o acautelamento do processo, mas com a prevenção de continuação de atividade criminal inextricavelmente ligada à prática sob forte suspeita de crimes anteriores. Talvez fosse então de fazer uma interpretação que conjuga a “continuação da actividade criminosa” com a “perturbação da ordem ou tranquilidade públicas” de modo a considerar que o que está em causa é o perigo de cometimento de crimes com conexão com o processo, sejam eles da mesma espécie ou não.

Perspetivada a questão desta forma, pareceria que o conteúdo útil do perigo para o decurso do processo se reduziria àquilo que se diz, e que corresponde a expressão em uso corrente, ser um ‘prender para investigar’, utilizando-se a prisão, de uma perspetiva, para impedir conduta, aparentemente não ilegal, como, por exemplo, o arquetizar com coarguidos a estratégia da explicação dos acontecimentos ou a relegação ao silêncio, a tentativa de convencer testemunhas a não dizerem nada às autoridades, a destruição de documentos próprios, a mudança de sinais físicos, etc., ou, de um outro ângulo, para garantir a possibilidade de colheita atempada e eficaz da prova. Aqui em causa já não está mais um perigo de cometimento de novos crimes mas um perigo para o processo que não parece não poder ser atalhado de outra forma²⁵, nomeadamente através de

²³ Aparentemente neste sentido Acórdão do TSI de 05.08.2004, proc. 208/2004.

²⁴ Na verdade, nesta alínea só pode estar em causa a prevenção de novos crimes pelo arguido. Cf., também, ANTUNES, Maria João/CAEIRO, Pedro, “Preventive Custodial Measures in Portuguese Law”, in CHRISTOPHER MICHAELSEN (ed.) *Comparative Perspectives on the Theory and Practice of Preventive Detention. Oñati International Series in Law and Society*, Hart Publ, 2016 (forthcoming). O CPP-P, ao sublinhar que a perturbação tem que ser *grave e causada pelo arguido* torna esta interpretação mais fácil no seu âmbito. Cf., artigo 204 CPP-P.

²⁵ Ao contrário por exemplo do perigo de fuga.

medidas de coação menos gravosas e da utilização de expedientes de investigação alternativos. Sendo que há que não esquecer que o que está aqui em causa é a “imensa distância entre a liberdade e a sua privação”²⁶ total²⁷, dificuldade tem o autor desta intervenção em imaginar alguma situação em que a última seja necessária/proporcional e legítima com base no perigo em análise. É que se se sustentar que aqueles comportamentos não são, de per si, ilegais, então prender uma pessoa com fundamento em existir o perigo de ela os levar a cabo torna-se especialmente dramático. Buscas, escutas, proibição de ausência, proibições de contactos, etc., parecem poder ser instrumentos adequados ao tal desiderato de acautelar a investigação, e até possivelmente a prisão preventiva em caso de violação de obrigações eventualmente decretadas, mas a possibilidade de prender preventivamente uma pessoa, logo à partida e sem mais, com base naquele perigo aparece, qual excesso proibido, como insustentável.

3.3. Sugestões/interrogações

No que diz respeito ao aplicador do Direito, dir-se-ia então não ser de estranhar que ele se interrogasse sobre a constitucionalidade da alínea b) interpretada no sentido de que se pode impor a prisão preventiva para obstar ao perigo de perturbação do decurso do processo quando esse perigo não se consubstanciar no *perigo de prática de um crime* que possa perturbar o processo. E também ficaria a interrogação sobre se esta última não seria já a melhor interpretação do quadro constitucional vigente à data da celebração da DC e que se poderia dizer resultante da versão original da Constituição, pela conjugação dos seus artigos 18, 28 e 32 originais, ou, pelo menos, da sua versão de 82, quando *aquela locução final* foi inserida.

Não existindo nenhuma razão plausível para que *todos* os “requisitos gerais” de aplicação de medidas de coação sejam fundamento para a aplicação de *todas* as medidas de coação²⁸, melhor mesmo não seria que o legislador, pura e simplesmente – e tendo em conta aquela ‘melhor’ interpretação proposta da alínea c) –, excluísse a possibilidade de aplicação da alínea b) no caso de prisão preventiva, dando concretização legislativa adequada ao mandamento constitucional em causa?

²⁶ BELEZA, Teresa, “Prisão Preventiva e Direitos do Arguido”, in *Que futuro para o Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 673.

²⁷ Como acontece no caso de prisão preventiva. Devido à sua inexistência na RAEM não se tecerão nesta intervenção considerações relativas à obrigação de permanência na habitação.

²⁸ Cf., também, DIAS, Augusto Silva, “A prisão preventiva...”, Cit., pp. 1392 e 1393, propondo a eliminação da alínea c) do CPP-P pelo menos no que respeita à prisão preventiva.

Isto em especial numa República, como a Portuguesa, em cujo legislador constitucional tem vindo a dar sinalizações cortantes em matéria de prisão preventiva, em especial quando, em 1997, sentiu a necessidade de *reforçar* o seu caráter *subsidiário* através da expressa consagração da sua natureza verdadeiramente *excepcional*²⁹.

Dizia um colega docente em Coimbra que desafiava a imaginação as tropelias que ‘à pala’ da perturbação da investigação andavam por aí a ser cometidas³⁰. Pois teme-se que sim. Dos casos mais, aos menos, mediáticos. Da República, à Região Administrativa Especial de uma outra República que partilha muito do seu quadro constitucional. Hora então de também o legislador macaense dar eco ao mandamento constitucional, talvez quarentenário, aqui em causa.

Embora ainda não tenha passado de moda, talvez que, com a Constituição de 1976 e desenvolvimento jurisprudencial dos seus mandamentos, a afirmação de que o direito processual penal é “direito constitucional aplicado”³¹ tenha passado a não fazer tanto sentido como quando, dois anos antes, em 1974, aquela formulação, em Portugal, “dava à estampa”. Independentemente das ramificações que subjazem a tal asserção³², e talvez dando extensão ainda maior àquela que já hoje é amplamente reconhecida como a vasta constituição processual penal, a forma como esta intervenção e muitas outras que neste congresso foram construídas, com raciocínios que se impõem independentemente do que diz o legislador ordinário e que, por vezes, quase que o ignoram, talvez ilustrem que o direito processual penal de hoje é, mais do que tudo o resto, direito constitucional. A precisar de ser aplicado.

²⁹ Sendo possível que muita dessa natureza já pudesse resultar da conjugação dos princípios da necessidade, adequação, e proporcionalidade com o princípio da presunção de inocência e conceção da prisão como *ultima ratio* (OLIVEIRA, Odete Maria de, *As medidas de coação...*, Cit., p. 169, a propósito do princípio da subsidiariedade da prisão preventiva no artigo 193 (2) do CPP-P), há um qualquer “mais” nesta consagração expressa que talvez ajude, enquanto mais um forte argumento, a tornar inadmissíveis as tais interpretações.

³⁰ Cf., também, mais em geral, DIAS, Augusto Silva, “A prisão preventiva...” Cit., p. 1380, com referências sobre banalização na aplicação da prisão preventiva; MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso...* Cit., pp. 267 e 268, em especial, p. 268, n. 1.

³¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Processual Penal*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, p. 74.

³² Sobre estas, ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2016.

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO SOLUÇÃO (UTÓPICA) PARA O DIREITO PENAL E PARA O PROCESSO PENAL?: CRÍTICA A PARTIR DO CONCEITO DE COMUNIDADE¹

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR; Professor Adjunto do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC

1. Colocação do Problema

Diferentemente da Justiça Redistributiva, que hoje é o paradigma do Direito Penal de aplicação de sanções por intermédio do ajuizamento de ações penais e o seu julgamento por um juiz, a Justiça Restaurativa (JR) busca no diálogo entre os envolvidos na causação de um dano - nomeadamente o autor do fato e a vítima – a solução para a questão, valendo-se de mediadores, voluntários ou não.

No Brasil, há Projeto de Lei (PL) que prevê a introdução da JR como um microsistema auxiliar ao sistema penal. Entretanto, o texto padece de lacunas e conceitos jurídicos indeterminados, que não contribuem para o debate e tratamento da questão. Verifica-se, por exemplo, que a participação de “pessoas ou membros da comunidade” é considerada pelo referido PL como instrumento apropriado para a “resolução dos problemas causados pelo crime ou contraven-

¹ Trabalho desenvolvido em estudos pós-doutorais na Universidade do Minho (2015-2016). Agradecimentos à Universidade de Fortaleza (UNIFOR) pelo incentivo.

ção”, sem que se estabeleça como se dá a escolha de representante da comunidade, gerando insegurança jurídica.

De acordo com os teóricos da JR, inexistente um procedimento único para a realização e aplicação de técnicas restaurativas, e, do ponto de vista da qualidade do resultado, isso é o que menos interessa, desde que sejam observados os princípios restaurativos². Um deles é justamente a *participação da comunidade no processo*³. Fato é que as teorias sobre a JR surgiram depois das práticas restaurativas, o que mais de um autor apontou que “existem várias práticas à procura de uma teoria”⁴.

Esta expressão é a chave para se compreender a importância *na e da* conceitualização dos institutos pertencentes à JR, levando-se em consideração que, no Brasil, pretende-se adotar um modelo complementar ao sistema penal tradicional, um microsistema dentro de um macrosistema. Dentre as conceitualizações necessárias, destaca-se a de *comunidade*, considerada a sua importância no processo restaurativo. Contudo, mesmo a doutrina, que poderia contribuir de forma decisiva para a construção do conceito, não o faz.

Assim, a delimitação conceitual dos elementos da JR pode estipular bases mais sólidas não só para a construção legislativa, evitando indeterminações terminológicas e insegurança jurídica na aplicação dos institutos, mas também para a verificação, na prática, do sucesso das experiências restaurativas, e sua possível recepção pelo Direito Penal.

2. Desenvolvimento

2.1. A comunidade: em busca de um conceito

O conceito de comunidade não pertence à seara do Direito, mas é estudado na Sociologia, Antropologia e Filosofia, bem como na Enfermagem⁵, Medicina, Biologia e Ciências da Informação. É um dos conceitos de apreensão mais difícil, pois seu conteúdo é polissêmico e, por isso, de caráter muito mais

² ZEHR, Howard, *Justiça restaurativa*. São Paulo, Palas Athena, 2012.

³ TIVERON, Raquel, *A justiça restaurativa e a emergência participativa na dicção do direito: contribuições para a teoria e para a prática democrática*, “Revista de Informação Legislativa”, ano 50, n.º 197, janeiro/março de 2013.

⁴ SANTOS, Cláudia Cruz, *A proposta restaurativa em face da realidade criminal brasileira*. “Revista Brasileira de Ciências Criminais”, n.º 81, novembro/dezembro de 2009.

⁵ Em artigo de revisão bibliográfica, foram analisados 300 *papers*, e encontrado um ponto de saturação conceitual em 48 deles, que permitiram uma interação da ideia de comunidade a ser compartilhado entre a Medicina, Enfermagem, Saúde Pública e Sociologia. BAISH, M. J., *Community health: an evolutionary concept analysis*, “Journal of Advanced Nursing”, 65 (11).

simbólico que real, possibilitando, assim, ser apreendido pelos seus membros da forma que melhor lhes convier⁶. A ideia de comunidade, desta forma, tanto pode ser utilizada para delimitar uma área de abrangência para o alcance de rádios comunitárias⁷, com base em critérios geográficos e/ou de identificação cultural, como também para estipular *roleplays* referentes a uma estrutura empresarial⁸. Rodrigues e Viana, por exemplo, estabelecem o conceito de comunidade a partir da NBR 10.151, sendo “o conjunto de indivíduos que possa ter sua saúde ou sossego afetados pela emissão de ruídos proveniente das atividades do empreendimento, incluindo-se aí quaisquer empresas vizinhas, cidades, vilas, fazendas ou outros locais em que se desenvolvam atividades humanas”⁹.

Hoje, vive-se um processo de comunicação na sociedade contemporânea que relativiza as fronteiras geográficas e culturais, produzindo-se verdadeira homogeneização sociocultural. Na aldeia global macluniana, reduzem-se os laços de solidariedade que caracterizam a ideia de comunidade, prevalecendo o individualismo e a individualidade, mesmo que se viva em sociedade. Assim, sociedade e comunidade acabam por ser conceitos praticamente contrapostos. Bauman aponta que a comunidade ressurgue como a promessa de um “porto seguro”, trazendo a ilusão de que é possível retornar a um tempo passado, destruído pela modernidade, onde as relações pessoais possam trazer mais segurança.

Bauman ainda salienta que há “comoção em torno da necessidade de comunidade principalmente porque é cada vez menos claro se as realidades que os retratos da comunidade afirmam representar são evidentes, e, se caso possam ser encontradas, merecerão ser tratadas, em vista da expectativa de sua duração, com o respeito que exigem”. Ressalta que a defesa da comunidade tem relação com o esgarçamento de seus laços, ano após ano. Segundo ele, “as comunidades vêm em várias cores e tamanhos, mas, se colocadas num eixo weberiano que vai de ‘leve manto’ a ‘gaiola de ferro’, aparecerão todas notavelmente próximas do primeiro polo. “Em termos sociológicos, o comunitarismo é uma reação esperável à acelerada ‘liquefação’ da vida moderna.”¹⁰

Ademais, há a nítida sensação que a ideia de comunidade vem sendo remodelada em razão das comunicações eletrônicas e da globalização, transformando a noção da relação entre lugar e comunidade, bem como a relação entre o

⁶ COHEN, A. P., *The symbolic construction of community*, Nova Iorque, Londres: Routledge, 1985, pp.11/13.

⁷ DAY, R., *Community Radio in Ireland: participation and multiflows of communication*, Cresskill, New Jersey, Hampton Press, 2009.

⁸ ALMEIDA, J. P. A./GUIZZARDI, G., *An ontological analysis of the notion of community in the RM-ODP enterprise language*, “Computer Standards & Interfaces”, 35, 2013.

⁹ RODRIGUES, Gustavo Guido/VIANA, André Luís Campos, *Conceito de comunidade - NBR 10.151*, “Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental”, n.º 50, março/abril 2010.

¹⁰ BAUMAN, Zygmunt, *Modernidade líquida*, Rio de Janeiro, Zahar, 2001.

indivíduo e esta mesma comunidade. Desta forma, compreende-se que a conceitualização tradicional de comunidade, trazida pela Sociologia, que se fundamenta numa relação interpessoal num delimitado espaço, está sendo completamente alterada pelas comunicações à distância, fazendo com que esta interação se dê também no espaço virtual¹¹ – malgrado a liquefação já anotada por Bauman em razão das experiências comunicativas da modernidade.

Bazemore e Hines ressaltam que nas grandes cidades, principalmente nos subúrbios americanos – equivalentes, no Brasil, aos grandes condomínios horizontais e verticais – é difícil descobrir sinais de uma comunidade, já que o ambiente é desenhado para evitar que as pessoas tenham contato umas com as outras, de forma a criar um ambiente propício à vida comunitária. Mesmo nas áreas rurais, não há motivação para que especialmente os jovens se sintam vinculados à comunidade, o que prejudica a formação de laços de identidade comunitária. Assim, forças culturais e estruturais abalaram a comunidade, e, via de consequência, a formação do conceito de comunidade.¹²

2.2. A comunidade na Justiça Restaurativa: uma delimitação possível?

A perspectiva de uma nova mentalidade na solução de conflitos de natureza penal prevê a abrangência maior do instituto da mediação, com a superação dos limites estreitos interpartes do Poder Judiciário para alcançar o envolvimento da comunidade em que o conflito reverberou. Muitas vezes, a projeção paraprocessual do conflito dá-se porque esta comunidade sofreu prejuízos diretos ou indiretos decorrentes do ato ilícito, seja porque a semente do conflito pode germinar e gerar outros conflitos no interior daquela comunidade¹³.

Desta maneira, a *comunidade* assume papel de relevante importância no contexto da JR. Na Nova Zelândia, no Canadá, na Inglaterra e Estados Unidos, experimenta-se este tipo de composição de conflitos penais há mais tempo, e cujas experiências servem de exemplo para os demais países que pretendem ou já implantaram seus modelos de JR. Fundamental é compreender *o quê e quem* é essa comunidade, bem como se a sua participação deve ser generalizada a todo e qualquer procedimento restaurativo, pois tão indeterminado quanto o conceito

¹¹ SZÉCSI, Gábor, *Language, media and community in the information age*, “Santalka: Filosofija, Komunikacija”, vol. 21, n.º 2, 2013.

¹² BAZEMORE, Gordon/HINES, Dave, *Restorative policing, conferencing and community*, “Police Practice and Research”, vol. 4, n.º 4, 2003.

¹³ BARBOSA, André Araujo/SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna, *Justiça restaurativa: mudanças de lentes para a solução de conflitos penais no Estado Democrático de Direito*, disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=71def22ecb636394>, consultado em 20 janeiro de 2015.

de comunidade é-o também o de JR. Granjeiro lembra que a melhor tradução para “restorative justice” seria justiça restauradora, e o embate pela melhor tradução fez surgir a expressão justiça communal (*community justice*), já que, no processo de negociação entre a vítima e o agressor, podem tomar parte membros da comunidade afetados pelo crime¹⁴. Entretanto, embora os procedimentos restaurativos estejam presentes na *community justice*, seus pressupostos são diferentes.

Sica adverte que a importação e idolatria das soluções consensuais na América Latina deve ser precedida de aguda reflexão. Lembra, também, que a noção de justiça restaurativa é composta de vários conceitos abertos, pela inexistência de teoria única e por desenvolvimentos práticos assimétricos. Recomenda, ainda a utilização da mediação penal no contexto dos grandes centros urbanos, como forma de reaproximação social, o que normalmente acontece em sociedades mais antigas ou em pequenas cidades: “as diversas tensões sociais derivadas do isolamento vivido nas cidades grandes e modernas são agravadas no âmbito hostil da justiça penal”¹⁵.

Santos aponta embate doutrinal no Brasil sobre a Justiça Restaurativa: enquanto o discurso criminológico da direita justiceira a associa a uma escandalosa tolerância face ao crime, as escolas criminológicas de esquerda preocupam-se com o fato de que as práticas restaurativas possam conduzir a uma sub-reptícia expansão do controle penal sobre o cidadão. Assim, para ela, importa perguntar se há especificidades na realidade criminal brasileira que condicionem de forma decisiva a admissibilidade e a conveniência da implantação de práticas restaurativas. Aponta, também, que existem entendimentos divergentes sobre aquilo que a proposta restaurativa deve ser e as práticas restaurativas que já existem em outras partes do globo, que assumem características diversas. Segundo ela, “ninguém sabe com exactidão isenta de dúvida nem o que é a justiça restaurativa nem qual é a realidade criminal brasileira. Sobre aquela, abundam as propostas de definição mais díspares. Sobre esta, inexistem dados empíricos completos e atuais”¹⁶.

Ao citar diversos conceitos e definições, Sica chama atenção para a intensificação da participação das comunidades, que passam a assumir um duplo papel: como destinatária das políticas de reparação e reforço do sentimento de segurança coletivo, e como ator social de um percurso de paz (*community justice*). Aliás, lembra ele que as vizinhanças problemáticas, bairros ou regiões

¹⁴ GRANJEIRO, Ivonete Araújo Carvalho Lima, *Justiça restaurativa: uma janela aberta para os casos de violência conjugal mútua*, “Revista dos Tribunais”, vol. 103, n.º 940, fevereiro de 2014.

¹⁵ SICA, Leonardo, *Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa*, “De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais”, Belo Horizonte, n.º 12, janeiro/junho de 2009.

¹⁶ SANTOS, Cláudia Cruz, *A proposta restaurativa em face da realidade criminal brasileira*, “Revista Brasileira de Ciências Criminais”, n.º 81, novembro/dezembro de 2009.

conflitivas, em que a presença do Estado é praticamente nula ou ineficiente, têm sido objeto de experiências restaurativas, ou melhor, comunitárias. Desta feita, o enfoque dado pelo Estado deve operar também a partir da macrojustiça no ambiente social, e não somente da microjustiça.¹⁷

Observa-se, contudo, que as correntes restaurativistas e comunitaristas utilizam ideias distintas de comunidade. Para McCold, a diferença fundamental entre elas baseia-se na extensão em que confiam na comunidade como elemento essencial para a reconstrução do tecido social ferido pela prática de uma conduta danosa: a noção de comunidade da justiça comunitária parte da ideia de local, de território, e que este paradigma está intimamente vinculado à necessidade de participação direta da justiça criminal e da polícia. Para a JR, critica-se a visão territorialista adotada pelos adeptos da justiça comunitária por dois motivos: i) onde há mais crimes, há menos noção de comunidade; ii) a vinculação da comunidade a um território ignora a mobilidade social moderna. Propõem os restaurativistas um conceito de comunidade mais difuso, que envolve a criação de laços entre seres humanos, onde haja envolvimento por meio de relações pessoais significativas, e não por obrigação cívica.¹⁸ Este é uma ideia mais próxima das de Habermas¹⁹, que desenvolveu a teoria da ação comunicativa, de forma a explicar como a comunicação entre as pessoas nas comunidades leva ao entendimento mútuo, consenso e bons relacionamentos, baseando-se na verdade, respeito às normas e confiança.²⁰

Desta forma, as visões distintas de comunidade, bem como a apropriação destas visões díspares por formas pretensamente alternativas de resolver as questões penais, trazem dificuldades reais para a implantação de práticas restaurativas. Ressalta Di Pietro que, embora a comunidade tenha interesse no fenômeno criminal, a definição de comunidade nas práticas restaurativas abrange tanto conceitos regionais quanto afetivos; ademais, “pode haver casos em que os interesses comunitários não coincidem com os interesses da vítima, havendo complicações para solução do conflito”²¹

¹⁷ SICA, Leonardo, *Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa*, “De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais”, Belo Horizonte, n.º12, janeiro/junho de 2009.

¹⁸ McCOLD, Paul, *Paradigm muddle: the threat to restorative justice posed by its merger with community justice*. “Contemporary Justice Review”, vol. 7, n.º1, march 2004.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen, *The theory of communicative action, v. 1: reason and rationalisation of society*, Cambridge, Polity Press, 1964.

²⁰ CHAPMAN, Tim, *The problem of community in a justice system in transition: the case of community restorative justice in Northern Ireland*, “International Criminal Law Review”, vol. 12, 2012.

²¹ DI PIETRO, Thiago Palaro, *A possibilidade de justiça restaurativa nos crimes de colarinho branco*, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28536/1/A%20possibilidade%20de%20justica%20restaurativa%20nos%20crimes%20de%20colarinho%20branco.pdf>, acesso em 13 de janeiro de 2016.

Ademais, não há no Brasil, até o momento, registro de resultados decorrentes de práticas restaurativas que são realizadas de forma aleatória, seja por instituições independentes do Sistema de Justiça, seja pelo próprio Poder Judiciário²², principalmente para a recuperação de jovens infratores. Na teoria, as experiências restaurativas têm como um de seus fundamentos a redução dos fatores de reincidência, que é o calcanhar de Aquiles do Direito Penal atual, cujos índices são altos, principalmente se se considerar o número de pessoas que reiteradamente passam pelo sistema prisional²³. Entretanto, mesmo em países onde a JR ou a *communitary justice* têm raízes mais profundas, não há dados seguros para afirmar como a comunidade pode influenciar os procedimentos restaurativos, ou como podem ser medidos os impactos de sua adoção em crimes e delinquência futura.²⁴ Num ponto, porém, parece haver concordância: há uma *perceção* geral que as práticas de JR são mais eficazes para ofensores com determinada formação ou para aqueles que residem em áreas em que há grande coesão da comunidade, ou seja, a JR parece funcionar melhor para aqueles que menos precisam dela²⁵.

3. Reflexões conclusivas provisórias

Observou-se que a literatura estrangeira é cética não só quanto à participação da comunidade em processos restaurativos, mas também quanto aos resultados reais, vez que a reincidência, notadamente entre jovens infratores, é considerada elevada. Ademais, questiona-se se a JR, ao atribuir a representante ou representantes da comunidade o poder de estipular medidas coercitivas, não estenderia o manto do direito penal a situações que poderiam ser resolvidas de forma menos gravosa pelo Poder Judiciário. Aliás, a própria eficácia da JR é colocada em xeque.

²² O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Portaria n. 74, de 12 de agosto de 2015, instituiu Grupo de Trabalho “para desenvolver estudos e propor medidas visando contribuir com o desenvolvimento da Justiça Restaurativa”. No referido Grupo, constam, além de três profissionais vinculados diretamente ao CNJ, sendo um deles juiz de direito, mais 10 Juizes de Direito e Desembargadores de Tribunais de Justiça, o que já demonstra o viés a ser seguido para a JR brasileira. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/portaria/portaria_74_12082015_18082015170434.pdf, acesso em 20 de março de 2016.

²³ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Reincidência no Brasil: relatório de pesquisa*, disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba-385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>, acesso em 20 de março de 2016. Observe-se que a contabilização dos índices de reincidência varia, de acordo com o parâmetro observado, de 25% a 70%.

²⁴ RODRIGUEZ, Nancy, *Restorative Justice, communities and delinquency: whom do we reintegrate?* “4 Criminology & Public Policy”, vol. 4, n.º 1, 2005, p.103.

²⁵ BAZEMORE, Gordon, *Whom and how do we reintegrate? Finding community in restorative justice*, “4 Criminology & Public Policy”, vol. 4, n.º 1, 2005, p. 103

Há uma preocupação legítima, externada não só pelos restaurativistas, mas também pelos estudiosos do Direito e do Processo Penal, acerca dos limites sancionatórios da JR, notadamente porque não há como separar o retributivo do restaurativo, a partir das práticas restaurativas. Há que se lembrar que a Constituição Federal brasileira não permite o uso da punição decorrente de uma sanção fora das lides do devido processo legal jurisdicionalizado: ao mesmo tempo que se concorda que não há como estabelecer uma regulação extrema das práticas restaurativas, não há como descartar direitos e salvaguardas processuais no contexto de uma sociedade governada pelo Estado de Direito.²⁶ Em outras palavras, não haveria JR sem Direito Penal; mas este prescinde da participação da comunidade para seu exercício. A participação da vítima no procedimento penal em juízo é possível dentro dos limites estabelecidos em lei.

Mas o que dizer da participação da comunidade? A ciência do Direito Penal – incluindo-se também o Direito Processual Penal – numa perspectiva eminentemente garantista, clama por conceitos jurídicos determinados, que permitam aos operadores jurídicos manejar com segurança o instrumental próprio destes campos do saber jurídico. Partindo-se da conclusão que o conceito de comunidade, a par de ser metajurídico, carece de conceituação precisa – com o perdão da redundância – parece ser temerário, senão utópico, na quadra atual, valer-se de conceitos jurídicos indeterminados com o fito de evitar-se a aplicação do Direito Penal. Mas este é assunto para outro trabalho.

²⁶ GONZÁLES-BALLESTEROS, *Alejandra Mera, Justicia restaurativa y proceso penal – garantías procesales: límites y posibilidades*, “Revista Ius Et Praxis”, vol. 15, n.º 2, 2009.

JURISDIÇÃO E DIREITO DE DEFESA¹

Rui Pereira Dias²

Mestre em Direito (Universidade de Coimbra); LL.M. (New York University); Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,

1. Introdução

O direito internacional privado, no domínio dos *conflitos de leis* como no dos *conflitos de jurisdições*³, não vive numa redoma, imune à axiologia *normativa*, em particular a *jurídico-constitucional*⁴. Sendo este um importante corolário de uma evolução da teoria internacional privatística do século passado, catalisada, como entre nós descreve Moura Ramos, pelos textos constitucionais ulteriores à segunda guerra mundial — que “retomaram o princípio da igualdade, concretizando ao mesmo tempo as várias formas de discriminação que de aí em diante ficavam proibidas”⁵ —, tal corolário, ainda que indiscutível e hoje incontrovertido, não obvia por si só ao surgimento de dificuldades. Estas surgem, designadamente, no momento de fixar o papel e o alcance a reconhecer à autónoma invocação de fontes normativas que consagrem *direitos fundamentais*, sejam essas fontes as constituições estaduais, instrumentos normativos

¹ Por vontade do Autor o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

² O presente estudo é versão abreviada de um texto em curso de publicação sob o título: “Jurisdição e Constituição. Termos de uma interação (entre regras europeias de jurisdição e direitos fundamentais de defesa)”, onde se poderá encontrar uma descrição e análise mais pormenorizada da jurisprudência *infra* citada.

³ Acerca do âmbito do direito internacional privado, v. por todos FERRER CORREIA, António, *Lições de Direito Internacional Privado — I*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 62 ss.

⁴ MOURA RAMOS, Rui Manuel, *Direito Internacional Privado e Constituição — Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra, Coimbra Editora, 1979 (3.^a reimpr.: 1994), pp. 194 ss., *passim*; também., p. ex., FERRER CORREIA, António, *Lições de DIP...*Cit., p. 57.

⁵ MOURA RAMOS, Rui Manuel, *DIP e Constituição...*Cit., p. 198.

supraestadauais ou convenções internacionais, que, por sua vez, frequentemente estabelecem entre si — nos próprios textos normativos ou também por via das jurisprudências — diálogos *multinível*⁶.

Em sede de *reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras*⁷, um dos aspetos essenciais a considerar é o da garantia dos *direitos fundamentais de defesa* do réu.

Se, em virtude das limitações deste estudo, nos cingirmos ao sistema de reconhecimento vigente em Portugal, em matéria civil e comercial, no que respeita a decisões proferidas por tribunais de outros Estados-membros da União

⁶ A propósito do “constitucionalismo multinível”, para um breve enquadramento, v. TAVARES DA SILVA, Suzana, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, pp. 9 ss: cfr. também GUIZZETTA, Giovanna “*Garanzia multilivello dei diritti e dialogo tra le corti nella prospettiva di un bill of rights europeo*”, in D’ ANTENA, António/GROSSI, Pierfrancesco, (A CURA DI), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello — tra Europa e Stati nazionali*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 155 ss. Sobre o *diálogo das fontes* no seio do direito internacional privado, são incontornáveis as reflexões de Erik Jayme v., entre várias, uma alusão em JAYME, ERIK, “*Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne — Cours général de droit international privé*”, in *Recueil des Cours*, t. 251 (1995), 1996, p. 259.

⁷ Recordamos, com brevidade, que a produção de efeitos judiciais em Portugal de uma decisão judicial não emitida pelos tribunais portugueses pressupõe o seu *reconhecimento*. Consoante as regras em vigor, este poderá ser *automático* ou depender de uma *verificação prévia* da regularidade da sentença estrangeira, a incidir sobre aspectos de mérito ou apenas formais. A consagração pela ordem jurídica de um ou vários sistemas de reconhecimento de sentenças estrangeiras é um imperativo, desde logo, para a certeza e segurança jurídica dos particulares, que favorece a estabilidade e continuidade das relações jurídicas plurilocalizadas: se um tribunal de país estrangeiro teve já a oportunidade de *definir* judicialmente os contornos da relação jurídica que apreciou, aconselhar-se-á que uma tal definição não seja colocada em causa por nova demanda, em jurisdição diversa, num desafio à bondade do primeiro juízo. O reconhecimento pressupõe, naturalmente, que a emissão da sentença haja sido *regular*: é esta regularidade que, consoante o sistema em vigor, deverá ser *previamente verificada*, com maior ou menor intromissão no juízo alheio, ou antes será dada à partida por adquirida, como que *automaticamente*, com base em geral numa *confiança mútua* entre dois ou mais Estados, afirmada em convenção internacional ou no quadro de uma organização de que é exemplo a União Europeia. Sobre o tema, vejam-se FERRER CORREIA, António, *Lições de DIP...* Cit., p. 453 ss; LIMA PINHEIRO, Luís, *Direito Internacional Privado — Volume III — Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 325 ss; MARQUES DOS SANTOS, António, “Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)”, in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional — II*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 307 ss; MOURA VICENTE, Mário “Competência judiciária e reconhecimento de decisões estrangeiras no Regulamento (CE) n.º 44/2001”, in *Direito Internacional Privado — Ensaio — vol. I*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 315 ss.; MOURA RAMOS, Rui Manuel, *A Reforma do Direito Processual Civil Internacional*, in “RLJ”, ano 130.º, n.º 3879-3881, pp. 162 ss.; e, do mesmo autor, com interesse particular para o conhecimento das regras constantes do novo CPC português, MOURA RAMOS, Rui Manuel, *O Direito Processual Civil Internacional no Novo Código de Processo Civil*, in “RLJ”, Ano 143.º, n.º 3983, 2013, *maxime* pp. 97 ss.

Europeia, encontraremos no Regulamento (UE) n.º 1215/2012⁸, a que chamaremos abreviadamente *Bruxelas Ia*, dois fundamentos de recusa do reconhecimento de uma sentença estrangeira pertinentes na salvaguarda dos aludidos direitos fundamentais de defesa.

Um, não se lhes referindo em exclusivo, é convocado para a sua salvaguarda. O outro, na verdade, consubstancia uma das vertentes fundamentais da garantia dos direitos de defesa.

Referimo-nos, respetivamente, às duas primeiras alíneas do n.º 1 do artigo 45.º de *Bruxelas Ia*, que ordenam a recusa do reconhecimento de decisão judicial estrangeira se:

“a) Esse reconhecimento for manifestamente contrário à ordem pública do Estado-Membro requerido;

b) Caso a decisão tenha sido proferida à revelia, o documento que iniciou a demanda — ou documento equivalente — não tiver sido citado ou notificado ao requerido revel, em tempo útil e de modo a permitir-lhe deduzir a sua defesa, a menos que o requerido não tenha interposto recurso contra a decisão tendo embora a possibilidade de o fazer.”

As características particulares de um instituto como a *ordem pública internacional*⁹, aliadas às feições com que outrossim foi consagrada a *proteção do requerido revel*¹⁰, não farão estranhar a circunstância de, na jurisprudência de

⁸ Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, aplicável às ações judiciais intentadas a partir de 10 de janeiro de 2015 (cfr. o seu artigo 66.º, n.º 1). Sobre esta reformulação do anteriormente vigente Regulamento (CE) n.º 44/2001, conhecido como *Bruxelas I*, v. MOURA RAMOS, Rui Manuel, “Competência judicial e execução das decisões na União Europeia. A reformulação do Regulamento *Bruxelas I* pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de Dezembro de 2012”, in ANTUNES, Maria João (ORG.), *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 1269 ss.

⁹ V. MOURA RAMOS, Rui Manuel, “L’ordre public international en droit portugais”, in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional — I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 245 ss; MOURA RAMOS, Rui Manuel, “Public policy in the framework of the Brussels Convention”, Cit., pp. 283 ss, com referência à interação entre a exceção de ordem pública internacional e a proteção de direitos fundamentais, designadamente o direito a um processo equitativo (a propósito do caso *Krombach*, em breve referido em texto), pp. 292 ss.

¹⁰ Sobre a importante evolução que se operou na sua formulação, da Convenção de *Bruxelas* de 1968 (no seu artigo 27.º, n.º 2) para o Regulamento *Bruxelas I* (art. 34.º, n.º 2) — mas a partir daí materialmente inalterada na reformulação de *Bruxelas Ia* (onde se encontra, hoje, no citado art. 45.º, n.º 1, b)) —, cfr. TJUE, *ASML Netherlands BV v. Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS)*, C-283/05 (2006.12.14), n.ºs 18-21; e v. em particular FITCHEN, Jonathan “13. IV. The Refusal of Recognition and Enforcement”, in DICKINSON, Andrew/LEIN, Eva (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, n.º 13.300. Para breve anotação ao antigo

tribunais nacionais e do Tribunal de Justiça da União Europeia, a mobilização das regras citadas ter vindo a ser acompanhada de referências, mais ou menos consequentes, a normas que consagram direitos fundamentais de defesa. Temos em mente o artigo 6.º da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (*direito a um processo equitativo*); o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (*direito à ação e a um tribunal imparcial*); e, bem assim, no plano interno português, o artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa (*acesso ao direito e tutela jurisdiccional efetiva*).

2. Jurisprudência

Reveste-se de assinalável interesse a análise de vários arestos que, de uma maneira ou de outra, tocam o tema assim delimitado¹¹.

Em *Krombach v. Bamberski*¹², a propósito da densificação da *ordem pública internacional*, o apelo à Convenção Europeia dos Direitos do Homem é explícito¹³; o que, ademais, se reitera em *Gambazzi*¹⁴. Com respeito à *proteção do requerido revel*, merecem atenção *ASML*¹⁵ e *Apostolides*¹⁶. Por fim, ainda quanto à judicatura do Luxemburgo, atente-se em *Trade Agency*¹⁷, onde ambos os fundamentos de recusa de reconhecimento são tratados.

Mas a garantia destes *direitos fundamentais de defesa* não foi apenas objeto da atenção do Tribunal de Justiça. Em Estrasburgo, também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi chamado à apreciação da compatibilidade, com a Convenção Europeia, de regras europeias de jurisdição. Impõe-se, fundamentalmente, atentar em dois casos: *Povse v. Austria*¹⁸, bem como *Avotiņš v. Latvia*¹⁹.

A terminar o breve elenco jurisprudencial, chamamos a atenção, entre

27.º, n.º 2, cfr. entre nós TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel/ MOURA VICENTE, Dário, *Comentário à Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial e textos complementares*, Lisboa, Lex, 1994.

¹¹ Vejam-se algumas notas mais desenvolvidas no estudo *supra* identificado (**).

¹² TJUE, *Dieter Krombach v. André Bamberski*, C-7/98 (2000.03.28)

¹³ Não deixa, aliás, de lembrar-se a consagração desta orientação (de respeito dos direitos fundamentais, tal como os garante a CEDH) no próprio Tratado da União Europeia: TJUE, *Krombach*, 2000.03.28, Cit., n.º 27.

¹⁴ TJUE, *Marco Gambazzi v. DaimlerChrysler Canada Inc et al.*, C-394/07 (2009.04.02), n.º 29, 28.

¹⁵ TJUE, *ASML*, 2006.12.14, cit.

¹⁶ TJUE, *Meletis Apostolides v. David Charles Orams et al.*, C-420/07 (2009.04.28).

¹⁷ TJUE, *Trade Agency Ltd v. Seramico Investments Ltd*, C-619/10 (2012.09.06).

¹⁸ TEDH, *Sofia Povse et al. v. Austria*, 3890/11 (2013.06.18).

¹⁹ TEDH, *Avotiņš v. Latvia*, 17502/07 (2014.02.25).

nós, para os acórdãos da Relação de Guimarães²⁰ e do Supremo Tribunal de Justiça²¹ (relativos a um mesmo caso), navegando justamente nestas águas²².

3. Breve reflexão: um “limite interjusfundamental autónomo” ao reconhecimento de sentenças estrangeiras?

Entre outras reflexões que um exame mais cuidado dos acórdãos citados permite suscitar, é desde logo visível, em todos eles, uma preocupação que se concentra não tanto na circunstanciada análise de cada um dos articulados jusfundamentais — desde logo, não se estabelecendo hierarquias ou preferências, que seriam indispensáveis para a pontual resolução dos casos com base em apenas um deles —, mas a procura de uma fundamentação, de uma legitimação última da garantia de direitos fundamentais de defesa, tal como corporizada nas regras de jurisdição aplicáveis, em especial as que ditam as condições de impugnação do reconhecimento e execução. É como se, no quadro dessa *interjusfundamentalidade*, relevassem os vários textos básicos protetores dos direitos fundamentais enquanto *limites* ao reconhecimento e execução.

Este desenho sugere-nos recuperar ideias entre nós avançadas por Moura Ramos há mais de três décadas, ao estudar a intervenção dos preceitos constitucionais do foro como *limite autónomo* à aplicação do direito estrangeiro – intervenção essa *qua tale*, por meio dos preceitos constitucionais violados, e não através do mecanismo da ordem pública internacional. Sobre este *limite constitucional autónomo*, propôs-se que haveria sempre de interpretar-se o texto constitucional em causa, de modo a “discernir quais as hipóteses por ele contempladas”. Algo que exigia, porém, indispensavelmente, a atenção prestada ao necessário equilíbrio a manter entre *dois vectores*: “os valores de certeza e segurança do tráfego internacional e as exigências básicas da ordem constitucional”²³. A sensibilidade mínima para a intervenção desse limite haverá de ser determinada à luz de uma *interpretação da própria Constituição*²⁴, através da

²⁰ TRGuimarães, *proc. n.º 134/14.4TBCBC.G1*, Relator: Fernando Fernandes Freitas (2014.10.27).

²¹ STJ, *proc. n.º 134/14.4TBCBC.G1.S1*, Relator: Gregório Silva Jesus (2015.07.09).

²² Todas as decisões judiciais ora citadas são objeto de descrição e breve análise no estudo *supra* identificado (*).

²³ MOURA RAMOS, Rui Manuel, *DIP e Constituição...* Cit., p. 235.

²⁴ Avançou-se, de todo o modo, que os preceitos que consagram *Menschenrechte* “podem aspirar a ser plasmados em todos os casos que venham a ser sujeitos à actividade julgadora dos tribunais”, restando aos meros *Bürgerrechte* uma “eficácia limitada às situações em que os titulares dos direitos fundamentais feridos pelo direito estrangeiro chamado pela regra de conflitos sejam cidadãos nacionais ou eventualmente estrangeiros residentes no território do foro e equiparados para o efeito aos nacionais”. Portanto, para estes últimos, e em geral, haverá que apreciar, em todo

qual, aliás, não se exclui a possibilidade de se desenvolverem regras *ad hoc* para a determinação do seu âmbito de aplicabilidade²⁵. De outro modo, colocados perante uma norma constitucional, a sua aplicação dependerá “do conteúdo e função de cada norma da Constituição (maxime dos direitos fundamentais) e do âmbito espacial e territorial que lhes haverá de ser reconhecido”. Sempre, todavia, na medida do estritamente necessário, de modo a que não seja colocado em causa o vector que há que contrabalançar: “os valores de certeza e segurança do tráfego internacional”²⁶. Esses valores têm, no contexto deste nosso estudo, ressonância na posição do demandante, uma vez que a irrestrita afirmação das garantias de defesa colocaria em causa tais valores, a que se associariam os interesses gerais de boa administração da justiça e o *direito* do demandante à execução das decisões dos tribunais. A esses interesses, aliás, foi sensível a jurisprudência, designadamente quando negou aos direitos fundamentais consagrados nos textos citados um carácter de “prerrogativas absolutas”²⁷.

Ainda que a *autonomia* de uma tal sorte de limites constitucionais não seja incontrovertida²⁸, é já mais consensual a defesa de que, no quadro da Constituição, podem ser desenvolvidas as citadas regras *ad hoc* para a definição do perímetro normativo de intervenção da regra constitucional, sobretudo a que proteja direitos fundamentais. Ora, nesta construção, muito embora sejam os preceitos *comuns*, constantes de regulamento europeu, a fixar — em primeira linha — os termos da invocação de limites ao reconhecimento e execução de sentença estrangeira, limites esses ultimamente fundados na garantia dos direitos fundamentais de defesa, a verdade é que o desenho das linhas finas da configuração desses limites não tem dispensado a intervenção conformadora das jurisprudências — nacionais, do Tribunal de Justiça e do Tribunal Europeu — que, cada uma à sua maneira, apelam para aqueles textos jusfundamentais. A terem valor normativo autónomo, esses apelos conformadores da interpretação

o caso, a “intensidade da relação que efectivamente intervenha entre o estrangeiro e o Estado do foro”, de modo a ajuizar a “aplicação ou não dos direitos fundamentais nestes reconhecidos” - MOURA RAMOS, Rui Manuel, *DIP e Constituição...*Cit., p. 233.

²⁵ V. MOURA RAMOS, Rui Manuel, *DIP e Constituição...*Cit., pp. 229-230; LIMA PINHEIRO, Luis de, *Direito Internacional Privado — Volume I — Introdução e Direito de Conflitos — Parte Geral*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 685.

²⁶ Conclui MOURA RAMOS, Rui Manuel, *DIP e Constituição...*Cit.p.234 “Daí que, esgotado todo o processo internacionalprivatístico (nele incluído o jogo da ordem pública internacional), a aplicação ao caso concreto de uma lei estrangeira deva poder ainda ser travada por acção dos preceitos constitucionais que enquanto tais — e portanto de forma perfeitamente autónoma em relação ao processo conflitual — contém potencialidades bastantes para impedir o juiz do foro de consagrar soluções que os neguem frontalmente”.

²⁷ Cfr. TJUE, *Trade Agency*, 2012.09.06, cit., n.º 55, citando jurisprudência anterior, designadamente TJUE, *Gambazzi*, 2009.04.02, Cit., n.º 29.

²⁸ Veja-se entre nós, desde logo, LIMA PINHEIRO, Luis de, *Direito Internacional Privado — Volume I*, Cit., pp. 366-367, 679 ss.

do direito europeu derivado, tanto ao nível do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem como nas demais instâncias — mas sobretudo naquela, uma vez que não tem competência imediata para fixar uma interpretação dos preceitos nacionais em si mesmos, mas sim para aferir a sua conformidade *jusfundamental convencional* —, poderiam, em certo sentido, ser encarados como regras *ad hoc*, de desenvolvimento jurisprudencial. Enfim, digamos que, cruzando a terminologia “interconstitucional”²⁹ com o clássico discurso sobre a interação entre o direito internacional privado e o direito constitucional, poderemos estar perante um esboço de um “limite interjusfundamental autónomo” ao reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras.

²⁹ Na expressão (“*interconstitucionalidade*”) usada por PIRES, Francisco Lucas, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, 1998, p. 18, e trabalhada GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 1425 ss.; GOMES CANOTILHO, J.J. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade — Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 265 ss. V. ainda RANGEL, Paulo “*Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade — uma leitura crítica do pensamento ‘transconstitucional’ de Marcelo Neves*”, in MOURA RAMOS, Rui Manuel, ET AL., *35.º Aniversário da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 151 ss; e, em perspetiva não inteiramente coincidente, NEVES, Marcelo, “*Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência Latino-Americana*”, in MOURA RAMOS, Rui Manuel, ET AL., *35.º Aniversário da Constituição de 1976*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 107 ss.

PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA CABO-VERDIANA

Simão Paulo Rodrigues Varela

Professor e Investigador na Uni-CV e no IUE de Cabo Verde

1. Notas introdutórias

Esta comunicação centra-se sobre os parâmetros constitucionais da justiça administrativa cabo-verdiana, com realce para as garantias dos particulares face à Administração, tendo em consideração a lei do contencioso administrativo, o princípio fundamental da proteção plena e efetiva dos direitos e interesses dos particulares legalmente protegidos consagrado no art. 241º, alínea e) [atual 245º alínea e) da CRCV].

Pretende-se fazer uma abordagem acerca da consagração constitucional do princípio da tutela jurisdicional efetiva e o efeito na reformulação modelo da Justiça Administrativa, tendo em consideração a CRCV de 1992 e, com realce para as revisões de 1999 e 2010.

2. Contratação pública e justiça administrativa em Cabo Verde

Para Ana Luísa Ferreira¹ “Cabo Verde deu um enorme passo ao proceder, através do Código de Contratação Pública, a uma verdadeira codificação e uni-

¹ FERREIRA, Ana Luísa Castro, “A Contratação Pública Eletrónica”, in *Actas do I Congresso sobre Compras Públicas - Para uma Contratação Pública Estratégica*, Braga, NEDip – Núcleo de Estudos de Direito *Ius Publicum*/ ELSA UMINHO/ARAP – Autoridade Reguladora das Aquisições Públicas (Cabo Verde), 2015, pp. 77-92.

formização do regime de formação dos contratos”. No entanto, há uma diferença significativa entre o direito legislado e o direito praticado, para além de eventuais omissões e incongruências evidentes no ordenamento jurídico cabo-verdiano a respeito.

Assim, a Lei n.º 88/VIII/2015, de 14 de outubro, define o Código de Contratação Pública (CCP) de Cabo Verde, dos arts 181º a 188º estão estabelecidas as impugnações administrativas. Assim, prevê-se que as decisões administrativas tomadas no âmbito dos procedimentos de formação dos contratos tramitados ao abrigo desse Código, bem como os documentos do procedimento podem ser impugnadas.

É de realçar que, em Cabo Verde, há um anteprojecto do Código da Justiça Administrativa datada de 2007 e que se encontra na “ gaveta”, apresentando o argumento de que a administração pública não está preparada para ter o código dessa natureza, pois o mesmo é muito garantístico para os particulares. Entretanto, é preciso que haja sensibilidades para priorizar a modernização do contencioso administrativo.

É urgente a implementação em Cabo Verde de um Código da Justiça Administrativa que dê corpo às orientações constitucionais em matéria de contencioso administrativo, vazadas no art. 241º e) da nossa Lei Fundamental, marcando assim uma rutura profunda e extensa com o paradigma do Decreto-lei 14-A/83, de 22 de março que, há cerca de 33, tem vindo a reger o contencioso administrativo, o que segundo Sérvulo Correia² “trata-se, sem dúvida, de um período de vigência longo para um diploma sobre esta matéria, numa época marcada por uma viragem de muitos padrões jurídicos”.

Ainda, evidencia-se a necessidade da aplicabilidade direta do modelo de Justiça Administrativa estabelecido no art. 22º da CRCV sobre a tutela jurisdicional plena e efetiva dos direitos dos particulares, através da concretização do direito fundamental de acesso à justiça, por considerar a sua natureza semelhante aos direitos, liberdades e garantias (art. 26º CRCV), o que passa, em certa medida, por uma rutura profunda e extensa com o paradigma do Decreto-Lei 14-A/83, de 22 de março, que rege o contencioso administrativo em Cabo Verde, e adoção de um Código de Justiça Administrativa moderno.

Para Rui Figueiredo Soares³, “a revisão da CRCV de 1999 representou uma verdadeira ‘revolução copernicana’ no modo como se encontra formulada a garantia constitucional de acesso à justiça administrativa, uma vez que agora

² CORREIA, Sérvulo, *Modernização do Contencioso Administrativo*, disponível em <http://www.fdu.pt/wcontent/uploads/2014/12/Correia-Jose-Servulo-MODERNIZACAO-DO-CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.pdf>, acesso em 12 de junho de 2015.

³ SOARES, Rui Figueiredo, *Sanções Pecuniárias Compulsórias na Justiça Administrativa e Outros Trabalhos Académicos*, Praia, Edição do Autor, 2011.

passam a ser os meios processuais que ‘giram’ à volta do princípio da tutela plena e efetiva dos direitos dos particulares e não o contrário⁷.

Quanto aos tipos, as impugnações podem ser exercidas mediante *reclamação* para o autor do ato, ou *recurso* para a Comissão de Resolução de Conflitos (CRC) da Autoridade Reguladora das Aquisições Públicas (ARAP) [art. 182º, nº 1 do CCP].

As impugnações administrativas, em razão da sua natureza, encontram-se consagradas no art.182º, nºs 2 e 3 do CCP e, as mesmas podem ser facultativas, ou seja, não constituindo pressuposto necessário e prévio à impugnação judicial. No entanto, as decisões da CRC são suscetíveis de impugnação judicial.

A apresentação das reclamações e recursos estão previstos no art. 183º que devem conter os fundamentos de facto e de direito e instruídos com os documentos de que se entenda convenientes, e apresentados em suporte papel e/ ou em suporte informático, implicando assim o pagamento de custas ao CRC.

Os prazos para as impugnações administrativas constam do art. 184º do CCP, pelo que:

- As reclamações das deliberações do Júri, no ato público devem ser apresentadas no próprio ato (mediante declaração ditada para a ata ou, em requerimento escrito);
- As reclamações de outros atos devem ser feitas no prazo de 5 dias, a contar da respetiva notificação;
- Os recursos para a CRC devem ser interpostos dentro do prazo de 10 dias, a contar da respetiva notificação; e
- Os recursos das decisões do Júri tomadas em ato público devem ser interpostos no prazo de 5 dias.

Conforme o art. 186º do CCP, as reclamações e recursos suspendem a eficácia do ato de negociação do contrato, decisão de adjudicação, ou celebração do contrato. A desistência das impugnações administrativas pode ser feita, de acordo com o art. 185º do CCP, a todo o tempo.

Ainda, sobre as impugnações administrativas, o art. 188º do CCP estabelece que as reclamações das deliberações do Júri no ato público devem ser decididas na própria sessão, as reclamações de outros atos são decididas no prazo de 5 dias, a contar da data da sua apresentação, ou do termo do prazo para os contra-interessados se pronunciarem e os recursos são decididos no prazo de 10 dias, a contar da data da sua apresentação, ou do termo do prazo para os contra-interessados se pronunciarem.

Para Isabel Celeste Fonseca⁴ “boa parte do conjunto das dificuldades do

⁴ FONSECA, Isabel Celeste Monteiro da, “A Protecção Efetiva no Domínio do Contencioso dos Contratos Administrativos: uma Ária de (In)útil precaução”, in *Actas do I Congresso sobre Compras Públicas - Para uma Contratação Pública Estratégica*, Braga, NEDip – Núcleo de Estudos de

contencioso dos contratos da Administração Pública se fica a dever à ausência, neste contencioso, de processos urgentes (cautelares) adequados e à autoconção na aplicação dos meios previstos». Ainda, como refere a autora «no contencioso dos contratos da Administração, salvo raras exceções, vale mais perder algum tempo, diferindo no tempo a celebração do contrato (ou o cumprimento das respetivas prestações, caso o mesmo tenha sido celebrado), em vez de eliminar pela raiz a tutela efetiva dos operadores económicos afastados do procedimento ou preteridos na decisão final e da concorrência».

O Decreto-Lei n.º 50/2015, de 23 de setembro, que aprovou o Regime Jurídico dos Contratos Administrativos (RJCA), e que foi republicado em 17 de novembro de 2015, com a correção de lapsos e erros materiais, relativamente ao contencioso administrativo, estabelece no seu art. 45º, n.º 1 que compete aos Tribunais Administrativos decidir as divergências sobre a interpretação validade ou execução dos contratos administrativos. Ainda, é admitida a arbitragem (regulada pela Lei de Arbitragem Voluntária - LAV n.º76/VI/2005, de 16 de agosto), a qual pode ser prevista conforme o art. 46º, no contrato, através de cláusula compromissória, o art. 47º, n.º 1, acordada já na execução do contrato, através de compromisso arbitral.

No entanto, Cátia Marques Cebola⁵ considera que “relativamente a arbitragem, a sua aplicação aos conflitos existentes na fase pré-contratual do contrato administrativo dependerá apenas de previsão em lei especial, como impõe o art. 3º, n.º4 da Lei de Arbitragem Voluntária de Cabo Verde, visto que a Lei n.º 88/VIII/2015, de 14 de outubro, que define o Código de Contratação Pública de Cabo Verde é omissa a esse respeito, pelo que a arbitrabilidade a este nível dependerá de uma futura previsão legal”.

É de acrescentar que, em Cabo Verde, qualquer convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ambas definidas no art. 3º, n.º 2 da LAV) deve ser celebrada à luz do regime da LAV (art. 47º, n.º 2), e quando o valor do litígio for inferior a 20 mil contos o Tribunal Arbitral pode ser constituído por um só árbitro (art. 47º, n.º 3).

Direito *Ius Publicum*/ ELSA UMINHO/ARAP – Autoridade Reguladora das Aquisições Públicas (Cabo Verde), 2015, pp. 151-159.

⁵ CEBOLA, Cátia Marques, “Mediação e Arbitragem na Contratação Pública? Um Caminho a Trilhar”, in “*Actas do I Congresso sobre Compras Públicas - Para uma Contratação Pública Estratégica*”, Braga, NEDip – Núcleo de Estudos de Direito *Ius Publicum*/ ELSA UMINHO/ARAP – Autoridade Reguladora das Aquisições Públicas (Cabo Verde), 2015, pp- 161-171.

3. Considerações finais

Em Cabo Verde, o texto constitucional não satisfaz plenamente à tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos perante a Administração e requer que se corrija o desfasamento entre o modelo de Justiça Administrativa consagrado na CRCV e na lei ordinária, e eventualmente a insuficiência perante a lei Magna de um modelo de Contencioso Administrativo. Assim, as decisões dos Tribunais podem não ter, em certos casos, os efeitos práticos pelo facto da não execução das sentenças administrativas por parte da Administração.

Urge implementação de um Código da Justiça Administrativa que dê corpo às orientações constitucionais em matéria de contencioso administrativo, vazadas no art. 241º e) da CRV.

O DIREITO (?) CONSTITUCIONAL À VIDA DO EMBRIÃO¹

Sónia Moreira

Prof.ª Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho

1. O problema

A primeira vez que ouvi defender que o embrião tinha direito a ser implantado (como corolário do seu direito à vida) senti incredulidade. Pensei em material genético: como podia ter direito ao que quer que fosse?

No entanto, num segundo momento, tive de reconhecer que, obviamente, o embrião não é apenas material genético – é o resultado da união dos gametas masculino e feminino, do qual resulta um código genético único e irrepetível, que, nas condições adequadas, se desenvolverá até maturar em vida humana tal como a conhecemos. Assim, trata-se de vida humana em formação, ainda que se possa encontrar fora do ventre materno, como acontece com os embriões obtidos a partir de técnicas de PMA.

Ora, se a CRP consagra no seu art. 24.º que o direito à vida é inviolável, abrangerá também a vida humana em formação? Num tema tão polémico como este – tal como o são todos aqueles que entram no campo da bioética (e não só), não há resposta unânime. Há doutrina que defende que sim, afirmando o seu direito a serem implantados; no outro extremo, há doutrina que defende que o art. 24.º se refere apenas às pessoas, aqueles que possuem personalidade jurídica nos termos do art. 66.º do CC, portanto, após o nascimento completo e com vida.

A própria lei se torna desconcertante, ao dar respostas tão díspares como admitir a IVG até às 10 semanas, sem outra justificativa que não a mera vontade da mãe, ou admitindo a possibilidade de os embriões excedentários poderem ser eliminados ou utilizados para investigação científica, por um lado, e, por outro,

¹ Por vontade da autora o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

ao afirmar expressamente que as técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana.

Quais as implicações jurídicas de seguirmos uma ou outra doutrina? Afinal, que significa “a vida humana é inviolável”?

2. Personalidade jurídica versus “vida humana”

O art. 24.º da CRP consagra o mais fundamental dos direitos, liberdades e garantias: o direito à vida. Fá-lo em termos lapidares: “A vida humana é inviolável”. E, dúvidas houvesse, esclarece no seu n.º 2 que “[e]m caso algum haverá pena de morte”. Vista no seu conjunto, esta norma parece sacramental, como que expressão de uma verdade absoluta. Sabemos que não é exatamente assim. A nossa lei permite, por exemplo, a violação do direito à vida de outrem em caso de legítima defesa. Quando há que considerar os direitos de outras pessoas, mesmo o direito à vida pode sofrer restrições.

Mas que entendemos por “vida humana”? A que se refere a CRP quando determina que a vida humana é inviolável?

A primeira acepção que nos ocorre é a de “pessoa”. Mas “pessoa” em que sentido? Biológico? Sociológico? Jurídico? Ético?

Ainda que nos restrinjamos ao conceito de pessoa em sentido jurídico – afinal, estamos a analisar a Lei Fundamental – é importante sermos mais precisos: caberá aqui apenas a pessoa singular. Deixemos, então, de parte as pessoas colectivas. Portanto, quando nos referimos a “pessoa”, referimo-nos a todo aquele que, não sendo uma pessoa colectiva, é titular de direitos e de obrigações, ou seja, todo aquele que possui a susceptibilidade de ser sujeito de relações jurídicas.

Ora, a CRP não determina quem é pessoa singular, deixando a determinação da aquisição da personalidade jurídica ao Código Civil. Nos termos do seu art. 66.º, n.º 1, a aquisição da personalidade jurídica ocorre no momento do nascimento completo e com vida. A lei civil ainda reconhece direitos aos nascituros, mas, nos termos do n.º 2 desta norma, subordina o seu reconhecimento ao facto do nascimento.

Portanto, uma análise meramente formalista da lei, far-nos-ia concluir que só se reconhece direito à vida à criança já nascida. Assim, quem provocasse a morte de feto ou de criança ainda não nascida, ficaria impune. Tal conclusão choca-nos. E choca-nos porque sabemos que, ainda antes de termos uma criança recém-nascida, já há “vida humana”, embora ainda em formação. Por isso mesmo, porque a lei assume que a vida humana em formação também merece protecção, é que o Código Penal prevê e pune os chamados “crimes contra a vida intra-uterina”.

Neste sentido, no sentido de que se reconhece existir vida humana intra-uterina merecedora de protecção, apesar de ainda não existir personalidade

jurídica do feto, encontramos autores de mérito inquestionável, como Antunes Varela², Galvão Telles³, Carlos Mota Pinto⁴, Heinrich Hörster⁵ e Carvalho Fernandes⁶. Estes autores entendem que serão razões de ordem ética a impor a sua tutela; tais razões, no entanto, já não imporão a sua personificação, pois esta não será “a única via de tutela jurídica”⁷. O feto lesado no ventre materno terá, então, direito a ser ressarcido a partir do momento em que nasça, pois aí já possuirá personalidade jurídica e há identidade entre o feto lesado e a criança já nascida e, portanto, agora, titular de direitos.

Esta solução é tentadora. É tentadora porque respeita a letra do art. 66.º, n.º 1. Infelizmente, esta solução não é suficiente. É que implica que a criança venha a nascer, respeitando-se o determinado pelo art. 66.º, n.º 2, do CC. Assim, se uma criança for lesada na sua integridade física no ventre materno, mas sobreviver, terá direito a ser ressarcida; se, pelo contrário não sobreviver, não terá direito algum. Como é, então, tutelada? Se a lesão que lhe é infligida é mais grave, como é possível que a sua tutela seja menor (ou inexistente)?

Por outro lado, há autores que defendem que não cabe à lei decidir quem tem ou não a qualidade de pessoa. Ser-se pessoa em sentido jurídico, ser-se sujeito de direitos, é algo inerente a todo o ser humano, quer a lei o reconheça, quer não⁸. A dignidade da pessoa humana, cerne irredutível e fundamental da nossa ordem jurídica constitucional, a isso obriga e reconhecê-lo é reconhecer o primado do Direito Natural sobre o Direito Positivo⁹.

Isto significa que voltamos ao ponto inicial: quando temos, então, “vida

² VARELA, Antunes, “A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000, p. 634.

³ GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010 (reimpr. da 10.ª ed.), pp. 165.

⁴ MOTA PINTO, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (atualizada por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO E PAULO MOTA PINTO), Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 203.

⁵ HÖRSTER, Heinrich Ewald *A Parte Geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, 2014 (reimpr. da ed. de 1992), pp. 300 e 301.

⁶ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, *Introdução, Pressupostos da Relação jurídica*, 6.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, pp. 201 e ss.

⁷ *Idem*, pp. 203 a 205.

⁸ HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Direito Civil*, *Cit.*, p. 294; GONZALEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado*, Vol. I, *Parte Geral (arts. 1.º a 396.º)*, Lisboa, Quid Juris, 2011, p. 87 e VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 35.

⁹ V., por todos, CHORÃO, Mário Emílio F. Bigotte, “O Nascimento e a Questão do Estatuto Jurídico do Embrião Humano no Direito Português”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 640 e 641; MOTA, Henrique, “Interrupção voluntária da gravidez”, in JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 295 e ss.

humana”? Quando estamos perante uma pessoa em sentido ético ou ontológico¹⁰? Quando deve ser o momento determinante para a tutela da vida do nascituro?

Discutem-se várias possibilidades: o momento da concepção, o da nidificação (implantação no útero), o do início da actividade cerebral ou o da sua viabilidade¹¹.

No entanto, em termos biológicos e éticos¹² parece que estamos perante vida humana após a concepção. No momento em que o óvulo e o espermatozóide trocam informação genética e se fundem no ovo, temos um novo ser, único e irrepetível, que, se não vir interrompido o processo natural do seu desenvolvimento, maturará até nascer¹³.

Significa isto que devemos considerar que estamos perante uma pessoa em sentido jurídico logo após a concepção, como defendem Oliveira Ascensão e Menezes Cordeiro, ainda que os seus únicos direitos sejam o direito à vida e o direito à integridade física, já que os restantes direitos dependerão do seu nascimento, no que seria uma personalidade jurídica parcial, como defende Capelo de Sousa¹⁴?

Como se explica, então, o regime actual da interrupção voluntária da gravidez? Que a protecção penal dada ao “ser humano em formação” possa cair perante a consideração de outros direitos e bens jurídicos relevantes da mãe – como é o caso de estar em causa a sua vida, ou a sua saúde, ou a gravidez em questão ter sido originada por um crime contra a sua autodeterminação sexual, situações

¹⁰ Para uma breve panorâmica sobre estas questões, v. MELO, Helena Pereira, “O Embrião e o Direito”, in RUI NUNES, HELENA PEREIRA DE MELO (coord.), *A Ética e o Direito no Início da Vida Humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2001, pp. 162 a 171.

¹¹ BOTELHO, Catarina Santos, “Comentário ao art. 66.º do CC”, in LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOSÉ BRANDÃO PROENÇA (coord.), *Comentário ao Código Civil (Parte Geral)*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, p. 164.

¹² OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, *Direito Civil - Teoria Geral, Vol. I, Introdução, as Pessoas, os Bens*, 2.ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 54.

¹³ Cfr. MELO, Helena Pereira de, “O Embrião e o Direito”, Cit. pp. 160 e 161.

¹⁴ OLIVEIRA, ASCENSÃO, José de, *Direito Civil - Teoria Geral...*, Cit., p. 55; RABINDRANATH, V. A. Capelo de Sousa, *Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 364; CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil, IV, Parte geral - Pessoas*, Coimbra Almedina, 2011, pp. 363 e 365. Já Rita Lobo Xavier entende que não é necessário reconhecer ao nascituro personalidade jurídica (visto que a personalidade jurídica é apenas um conceito de operacionalidade prática que fica muito aquém da “tradução jurídica da condição ontológica da pessoa”), já que, mesmo sem que lhe seja reconhecida a personalidade jurídica, o nascituro sempre gozará do direito à vida e à integridade física. LOBO XAVIER, Rita, “O Respeito pela Vida Humana Não Nascida e Respectiva Tradução no Ordenamento Jurídico Português”, in *Do Início ao Fim da Vida, Actas do Colóquio de Bioética, Funchal, 18 e 19 de Março de 2005*, Braga, Publicações da Faculdade de Filosofia da Universidade Católica Portuguesa, 2005, pp. 151 a 154. Em sentido contrário, entendendo que *de iure condito* o nascituro não tem personalidade jurídica, mas que *de iure condendo* esta devia ser-lhe reconhecida, FIGO, Tiago, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal – O conceito de pessoa revistado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 229.

que a nossa lei equaciona como excepções à criminalização do aborto – ainda pode entender-se. Mas como se explica que o art. 142.º, n.º 1, al. e), do Código Penal permita a uma mulher abortar livremente até às 10 semanas de gravidez? Ou o regime jurídico estabelecido pela Lei da Procriação Medicamente Assistida, que, embora em condições apertadas, permite a destruição de embriões ou a sua utilização para experimentação científica (por exemplo, desde que se trate de embriões excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projecto parental)? A sermos coerentes, a entendermos que há vida humana desde a concepção, a protecção dedicada aos embriões devia ser exactamente a mesma que é reconhecida a uma criança já nascida ou a um adulto¹⁵. No entanto, não é isso que vemos suceder. A nossa lei não olha com os mesmos olhos para os embriões, os embriões implantados em útero materno e os fetos que já atingiram um determinado estágio do seu desenvolvimento. Por exemplo, a lei penal consagra uma protecção diferente à vida humana já nascida e à que ainda está por nascer ao estabelecer dois tipos distintos de crime (contra a vida humana, o crime de homicídio; contra a vida humana intra-uterina, o crime de aborto), com diferentes regimes jurídicos (nomeadamente, sendo as molduras penais bastantes diferentes; além disso, no caso do crime de aborto a tentativa não é punível, nem a violação em caso de negligência); já a vida humana extra-uterina (embriões criopreservados) não possui sequer tutela penal¹⁶.

3. Argumentos contra a personalidade jurídica do nascituro

Os autores que entendem que a vida humana não nascida merece protecção, mas não ao ponto de se lhe reconhecer personalidade jurídica, baseiam-se, grandemente, em argumentos de certeza e de segurança jurídica e em razão da sua precariedade. Por exemplo, Galvão Telles afirma que o início da personalidade com o nascimento é a solução mais adequada do ponto de vista do Direito Positivo pois uma “personalidade jurídica coincidente com a concepção estaria condenada a desvanecer-se, sem deixar qualquer rasto, em caso de aborto, voluntário ou involuntário (...) [pelo que] teríamos uma personalidade condicional e provisória. O indicado é que a personalidade apenas surja quando possa revestir eficácia perdurável e tal só acontece com o nascimento”¹⁷. Por outro lado, como não seria possível determinar com certeza o momento da concepção, não seria possível determinar-se com certeza o momento da aquisição da personali-

¹⁵ Neste sentido, DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 217.

¹⁶ Neste sentido, v. LOBO XAVIER, Rita, “O Respeito pela Vida Humana Não Nascida e Respectiva Tradução no Ordenamento Jurídico Português” Cit. pp. 140 a 142 e 145.

¹⁷ GALVÃO TELLES, Inocência, *Introdução ao Estudo do Direito*, Cit., p. 165.

dade jurídica e, nas palavras de Antunes Varela, “[a] ordem jurídica (...) necessita de um momento quanto possível certo, seguro, inequívoco, objectivamente determinável, a partir do qual reconheça a existência de uma pessoa como sujeito autónomo de direitos”¹⁸. O autor afirma que a opção do momento do nascimento pelo legislador “não é arbitrária, nem antinatural ou artificial”, justificando-se em “virtude da notoriedade e do fácil reconhecimento do facto do nascimento, em contraste com o secretismo natural e social da concepção do embrião”, bem como pelo facto de a existência das “propriedades fundamentais do ser humano (a consciência, a vontade, a razão) est[ar] sempre mais próximo do nascimento do indivíduo do que da fecundação do óvulo no seio materno”, bem como por “a autonomização fisiológica do filho perante o organismo da mãe” ser um marco fundamental no desenvolvimento do ser humano.

4. Contra-argumentos

Que dizer quanto a estes argumentos? Se a questão é a da notoriedade, por se desconhecer se a mulher está ou não grávida, Carneiro da Frada afirma que tudo se resolve através da prova. Uma vez que hoje a evolução tecnológica permite provar que se está perante vida humana intra-uterina, esta objecção estaria afastada¹⁹. Por outro lado, há adultos que sofrem de qualidades minguantes que lhes afastam a razão, a vontade ou até a consciência e nem por isso deixam de ser considerados pessoas; finalmente, o nascimento é, de facto, um marco muito importante no desenvolvimento do ser humano, porque lhe garante a entrada no mundo das relações interpessoais que, até então, só mantinha com a mãe. Acontece que, ainda antes deste momento, é possível atingir a criança na sua integridade física e na sua vida e condicionar a sua defesa ao nascimento é denegar-lhe a protecção juridicamente merecida.

Por outro lado, é compreensível que os direitos patrimoniais do nascituro fiquem condicionados ao momento do nascimento completo e com vida, atendendo à precariedade da vida intra-uterina, mas já não os seus direitos fundamentais à vida e à integridade física.

Carneiro da Frada apresenta, assim, uma proposta de interpretação conforme com a Constituição do art. 66.º do CC, de forma a sacrificar o menos pos-

¹⁸ VARELA, Antunes, “A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil”, Cit., p. 632. Igualmente neste sentido, SILVA, Rui Gomes da/SILVA, Miguel Medina, *Teoria Geral do Direito Civil - Noções Elementares*, Lisboa, Âncora Editora, 2010, p. 73 e 74 (cfr. n. 100).

¹⁹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António, “A protecção juscivil da vida pré-natal – Sobre o estatuto jurídico do embrião”, in JOANA LIBERAL ARNAUT (org.), *Direito e Justiça – Verdade, Pessoa Humana e Ordem Político-Jurídica, Colóquio Internacional em Homenagem a Mário Emílio Forte Bigotte Chorão*, Faculdade Católica, 2008, pp. 153 e 154.

sível a sua letra. A lei diz que a personalidade jurídica se adquire no momento do nascimento completo e com vida. Em vez de se interpretar esta expressão como o estabelecimento de uma *conditio sine qua non* de aquisição da personalidade jurídica, pode interpretar-se como o estabelecimento de uma condição meramente suficiente. Ou seja, o nascimento permitirá adquirir personalidade jurídica, mas não será a única via para esta aquisição. Em regra, será a partir do nascimento que se afirmará a existência de um novo sujeito de Direito, em prol da segurança jurídica; no entanto, o que importará será a existência ou não de vida humana – este é que será o facto necessário para a existência de personalidade jurídica. Ora, desde que se possa provar que esta vida existe ainda antes do nascimento, nada obsta a que seja reconhecida à criança ainda não nascida a sua personalidade jurídica, caso seja necessário fazê-lo antes do seu nascimento. Portanto, o art. 66.º, n.º 1, será a regra, por permitir provar, sem dificuldades, que temos vida humana. A querer fazer-se valer a personalidade jurídica antes do momento do nascimento, o ónus da prova inverte-se²⁰.

Esta posição parece-nos muito interessante, permitindo salvaguardar os direitos pessoais fundamentais do nascituro ainda que este não chegue a nascer. Permite reconhecer-lhe o direito a nascer, o direito a exigir que as outras pessoas não provoquem a sua morte por negligência, por exemplo. Ainda que esta conduta não seja crime, pelo menos deverá ser considerada um ilícito civil.

5. A incoerência da lei portuguesa – questões práticas e evolução futura

Mas como podemos conciliar esta posição com a actual permissão legal do aborto livre até às 10 semanas da gravidez e com o regime da PMA? Considerando que as normas que permitem o aborto e a eliminação de embriões excedentários são inconstitucionais? Não será isso excessivo?

Por exemplo, em termos práticos, se assim for, qual o destino a dar aos embriões excedentários? Mantê-los em criopreservação *ad aeternum* não será possível. Por outro lado, como se pode exigir a uma mulher (ou a um casal) que implante um embrião e leve até ao fim uma gravidez que (já) não deseja? Uma solução poderia ser exigir que os casais que recorram a estas técnicas que previamente se comprometessem a implantar os embriões excedentários ou a autorizar a sua adoção por outros casais... embora não possamos esquecer que tal seria forçar as pessoas que querem ter filhos e precisam de recorrer a técnicas de PMA a correr o risco de ter de ceder o seu material genético (e os seus filhos biológi-

²⁰ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António, “A protecção juscivil da vida pré-natal – Sobre o estatuto jurídico do embrião”, *Cit.*, pp. 153 a 154.

cos). É necessário ponderar muito bem tudo o que está em jogo. E esta situação é diferente da de uma mulher que ficou grávida e não quer levar a gravidez até ao fim. A gestação vai avançando e não pode ser “congelada”, apenas eliminada.

Parece que a nossa sociedade (e, por isso, a nossa ordem jurídica) vê com olhos diferentes o embrião por implantar, o feto dentro do ventre materno até às 10 semanas e o feto a partir deste momento. Possivelmente porque a partir das 10/12 semanas a ecografia já mostra um ser humano em miniatura. E, como antes disso não o vemos, não nos parece criminoso “eliminá-lo”.

Ora, devemos considerar o seguinte: antes da “revolução ecográfica”, que nos permite hoje observar a vida intrauterina e provar a sua existência²¹, não se via o feto e a forma como este era encarado era completamente diferente. Antes chegou a defender-se que o seu sistema nervoso ainda não estava suficientemente desenvolvido para que este pudesse sentir dor, sofrimento, prazer ou outras sensações. Na verdade, mesmo depois de ser descoberta a anestesia, os cirurgiões continuavam a operar recém-nascidos sem a utilizar por considerarem que os seus cérebros ainda não estavam desenvolvidos o suficiente para saber o que era a dor – crença que, aparentemente, ainda persistia nos anos 80 do século XX²².

Contudo, hoje está provado que a partir do sexto mês – possivelmente antes – o feto já tem “uma vida afectiva activa”, podendo “ver, ouvir, tocar, saborear e mesmo, a um nível muito primitivo, aprender “in utero”²³. E que algures entre a vigésima oitava semana e a trigésima segunda, adquire consciência, pois “os circuitos nervosos do cérebro estão tão desenvolvidos como os de um recém-nascido”. Poucas semanas depois é possível perceber as suas ondas cerebrais e “detectar se a criança dorme ou está acordada. Mesmo quando dorme, é agora capaz de actividade mental”, podendo detectar-se a existência de movimentos oculares (REM – *rapid eye movement*), que indiciam a existência de sonhos²⁴. No entanto, é muito mais cedo que o corpo da criança fica completamente formado – ao fim do segundo mês – sendo que já foram registadas ondas cerebrais às cinco semanas; além disso, o feto começa a mexer-se às dez ou onze semanas “com um fim preciso”²⁵.

Que iremos descobrir a seguir?

Talvez, no futuro, a percepção da sociedade mude e, com isso, o Direito.

O futuro o dirá.

²¹ GONZALEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado*, Cit., p. 87 e ss.

²² LEITE DE CAMPOS, Diogo (org.), “A criança-sujeito: a vida intra-uterina”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 306.

²³ LEITE DE CAMPOS, Diogo, “A criança-sujeito: a vida intra-uterina”, Cit., p. 294.

²⁴ LEITE DE CAMPOS, Diogo, “A criança-sujeito: a vida intra-uterina”, Cit., p. 298.

²⁵ *Idem*, pp. 304 e 305.

A TUTELA CONSTITUCIONAL FACE AOS NOVOS PARADIGMAS DE TRIBUTAÇÃO

Tânia Meireles da Cunha

Juiz de Direito

1. Introdução

Ao longo dos últimos anos tem-se assistido a um aumento do número de tributos, com especial enfoque em tributos designados de “taxas” ou “contribuições”, mas cuja caracterização tem levantado dúvidas e suscitado elevada litigiosidade.

A mudança que se tem vindo a operar, do paradigma tradicional da tributação, tem, pois, estado na génese de diversas controvérsias em termos de enquadramento legal e conformidade face ao quadro constitucional.

O que nos propomos aqui é uma abordagem sobre o âmbito e dimensão destes novos tributos, deste novo paradigma da fiscalidade, com uma breve caracterização do mesmo e uma sistematização de algumas das questões que se têm colocado em termos de conformidade com os princípios que encontram assento constitucional.

2. O tributo e a tributação

O nosso ordenamento consagra um conceito amplo de tributo.

Assim, como resulta desde logo do art.º 165.º, n.º 1, al. i), da Constituição da República Portuguesa (CRP), os tributos têm uma natureza tripartida:

- a). Impostos;
- b). Taxas; e
- c). Demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas.

Este quadro tripartido surge, ao nível da lei ordinária, previsto no art.º 3.º, da Lei Geral Tributária (LGT). Assim, esta configuração implica que cada um dos tributos tenha características e finalidades próprias, sendo certo que, sobretudo no caso das contribuições financeiras, tais fronteiras não são muitas vezes claras, sendo inúmera a litigância em torno precisamente da qualificação jurídica dos tributos em causa.

Quanto à sua noção, em traços largos, e começando pela de imposto, este define-se como uma prestação pecuniária unilateral, imposta coativa ou autoritariamente pelo Estado ou por uma entidade pública, sem carácter sancionatório, visando angariar receita. É ainda de atentar que, do art.º 103.º, n.º 1, da CRP, resulta igualmente que o sistema fiscal visa diminuir as desigualdades e promover a distribuição de rendimentos e riquezas, conjugando o que se poderá denominar como um interesse financeiro ou imediato com um interesse de justiça social, mediato ou metajurídico¹.

No que respeita às taxas as mesmas configuram-se como prestações pecuniárias impostas coativa ou autoritariamente, pelo Estado ou outro ente público, sem que tenham carácter sancionatório, pressupondo sim a existência de uma contraprestação, seja ela a prestação de um serviço público, a utilização de um bem do domínio público ou a remoção de um obstáculo jurídico.

A par das taxas e dos impostos surge a terceira categoria, a das contribuições financeiras, cujos caracteres são mais difíceis de densificar, tendo de ser analisados casuisticamente, e que, fruto dessa mesma dificuldade, encerram e acarretam elevados níveis de litigância.

Assim, a realidade jurídico-tributária atual é caracterizada pela existência de variadíssimos tributos, para além dos impostos, fruto das atuais exigências, distintas das de há 40 anos, exigências essas nuns casos de cariz mais conjuntural e noutros de cariz mais estrutural, que implicam a criação de novos modelos de financiamento.

É essa nova realidade que levanta questões da maior importância, designadamente em termos, por um lado, de caracterização dos novos tributos que vão surgindo no nosso ordenamento e, por outro, da sua conformidade com os princípios basilares que, ao nível da tributação, encontram assento na Lei Fundamental.

Cumprindo, pois, questionar se, face ao atual quadro tributário, a nossa Constituição dá resposta adequada ao paradigma do *no taxation without representation*.

¹ No mesmo sentido, v. o art.º 5.º, n.º 1, da LGT, de acordo com o qual “a tributação visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e de outras entidades públicas (...) e promove a justiça social, a igualdade de oportunidades e as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento”.

3. A reserva de lei parlamentar e o princípio da legalidade em matéria de impostos

Acolhendo o mencionado paradigma, o art.º 165.º, n.º 1, al. i), da CRP, prevê que seja da competência relativa da Assembleia da República legislar em matéria de impostos e sistema fiscal e sobre o regime geral das taxas e contribuições financeiras.

Na sua redação inicial, a CRP, no então art.º 167.º, al. o), sujeitava apenas a reserva relativa de lei parlamentar as matérias relacionadas com impostos e sistema fiscal.

Apenas com a 4.ª revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro), que determinou que o então art.º 168.º passasse a 165.º, foi aditada a expressão “e regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas”.

Sobre este aditamento, colhem-se contributos em torno da discussão sobre a alteração em causa.

Assim, ao nível dos trabalhos parlamentares, há intervenções que se revelam pertinentes para a aferição dos motivos que estiveram subjacentes à opção tomada. Refere-se, assim, a dado momento:

“Sr. Presidente, nós chegámos à conclusão, depois da primeira leitura, que havia mérito em incluir uma norma que obrigasse a definir parlamentarmente o regime geral das taxas. E não só: “das taxas e das demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas”, que, como sabem, revestem as mais variadas formas e, em alguns casos, as mais desvairadas formas”².

Refira-se aliás que, à época, foi ainda equacionada a hipótese de a redação da disposição em causa ser mais ampla.

Neste conspecto, refere-se a dada altura:

“Sr. Presidente, sem querer suscitar aqui aquela velha questão entre receitas tributárias e impostos, que opõe os fiscalistas, penso que poderíamos talvez avançar para uma redacção de criação de receitas tributárias onde tudo cabe, ou seja, onde cabem os impostos, as taxas, as contribuições especiais e estas outras contribuições *financeiras*, desde que tenham a natureza tributária. Penso que isso é mais abrangente e que fica uma redacção mais linear”³.

Não obstante, esta proposta foi considerada excessiva, atentas as necessidades de flexibilidade que se reputam de essenciais para a criação deste tipo de tributo, pelo que a opção passou pela redacção ainda hoje vigente.

Assim, e analisando a mencionada al. i) do n.º 1 do art.º 165.º, da CRP, lida em consonância com o n.º 2 do art.º 103.º, da lei fundamental, dúvidas não

² Diário da Assembleia da República, n.º 106, de 20.06.1997, p. 3121.

³ Diário da Assembleia da República, n.º 46, de 30.10.1996, pp. 1380 e 1381.

há que, no que toca aos impostos, a reserva relativa de lei abrange tudo o que respeite à sua criação, determinação da incidência, da taxa, dos benefícios fiscais e das garantias dos contribuintes.

O legislador ordinário, na LGT, concretamente no seu art.º 8.º, densificou o âmbito do princípio da legalidade tributária.

A este respeito é de salientar, no entanto, que o legislador ordinário faz referência à sujeição ao princípio da legalidade tributária a liquidação e cobrança dos “tributos”, recorrendo pois ao conceito de tributo que, como vimos, é mais amplo que o de imposto e indo além daquilo que resulta da nossa lei fundamental.

4. A reserva de lei parlamentar e o princípio da legalidade quanto aos demais tributos

Se em relação aos impostos não há dúvidas em torno do alcance da reserva de lei formal, o mesmo não ocorre quanto aos demais tributos, com maior enfoque no que respeita às contribuições financeiras.

Com efeito, do disposto no art.º 165.º, n.º 1, al. i), da CRP, resulta que a reserva de lei parlamentar se circunscreve ao regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas. Aliás, dos trabalhos parlamentares da 4.ª revisão constitucional a que já fizemos referência resulta claramente que o pretendido foi precisamente essa circunscrição ao regime geral.

Sucedem, porém, que, quase 20 anos volvidos, os mencionados regimes gerais não foram ainda aprovados.

Surge como exceção o Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais, aprovado pela Lei n.º 53-E/2006, de 29 de dezembro.

No entanto, quanto às taxas e contribuições financeiras da administração central (direta e indireta) e da administração independente, continua a existir um vazio legal.

Esse vazio legal tem criado dúvidas em termos de interpretação do princípio da reserva de lei parlamentar.

Inexistindo regime geral, estará a criação de taxa ou da contribuição financeira sujeita a tal princípio?

Esta questão é tanto mais pertinente quanto se assiste, como já referido, a um aumento significativo do número de tributos que não impostos ou taxas locais.

Vejamos então.

Em termos de litígios já objeto de apreciação há que desde logo atentar nos casos relativos a tributos cuja previsão resulta de lei da Assembleia da República, muito embora os seus caracteres específicos estejam densificados em decreto-lei.

Nestes casos, já se pronunciou o Tribunal Constitucional, no sentido de nem se colocar a questão da inconstitucionalidade orgânica do tributo, porquanto, independentemente do seu *nomen*, o mesmo foi criado e densificado por lei ou decreto-lei autorizado (veja-se a este respeito o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 365/2008, de 2 de julho de 2008, relativo à taxa de regulação e supervisão, liquidada pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social).

E se nem tal previsão constar de Lei da Assembleia da República? A doutrina, a este propósito, tem ido em sentidos distintos.

Assim, de um lado, Sérgio Vasques admite que, perante a inexistência de um regime geral das taxas (que não as locais), a sua criação seja sem intervenção parlamentar, dado não ter sido visado pelo legislador constituinte travar a iniciativa do governo e da administração neste domínio. Já quanto às contribuições financeiras, segundo o mesmo autor, a sua criação sem intervenção parlamentar, antes de aprovado o respetivo regime geral, é inadmissível, não tendo visado o legislador constituinte permitir a sua criação fora da reserva de lei. Assim, conclui, a criação deste tipo de tributos por decreto-lei simples padece de inconstitucionalidade orgânica⁴.

Já, por outro lado, Cardoso da Costa⁵ tem ido no sentido de que esta reserva de lei parlamentar abrange apenas os mencionados regimes gerais, pelo que, na falta dos mesmos, não pode deixar de se admitir a criação deste tipo de tributos, caso contrário a dinâmica e as necessidades da vida do Estado, apontadas como inerentes a estes tributos, seriam postas em causa.

5. O exemplo da taxa de segurança alimentar “mais”

A designada taxa de segurança alimentar “mais” foi criada pelo Decreto-Lei n.º 119/2012, de 15 de junho.

Este diploma criou igualmente o Fundo Sanitário e de Segurança Alimentar Mais, que, por sua vez, tem como objetivos, entre outros, o financiamento de custos referentes à execução de controlos oficiais, no âmbito da segurança alimentar, da proteção e sanidade animal, da proteção vegetal e fitossanidade e apoiar a prevenção e erradicação das doenças dos animais e plantas.

De entre as receitas do mencionado fundo, encontra-se a referida taxa de segurança alimentar “mais”.

⁴ VASQUES, Sérgio, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 282 e 283.

⁵ COSTA, Cardoso da, “Sobre o princípio da legalidade das “taxas” (e das “demais contribuições financeiras””, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2006, pp. 803 a 807.

Este tributo está previsto no art.º 9.º do referido diploma e está configurado como “contrapartida da garantia de segurança e qualidade alimentar”, sendo sujeitos passivos do mesmo os estabelecimentos de comércio alimentar de produtos de origem animal e vegetal, frescos ou congelados, transformados ou crus, a granel ou pré-embalados.

A primeira questão que se coloca em torno deste tributo respeita à sua classificação. Sendo designada de taxa, terá características de taxa?

A este respeito já se pronunciou o Tribunal Constitucional, no sentido de não se estar perante uma taxa.

Com efeito, atenta a sua configuração e finalidade, à mesma não corresponde uma prestação concreta de um serviço público ou a remoção de um obstáculo jurídico, nem por parte do sujeito passivo a utilização de um bem do domínio público.

Neste sentido refere o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 539/2015, do Plenário, de 20 de outubro de 2015⁶:

“[A] “taxa de segurança alimentar mais” não constitui uma verdadeira taxa porque não incide sobre uma qualquer prestação administrativa de que o sujeito passivo seja efetivo causador ou beneficiário, sendo antes tida como contrapartida de todo um conjunto de atividades levadas a cabo por diversas entidades públicas que visam garantir a segurança e qualidade alimentar. E também porque o facto gerador do tributo não é a prestação individualizada de um serviço público mas a mera titularidade de um estabelecimento de comércio alimentar, sendo o valor da taxa calculado, com base na área de venda do estabelecimento e não com base no custo ou encargo que a atividade de controlo da segurança e qualidade alimentar poderia gerar”.

No mesmo acórdão afastou-se a sua qualificação como imposto, na medida em que este tributo não visa a satisfação de determinadas necessidades genéricas, mas sim a contribuição para a realização de uma atividade concreta.

Portanto, entendeu aquele Tribunal que estaríamos perante um tributo enquadrável no *tertium gens*, consubstanciado nas chamadas contribuições financeiras.

Colocou-se, num segundo momento, a questão em torno da reserva de lei formal em casos como estes, face à ausência do mencionado regime geral.

A resposta do Tribunal Constitucional foi no sentido de que apenas o regime geral está sujeito a reserva de lei, pelo que, na sua ausência, a criação de uma contribuição como a em causa através de decreto-lei do Governo, não precedido de qualquer lei da Assembleia da República, não padece de inconstitucionalidade orgânica.

⁶ V. ainda o Acórdão do mesmo Tribunal, n.º 544/2015, de 28 de outubro de 2015.

6. Conclusões / Interrogações

Dado o peso cada vez mais crescente de tributos distintos dos impostos na nossa realidade jurídico-tributária, e sendo certo que esses mesmos tributos, por definição e estrutura, têm um alcance mais circunscrito do que a maioria dos impostos, suscita-se a interrogação sobre se, num próximo momento de revisão do texto constitucional, não seria adequado aferir da pertinência de estender o princípio da reserva de lei formal à criação de contribuições financeiras que não estivessem abrangidas pelo regime geral, face ao vazio legislativo que se verifica e que é de forma relativamente pacífica reconhecido como um vazio difícil de preencher.

Se o legislador, em 1997, entendeu que as exigências do princípio do *no taxation without representation* estariam satisfeitas com a sua circunscrição ao regime geral, não se justificará a sua extensão nos termos referidos face à dificuldade em definir esse mesmo regime geral, no caso designadamente das contribuições financeiras?

Até que ponto as necessidades de alguma flexibilidade na criação destes tributos, que lhes é reconhecida em função da natureza, são superiores à exigência subjacente à intervenção da Assembleia da República, sobretudo quando o peso deste tipo de tributos tem vindo a ser crescente?

Uma palavra final para as dificuldades que se colocam em termos de caracterização de alguns destes tributos, designadamente face à fronteira ténue que possa existir entre imposto e contribuição financeira, nomeadamente quanto se fala em prestações mais difusas. Assim, sendo a regra, ao nível dos impostos, a da não consignação de receitas, princípio reflexo da própria caracterização deste tipo de tributo, será que ao consignar-se determinada receita, de forma relativamente circunscrita, estaremos perante contribuições financeiras? A fronteira pode ser, dependendo das circunstâncias específicas do caso, subtil. Até que ponto a consignação de receitas não só desvirtua o princípio da sua não consignação como também determina a qualificação do tributo como contribuição financeira, afastando-o do conceito de imposto e das exigências em termos de reserva de lei parlamentar?

A realidade tributária dos dias de hoje não é a mesma e a existência de diferentes tributos com diferentes exigências em termos de lei fundamental pode criar assimetrias em termos de justiça tributária e poderá, eventualmente, servir de mote a um reequacionar de paradigmas em termos de alcance do princípio da legalidade tributária.

A DIVULGAÇÃO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS LUSO-BRASILEIROS DE SUAS RECOMENDAÇÕES AOS GESTORES PÚBLICOS COMO INDUTOR DA BOA GOVERNANÇA PÚBLICA

Túlio César Pereira Machado Martins

*Mestrando em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade Fumec;
Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais;
Superintendente de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*

Maria Tereza Fonseca Dias

*Mestre e Doutora em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais;
Professora do Departamento de Direito Público da Universidade Federal de Minas Gerais
e da Universidade Fumec. Advogada e Consultora*

1. Introdução

Os Tribunais de Contas exercem um importante papel no controle externo da Administração Pública, pois, ao mesmo tempo em que atuam no controle de conformidade das contas públicas possuem atribuições para auferir a efetividade, podendo atuar inclusive antes e durante a execução das atividades, de modo a contribuir para que os resultados sejam de fato alcançados. Dentre as formas de atuação, além das auditorias prévias e concomitantes, verifica-se o contributo ao interesse público por meio do exercício de seu papel pedagógico, notadamente pela emissão de recomendações.

Diferentemente das determinações das Cortes de Contas, as recomendações possuem utilização bastante controversa, principalmente por não possuírem força cogente¹. Diante disso formula-se duas indagações: qual a consequência de um descumprimento de uma recomendação dos Tribunais de Contas? Poderiam as recomendações serem utilizadas como instrumento de governança?

Partiu-se da premissa de que as recomendações não se confundem com as determinações, principalmente quando forem referentes a boas práticas, sendo necessário fomentar a sua observância por meio de sanções premiais e indutor da boa governança pública.

O objetivo geral da pesquisa é apreender a natureza jurídica deste instituto no direito brasileiro e português para verificar a adequação das formas de divulgação utilizadas. Para isso buscou-se apresentar de forma breve a evolução do controle externo em Portugal e no Brasil; entender a diferença entre recomendações e determinações; diagnosticar as formas de divulgação das recomendações; e equacionar as formas de divulgação das recomendações com os resultados esperados.

Utilizou-se como fonte dos dados primários a Constituição da República Portuguesa de 1976² e Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além das leis orgânicas dos Tribunais de Contas nacionais e subnacionais. Além disso, por meio dos métodos comparativo, dogmático e histórico, buscou-se, nos portais eletrônicos das Cortes de Contas, informações acerca das recomendações e das análises jurisprudenciais de seu cumprimento. Como dados secundários da pesquisa, utilizou-se as opiniões doutrinárias referentes ao Direito Constitucional e Direito Administrativo e suas interpretações. O trabalho tem natureza compreensivo-analítica e busca reconstruir os dados analisados para a compreensão dos modelos institucionais adotados no Brasil e em Portugal.

2. Breve Contextualização Histórica dos Tribunais de Conta

A atividade de controle é inerente à administração, seja pública ou privada, e está relacionada à necessidade de se assegurar o atingimento de metas previamente estabelecidas. Nas palavras de Chiavenato³, o controle é verdadeiro princípio da administração e “[...] significa controlar o trabalho para se certificar

¹ TAVARES, José F. F., *Recomendações do Tribunal de Contas – conceito, natureza e regime*, “Revista do Tribunal de Contas”, n.º 46, Lisboa, Julho-Dezembro de 2006, pp. 165-201.

² PORTUGAL, *Constituição da República Portuguesa* (1976), disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, acessado em 2 março de 2016.

³ CHIAVENATO, Idalberto, *Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações*, 7.ª ed. rev. e atual, Rio de Janeiro, Elsevier, 2003, p.77.

de que o mesmo está sendo executado de acordo com os métodos estabelecidos e segundo o plano previsto”.

A necessidade de controlar é algo ainda mais intrínseco na concepção contemporânea de Administração Pública, pois como bem avalia Mourão *et. al.* “O controle permite um melhor desenvolvimento de qualquer setor da atividade humana, quanto mais para o agente que administra algo não como dono, mas como representante da sociedade”⁴.

Gustavo Costa⁵, ao analisar a relação entre planejamento dos órgãos públicos e a necessidade de controle, conclui que:

“O dinamismo das complexas relações estabelecidas pela Administração Pública deve estar umbilicalmente associado ao controle realizado pelos diversos entes, inclusive pela sociedade. Gerir os escassos recursos públicos arrecadados na sociedade impõe a utilização de mecanismos de controle para direcionamento das ações estatais”.

O controle é imprescindível nas atuações sob a forma de democracia indireta, em que o agente político é representante e, nessa condição, age em nome da sociedade e, por via de consequência, a esta deve prestar contas. Tem especial destaque no Estado Democrático de Direito o controle externo da atividade administrativa, pois, como já era previsto no modelo de freios e contrapesos de Montesquieu⁶, somente o poder pode (consegue) limitar o próprio poder⁷.

⁴ MOURÃO, Licurgo et al. “Controle da Administração Pública” in CARLOS PINTO MOTTA (coord.) *Curso prático de direito administrativo*, 3.ª ed., rev. atual. e ampl, Belo Horizonte, Del Rey, 2011, p.1011.

⁵ COSTA, Gustavo Vidigal, *O planejamento do estado e o papel fiscalizatório dos tribunais de contas*, Belo Horizonte, D’Plácido, 2015, p.119.

⁶ MONTESQUIEU, Charles de S., *O espírito das leis*, tradução de Cristina Muracho, São Paulo, Martins Fontes, 1996, p.168.

⁷ “A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares” - MONTESQUIEU, Charles de S., *O espírito das leis*, Cit., p.168.

Fontenelle e Brito⁸ definem o controle externo como aquele que é exercido por um dos poderes⁹ sobre os atos administrativos praticados por outro. No caso brasileiro, embora não se encaixem na teoria clássica da tripartição das funções de poder, inserem-se no conceito de controle externo o exercido pelo Tribunal de Contas e pelo Ministério Público¹⁰. Contudo, diante da visão contemporânea de democracia e da possibilidade de participação direta da sociedade, tem-se como controle externo, não apenas o exercido pelos “poderes”, mas também aquele controle diretamente exercido pela sociedade.¹¹

Segundo o art. 70 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)¹²:

“A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”. [grifo nosso]

Nesse espírito de indispensabilidade do controle público, os Tribunais de Contas brasileiros foram inseridos no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto 966-A, de 7 de novembro de 1890, com atribuições basicamente de controle das

⁸ FONTENELLE, Rodrigo/BRITO, Claudenir, *Auditoria Privada e Governamental*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013, p.286.

⁹ Segundo Cunha Júnior, a denominação correta seria divisão das funções de poder político ou simplesmente separação de funções estatais, uma vez que o poder é uno e indivisível. - CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Curso de Direito Constitucional*, 4.ª ed. Salvador, JusPodivm, 2010, p. 515.

¹⁰ Fontenelle e Brito ao analisarem o controle dos poderes uns sobre os outros, afirmam que: “Como a doutrina predominante não reconhece o Ministério Público e o Tribunal de Contas como integrantes de qualquer dos três Poderes, podemos assim relacionar os ‘Poderes’ da União: Poder Executivo; Poder Legislativo; Poder Judiciário; Ministério Público da União; Tribunal de Contas da União”. FONTENELLE, Rodrigo/BRITO, Claudenir, *Auditoria Privada e Governamental*, Cit., pag.285.

¹¹ A Comissão de Juristas constituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, encarregada do Anteprojeto da Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração preferiu tratar controle social separadamente e dividiu a atividade de controle sobre os órgãos e entidades estatais em controle social e controle público, que por sua vez se subdivide em autocontrole e controle externo, (art. 55).- ANTEPROJETO de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração (texto de autoria da Comissão de Juristas constituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão), disponível em http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao_jur/arquivos/090729_seges_Arq_leiOrganica.pdf, acessado em 2 março de 2016.

¹² BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. acessado em 2 março de 2016.

receitas e das despesas¹³, sendo repetido pela Constituição de 1891 (art. 89), e passando a ter maior destaque e autonomia com a Constituição de 1934 (arts. 99 a 102), com as mesmas garantias aos Ministros dos Tribunais de Contas dos Ministros da Corte Suprema.

Com o advento da Constituição de 1937, a atuação das Cortes de Contas foi reduzida às atividades meramente relacionadas à auditoria, somente retornando com a reforma administrativa promovida durante o regime militar e as mudanças na contabilidade pública promovida por meio da Lei nº 4.320/64, prestigiando a eficiência e eficácia das ações governamentais e a prevenção de irregularidades¹⁴.

Hoje, o desenho constitucional de competências confere às Cortes de Contas grande autonomia para realizar as atividades de controle externo.

O desenho atual de competências está previsto na Constituição da 1988, que garante grande autonomia para a realização das atividades de controle externo. O sistema de controle externo brasileiro é formado por 34 (trinta e quatro) Tribunais de Contas, sendo 26 (vinte e seis estaduais), um do Distrito Federal, um da União e quatro municipais. Os Tribunais de Contas subnacionais foram desenvolvidos em simetria de formas com o Tribunal de Contas da União, o que facilita entender suas estruturas e composição¹⁵. Contudo, a não sobreposição de jurisdição e a conformação com jurisdicionados com perfis completamente distintos fez com que os órgãos exercessem suas atribuições autonomamente, sem muita interação.

Ressalte-se que, apesar de receber o nome de “Tribunal”, as Cortes de Contas brasileiras não integram o Poder Judiciário. Tampouco integram os outros poderes, mas possuem grande afinidade com o Poder Legislativo, tendo em vista que uma de suas principais funções é prestar auxílio na atividade de controle externo do Poder Legislativo sobre as atividades da Administração Pública.

Assim, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988, compete ao Poder Judiciário a apreciação última das lesões e ameaças de

¹³ Decreto 966/1890 Art. 4º “Compete, outrossim, ao Tribunal de Contas: 1º Examinar mensalmente, em presença das contas e documentos que lhe forem apresentados, ou que requisitar, o movimento da receita e despesa, recapitulando e revendo, anualmente, os resultados mensais; 2º Conferir esses resultados com os que lhe forem apresentados pelo Governo, comunicando tudo ao Poder Legislativo; 3º Julgar anualmente as contas de todos os responsáveis por contas, seja qual for o Ministério a que pertençam, dando-lhes quitação, condenando-os a pagar, e, quando o não cumpram, mandando proceder na forma de direito; 4º Estipular aos responsáveis por dinheiros públicos o prazo de apresentação de suas contas, sob as penas que o regulamento estabelecer.”

¹⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*, 2.ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2005.

¹⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, *Tribunais de Contas do Brasil...*, Cit., p. 651.

lesão, podendo, portanto, rever as decisões dos Tribunais de Contas.¹⁶ Todavia, na visão de Candeia, mesmo havendo esta possibilidade,

“As decisões proferidas pelo Tribunal fazem coisa julgada administrativa, ou seja, insuscetíveis de reapreciação no âmbito do TCU ou de qualquer outra esfera administrativa. A definição de coisa julgada administrativa pode ser a mesma anteriormente mencionada, com a ressalva de que opera efeitos tão-somente no âmbito administrativo e não no Poder Judiciário e se refere à decisão contra a qual não cabem mais recursos administrativos, ou seja, do TCU”¹⁷.

Isso não diminui a imprescindibilidade dos Tribunais de Contas na consolidação da democracia brasileira, por meio do acompanhamento direto do princípio constitucional sensível da imperatividade de prestação de contas da Administração Pública direta e indireta¹⁸. A exata compreensão da missão constitucional do Tribunal de Contas somente é possível a partir da análise do amplo alcance da sujeição subjetiva ao definido no art.70, parágrafo único, da CRFB/88, abrangendo “[...] qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

Além disso, a estrutura da Corte de Contas orbita entre os três poderes, o que lhe garante autonomia para a realização de suas atividades. Apregoa Fernando Jayme que:

“O Tribunal de Contas possui autonomia administrativa e financeira, e aos seus membros é assegurada independência funcional mediante a outorga das prerrogativas e garantias conferidas aos integrantes da jurisdi-

¹⁶ Em sentido contrário, alguns doutrinadores se posicionam pela impossibilidade de revisão plena das decisões dos Tribunais de Contas. Para ilustrar esse entendimento, segue excerto do pensamento de Fernando Jayme para quem: “Ao afirmar-se que o Tribunal de Contas desempenha função jurisdicional especial, não se diz que ficam os seus julgados excluídos da apreciação do Poder Judiciário, por força do disposto art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República. Entretanto, restringe-se a apreciação judicial. Somente o processo de contas que estiver contaminado pelo abuso de poder, isto é, que violar o *due processo of law* é que poderá ter sua nulidade decretada pelo Poder Judiciário, na vigente ordem constitucional, jamais sendo permitido a este Poder reexaminar o mérito das decisões emanadas de Corte de Contas”. JAYME, Fernando G. A., *Competência jurisdicional dos Tribunais de Contas no Brasil*, “Revista Forense”, vol. 377, Rio de Janeiro, 2005, p. 27.

¹⁷ CANDEIA, Remilson Soares, *Autopoiésis aplicada a Tribunais de Contas*, “Revista do Tribunal de Contas da União”, n.º 128, Brasília, n. 128, 2013, p. 64, 2013. (grifos acrescidos).

¹⁸ JAYME, Fernando G. A., *Competência jurisdicional dos Tribunais de Contas no Brasil...*, Cit., p.13-31.

ção ordinária. Por esta razão, coloca-se na arquitetura do Estado como um órgão *sui generis*, totalmente independente em relação a qualquer um dos Poderes do Estado.

A relação do Tribunal de Contas com o Poder Legislativo constitui um vínculo meramente institucional, funcional, não guardando nenhuma relação de subordinação a esse Poder.”¹⁹

Essa autonomia visa assegurar o direito de todo cidadão de acompanhar a execução da coisa pública, denunciar aos Tribunais de Contas caso verifique irregularidades ou ilegalidades (art. 74, §2º, da CRFB/88) e participar na gestão e controle da Administração Pública²⁰.

Embora o Brasil tenha herdado, além do “sangue lusitano”, os mecanismos de administração portugueses²¹, essa discussão não demanda maiores considerações no estudo do modelo adotado em Portugal, pois o Tribunal de Contas português integra o sistema do Poder Judiciário, exercendo funções jurisdicionais de fiscalização da legalidade de despesas públicas e julgamentos das contas públicas, constitucionalmente previstas.

Nos termos dos arts. 209º e 214º da Constituição Portuguesa de 1976:

“Artigo 209º (Categorias de tribunais)

1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais:

- a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância;
- b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais;
- c) O Tribunal de Contas.

[...]

Artigo 214º (Tribunal de Contas)

1. O Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe, nomeadamente:

- a) Dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social;
- b) Dar parecer sobre as contas das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira;

¹⁹ JAYME, Fernando G. A., *Competência jurisdicional dos Tribunais de Contas no Brasil...*, Cit., p.29-30

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Z., *Direito administrativo*, 27.ª ed., São Paulo, Atlas, 2014, p.30.

²¹ NARDES, João Augusto R. Prefácio Apud TCU, *Histórico do controle de contas em Portugal e no Brasil: do século XIII ao XIX*, ANA CAROLINA G. POMPEU, JÚLIA C. DA COSTA, (coords.), Brasília: TCU, 2014, p. 3

- c) Efectivar a responsabilidade por infracções financeiras, nos termos da lei;
- d) Exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei.”

O modelo adotado na Constituição Portuguesa de 1976 define o Tribunal de Contas de Portugal como um tribunal financeiro integrado ao aparelho judiciário, ao lado dos demais tribunais superiores, o que garante independência e peso às suas decisões²².

Contudo, a diferença estrutural apontada entre os modelos das Cortes de Contas não reduz a importância deste estudo comparado, já que a atividade de controle é inerente ao Estado de Direito, que representa a defesa da própria Constituição. Afirma Leony que, não apenas os juízes e tribunais, mas “[...] todos os Poderes constituídos, assim como as autoridades que nos respectivos âmbitos encontram-se investidas de função pública, estão compromissados não apenas com a realização da Constituição, como também com a sua efetiva guarda”²³.

Para Diniz²⁴, no contexto do constitucionalismo moderno, controlar o poder público é desdobramento intrínseco do dever de submetê-lo às normas estabelecidas na constituição, sendo estratégico o controle externo da administração pública a cargo do Tribunal de Contas.

Nesse sentido, oportuno fazer breve digressão histórica do surgimento da Corte de Contas portuguesa, que representa, também, o embrião das Cortes de Contas brasileiras.

No contexto da unificação, os portugueses sentiram a necessidade de desenvolver mecanismos de controle da Administração Pública, “necessidade que se tornou mais latente com os descobrimentos e o conseqüente aumento dos domínios portugueses”²⁵. A primeira instituição de controle externo que se tem registro na experiência lusitana é a Casa dos Contos, com controle bastante incipiente dos registros públicos pois tais registros se confundiam com as contas do monarca²⁶.

A expansão do reino e as conquistas coloniais evidenciaram a necessidade de controle dos impostos arrecadados e da utilização das disponibilidades

²² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, *Tribunais de Contas do Brasil...*, Cit., p. 163.

²³ LEONCY, Léo Ferreira, “Controle não judicial de constitucionalidade”, in DIMITRI DIMOULIS (coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. 2.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2012, versão e-book.

²⁴ DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro, *Estado de direito e controle estratégico de contas*, Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p.161.

²⁵ NARDES *apud* POMPEU, Ana Carolina G., *Histórico do controle de contas em Portugal e no Brasil: do século XIII ao XIX*, Cit., p.3.

²⁶ POMPEU, Ana Carolina G.; COSTA, Júlia C. da. (coords.), *Histórico do controle de contas em Portugal e no Brasil: do século XIII ao XIX*, Brasília: TCU, 2014.

dos cofres régios. A pioneira unificação estimulou modificações prematuras nas instituições²⁷. Desde o século XIII, Portugal já possuía sistema de contabilização dos gastos públicos. O controle era exercido unicamente por meio de uma contabilização de recursos por partidas simples²⁸, basicamente com registros cronológicos da causa ou do efeito patrimonial, embora já se trabalhasse com partidas dobradas²⁹ na época.

Nesse contexto, destaca-se a importância da Casa dos Contos na centralização e no julgamento das despesas públicas. Embora se limitasse a confrontar as receitas recebidas e as despesas pagas pelos agentes do fisco, representou a inovação de considerar o próprio Tesouro como “entidade pagadora e recebedora do dinheiro, numa tentativa de aperfeiçoamento do controle das contas e de redução das fraudes”³⁰.

De 1761 a 1844, a Casa dos Contos foi sucedida pelo Erário Régio e pelo Tribunal de Tesouro Público, instituições com funções executivas de administração fazendária, mas com manutenção da separação orgânica e caráter de fiscalização financeira³¹.

Após breve momento de interrupção entre 1911 e 1930, quando o Tribunal de Contas foi substituído pelo Conselho Superior da Administração Financeira do Estado (1911-1919) e pelo Conselho Superior de Finanças (1919-1930), por influência do modelo francês da *Cour des Comptes* estabelecido por Napoleão em 1807³², é que a Corte de Contas portuguesa obteve a designação e natureza jurídica atuais consagrando-se como Corte Superior pela Constituição Portuguesa de 1976.

²⁷ POMPEU, Ana Carolina G.; COSTA, Júlia C. da. (coords.), *Histórico do controle de contas em Portugal e no Brasil: do século XIII ao XIX*, Cit., p. 11.

²⁸ “O sistema de partidas simples é considerado uma forma de registro rudimentar pela contabilidade, em oposição ao sistema de partidas dobradas” - POMPEU, Ana Carolina G.; COSTA, Júlia C. da. (coords.), *Histórico do controle de contas em Portugal e no Brasil: do século XIII ao XIX*, Cit., p. 11.

²⁹ As cidades italianas de Gênova e Veneza foram as primeiras, no contexto europeu, a utilizar o método das partidas dobradas e já no século XIII utilizavam a lógica de contabilização utilizada até os dias de hoje. POMPEU, Ana Carolina G.; COSTA, Júlia C. da. (coords.), *Histórico do controle de contas em Portugal e no Brasil...*, Cit., p.12.

³⁰ GONÇALVES, Miguel/LIRA, Miguel/MARQUES, Maria da Conceição da C, *Finanças públicas e contabilidade por partidas dobradas: uma visita guiada pela literatura sobre as três figuras cimeiras do erário régio português, 1761*, “Revista Universo Contábil”, vol. 9, n.º 2, abril/junho, 2013, p.149.

³¹ FRANCO, António L. de S./BARROS, Manuel F., “O Tribunal de Contas de Portugal – Evolução e situação Actual”, in *I Encontro dos tribunais de contas dos países de língua portuguesa*, Lisboa, CEFTCPCL, 1995, p. 303.

³² FRANCO, António L. de S./BARROS, Manuel F., “O Tribunal de Contas de Portugal – Evolução e situação Actual”, Cit., p. 303.

O controle lusitano influenciou diretamente a origem do controle externo da Administração Pública brasileira e, embora tenham seguido caminhos distintos e autônomos, apresentam muitas semelhanças. Ao longo da história do controle português e brasileiro, prevaleceu o modelo de controle financeiro-contábil, de controle de conformidade dos gastos públicos às previsões legais, que, no entanto, foi se transformando para atender aos anseios sociais.

Embora o controle de conformidade financeira-orçamentária ainda seja indispensável para controle da Administração Pública até nos dias de hoje, tem sido necessário incrementá-lo com mecanismos mais complexos para atender a evolução dos modelos de gestão administrativa, bem como às novas demandas sociais. Assim, ganha relevância métodos de fiscalização com visão global da situação do jurisdicionado e que comprovem e favoreçam a efetividade das ações, superando o simples controle de conformidade.

Existe um movimento de aproximação dos Tribunais de Contas com as organizações internacionais de fiscalização, com destaque para atuação da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai)³³, organização não-governamental ligada ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e importante foro de debate e compartilhamento de métodos aplicados e de boas práticas para a atividade de fiscalização.

Os postulados básicos de auditoria pública publicados pela Intosai representam importantes fontes de consulta para avaliação do comprometimento ou não da fiscalização dos órgãos do controle externo e têm sido aplicados, ao menos em parte, em todos os Estados filiados à organização.

Outra razão para esse movimento de convergência é a forte influência do modelo norte-americano, por conta das entidades de financiamento internacional.

Segundo Marcos Bemquerer, Ministro do Tribunal de Contas da União:

“Relevante mencionar que foi mudado o paradigma antes seguido pelo direito administrativo brasileiro. Tradicionalmente, adotava-se o modelo francês. Agora, migra-se para o modelo americano, em razão da própria influência do direito americano e, também, por exigência das fontes financiadoras: quem financia determinado projeto determina muitos pontos do modelo a ser adotado”³⁴.

³³ Intosai foi fundada em 1953 por iniciativa do então Presidente da EFS de Cuba, Emilio Fernandez Camus. Em 1953, 34 EFS reuniram-se para o primeiro Congresso da Intosai em Cuba. A organização conta hoje com 192 membros plenos e 5 membros associados. INTERNATIONAL ORGANISATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS (INTOSAI), *About us*, disponível em <http://www.intosai.org/about-us.html>, acessado em 2 março de 2016.

³⁴ BEMQUERER, Marcos, *O regime jurídico das empresas estatais após a Emenda Constitucional nº 19/1998*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 52.

O mesmo fenômeno pode ser estendido aos demais países que realizaram financiamentos internacionais, em decorrência das exigências de hígidez financeira e de controle orçamentário e financeiro presentes nas orientações expedidas pelos órgãos de financiamento.

No contexto da União Europeia, as diretivas também têm o mesmo papel harmonizador. Essa atuação na melhoria das formas de controle interno e externo é bastante sensível, pois o “desgoverno” de algum integrante pode comprometer a hígidez econômica e monetária de todo o bloco, como ficou evidente com a crise econômica vivida em 2008.

Esse alinhamento comunitário está previsto no art. 11º, n. 3º, da Lei nº 98/97, Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, para a articulação e cooperação entre as entidades de fiscalização superior (EFS)³⁵, sem prejuízo de sua independência. Ademais, o Tribunal de Contas português tem reconhecido cada vez mais, a importância de estabelecer boas relações com instituições de controle financeiro europeus e dos países de língua portuguesa e, no documento “O Tribunal de Contas na actualidade”, no tópico que aborda a relação daquela Corte com outras EFS, destacou-se que:

“Estas exigências são tão mais fortes quanto a complexidade, as mutações e a dimensão da actividade financeira pública nos Estados de hoje, na qual relevam as experiências de controlo de cada país, bem como as relações, a cooperação e o intercâmbio mútuo, académico e técnico entre as Instituições Superiores de Controlo.

Deste modo, no âmbito internacional, o Tribunal de Contas tem mantido relações bilaterais com instituições congêneres dos Estados membros da União Europeia e com os Tribunais de Contas da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, mantendo igualmente contactos regulares com outras instituições de controlo externo da América Latina, da Europa de Leste e do extremo oriente.

O Tribunal de Contas tem ainda cooperado com os órgãos de controlo financeiro da NATO, da OCDE e da UEO e, ainda, com o Banco Mundial³⁶.

A título de exemplo cita-se a mudança na definição dos jurisdicionados do Tribunal de Contas português. A Professora Maria João Estorninho em sua

³⁵ Em Portugal, estas entidades também são denominadas de Instituições Superiores de Controlo (ISC).

³⁶ PORTUGAL, *O Tribunal de Contas na actualidade*, 1999, disponível em http://www.tcontas.pt/pt/apresenta/actualidade/sit_act.pdf, acessado em 2 março de 2016, p.31-32.

obra “A Fuga para o direito privado”³⁷, de 1999, criticava a ausência de controle das empresas públicas de direito privado, pois não estavam sujeitas ao controle do Tribunal de Contas português.

Havia a distinção entre a figura das empresas estatais regidas por normativo próprio e a figura das sociedades de interesse coletivo, que possuem conformação similar à das sociedades de economia mista brasileiras, somente sendo considerada de direito público a primeira.

Desde a época de conclusão de sua tese, a autora já defendia que as sociedades de interesse coletivo deveriam se sujeitar ao controle da Corte de Contas, enquadrando como empresas públicas *lato sensu*, como forma de prevenir a “fuga para o direito privado” com vistas a evitar o controle. Assim, em contraposição à teoria clássica, filiou-se à teoria que as considerava pertencentes à administração pública indireta e, portanto, sujeitas ao controle do Tribunal de Contas³⁸.

Nos dias atuais, verifica-se forte movimento no bojo das diretivas da União Europeia pelo controle amplo das empresas de algum modo vinculadas ao Estado, como forma de retomar a austeridade e a confiança no mercado comum. Especificamente em Portugal, foi editada em 2006, a nova Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas português (Lei n. 46/06), que estendeu a competência da Corte a todos aqueles que utilizem o dinheiro público, pouco importando a natureza jurídica, se pública ou privada.

Assim, as diretrizes divulgadas pelas organizações internacionais das EFS, as medidas estabelecidas pelos organismos internacionais de financiamento e as diretivas da União Europeia têm contribuído para a formação de uma rede de controle, com a harmonização das metodologias e práticas.

Esse momento global de fortalecimento e otimização das ferramentas de controle, aliado à percepção de insuficiência de que a análise formal contábil não é suficiente para exercer a fiscalização necessária das contas públicas no contexto democrático³⁹, demanda dos órgãos fiscalizadores atuação muito mais sofisticada, sendo inegavelmente relevante a troca de experiências entre os órgãos.

Ademais, o controle por meio de registros somente permite visualizar com precisão a situação ocorrida no passado. Por essa razão, os Tribunais de Contas luso-brasileiros têm envidado esforços para a atuação preventiva, possibilitando aos gestores que melhorem seu desempenho no manejo da *res publica*, representando importante instrumento de governança.

³⁷ ESTORNINHO, Maria João, *A Fuga Para o Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 324.

³⁸ ESTORNINHO, Maria João, *A Fuga Para o Direito Privado*, Cit., 324.

³⁹ COSTA, Gustavo Vidigal, *O planejamento do estado e o papel fiscalizatório dos tribunais de contas*, Cit.

3. Importância da Ampla Divulgação das Recomendações para exercício da macrofunção pedagógica

A atuação primária dos Tribunais de Contas ao longo do tempo é e sempre foi inegavelmente fiscalizar as contas públicas. A forma de responder às irregularidades, contudo, tem sofrido sensíveis mudanças, principalmente a partir da verificação de que diversas ocorrências se originam da simples desinformação do gestor.

Assim, aliada a função punitiva, as Corte de Contas têm se valido da atuação pedagógica, como forma de prevenir irregularidades e contribuir para a efetividade das políticas públicas.

Ao avaliar as novas formas de atuação dos Tribunais de Contas para a efetividade do controle externo, Coelho afirma que:

“[...] o controle não deve ser visto como função punitiva, mas sim preventiva, corretiva e pedagógica. Portanto, aos Tribunais de Contas cabe buscar uma aproximação com seus jurisdicionados, promovendo periodicamente cursos, palestras e seminários, dentre outros eventos, com o objetivo de difundir os conhecimentos imprescindíveis, sob o prisma do controle, para a boa e regular gestão dos recursos públicos. Nesse sentido, também ganha importância a divulgação das boas práticas administrativas. Redução de custos, maior transparência da gestão e aperfeiçoamento dos mecanismos de controle são apenas alguns exemplos de resultados positivos que alguns gestores conseguem ao implementar novas rotinas administrativas, que podem servir de exemplo e, muitas vezes, ser reproduzidas em outros contextos”⁴⁰.

Embora o papel pedagógico não esteja previsto nesses termos, a atuação preventiva advém da própria lógica de efetividade do controle, pois, em diversas situações, não representa atendimento ao interesse público a simples punição do mau gestor, sendo necessário que a atuação governamental seja realinhada dentro da legalidade.

Assim, assume importância a ampla divulgação das boas práticas e orientações da melhor forma de interpretar e seguir o texto legal e constitucional, o que é feito, além dos meios apontados por Coelho⁴¹, por meio de consultas enca-

⁴⁰ COELHO, Hamilton Antônio, *O papel dos Tribunais de Contas na busca da efetividade do controle externo*, “Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais”, vol.75, n.º2, Belo Horizonte, abril/maio/junho 2010, p. 71.

⁴¹ COELHO, Hamilton Antônio, *O papel dos Tribunais de Contas na busca da efetividade do controle externo*, Cit., p.71.

minhadas diretamente ao Tribunal, atos normativos, edição de informativos, boletins, cartilhas e manuais, além de elaboração e divulgação das recomendações.

Ademais, o modelo de governança participativa, coordenado por diversos atores sociais, alinhado às noções de publicidade da Administração, demandam dos órgãos de controle, muito além do compartilhamento dessa filosofia e transparência de suas decisões, uma noção de transparência ativa e estímulo ao controle social.

Portanto, imprescindível que as deliberações das Cortes de Contas estejam disponíveis e de fácil acesso para pesquisas pelos jurisdicionados e, principalmente, para a sociedade como um todo, para que todos tenham conhecimento dos entendimentos vigentes e consigam verificar a não aderência dos gestores às determinações legais e/ou da própria Corte de Contas.

Na visão contemporânea de controle, fruto do “diálogo entre o Direito, a economia e as finanças públicas, e pela normatização de conceitos como o de *good governance*, de *accountability* e de *value for money*, a par com uma nova concepção de cidadania”⁴², as EFS passam por uma transformação de suas missões, ficando evidente a preocupação em evitar que o dano ocorra e não simplesmente punir o agente transgressor. Nesse contexto, ganha especial relevo a possibilidade de se exarar recomendações como forma de orientação prévia ao gestor público.

Destaca-se que essa atuação pedagógica não se confunde com a competência opinativo-consultiva presente no inciso I, do art. 71, da CRFB/88, referente à emissão do parecer prévio sobre as contas anuais do chefe do poder executivo, as chamadas contas de governo⁴³ seja na forma de tramitação, seja nos desdobramentos da manifestação exarada em sede de apreciação do processo específico.

Além das determinações deliberadas pela Corte de Contas, é possível que sejam feitas recomendações aos jurisdicionados, no intuito de fomentar a adoção de certas medidas pelas entidades auditadas⁴⁴. Assim, a natureza jurídica das recomendações, embora pouco trabalhada pela doutrina e jurisprudência, oscila entre o parecer opinativo e a determinação, contudo com esses não se confunde.

Essa atuação pedagógica é importante forma de garantir a eficiência da Administração Pública, tendo em vista a especificidade da atuação do controle

⁴² COSTA, Paulo Jorge N. da, *O Tribunal de Contas e a boa governança: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*, (Tese de Doutoramento), Faculdade de Direito, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2012, p.18.

⁴³ SARDINHA PINTO, Luciana Morais Raso, *O tribunal de contas na nova ordem institucional*, “Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais”, vol.22, n.º1, Belo Horizonte, janeiro/março, 1997, p.67.

⁴⁴ TAVARES, José F. F., *Recomendações do Tribunal de Contas – conceito, natureza e regime*, Cit., 165-201.

externo e a complexidade da matéria e o maior alcance da ação preventiva do “controle orientador”, como observa Fernandes⁴⁵.

A recomendação vincula, ao menos, o Tribunal emissor e, portanto, vai além de uma mera opinião, sem possuir, contudo, a cogência das determinações. Contudo, a despeito da relevância das recomendações para a segurança jurídica dos jurisdicionados e atendimento ao interesse público, elas não têm sido tratadas com a visão sistêmica necessária, tampouco formuladas com preocupação de racionalização e de atender aos princípios da publicidade e da transparência.

A ausência de sistematicidade na divulgação dificulta, inclusive, o monitoramento do atendimento das recomendações pelos órgãos e entidades.

Isso fica evidente pela verificação de que diversas recomendações são repetidas em abstrato em manifestações para jurisdicionados distintos, como forma de divulgação de boas práticas, e não raro, são repetidas ao mesmo jurisdicionado.

Essa recorrência de recomendações demonstra dificuldade de atribuir-lhes cogência e pode estar relacionada a deficiência de clareza semântica na redação das deliberações ou até mesmo ausência de sistemas de pesquisa.

Em obra acerca das boas práticas processuais dos Tribunais de Contas, Freitas e Mileski sintetizam a importância das recomendações ao afirmarem que:

“Os Tribunais de Contas, além das determinações, deverão fazer recomendações para a correção das deficiências verificadas no exercício do controle externo, visando ao aprimoramento da gestão dos recursos públicos. No entanto, quando detectado vício de antijuridicidade, convém dar preferência à determinação, pois não se trata de mera sugestão de aperfeiçoamentos procedimentais.

Consoante a obrigatoriedade estabelecida no inciso IX do art. 71 da Constituição, cuja norma é de caráter geral, abrangente de todo o procedimento de controle efetuado pelo Tribunal de Contas, deve ser assinado prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sempre que verificada ilegalidade.

Assim, nos procedimentos de auditoria, de emissão de parecer prévio, de julgamento de contas ou de apreciação de legalidade, quando for constatada ilegalidade que enseje modificação ou sustação de ato, mesmo que resulte em decisão com fixação de débito e aplicação de multa, o Tribunal de Contas terá de assinar prazo para que sejam adotadas as providências determinadas pela decisão, no sentido de ser restabelecida a legalidade rompida.

A função fiscalizadora não é meramente punitiva, mas, antes de tudo, fator para o estabelecimento de condições que verifiquem, constatem e

⁴⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, *Tribunais de Contas do Brasil...*, Cit., pp.336-337.

imponham o cumprimento da lei para o atendimento do interesse público⁴⁶.

Apesar dessa relevância, por melhor que seja o controle externo, ele nunca pode substituir a vontade do gestor, pois, como ressaltam Mourão *et al.*: “[...] caso houvesse controle externo que substituísse o núcleo do mérito (conveniência e oportunidade), seria possível que o órgão controlador passasse a tomar as decisões pelo órgão controlado, violando o art. 2º da CRFB/88⁴⁷.”

Portanto, as recomendações devem ser exaradas com muita cautela, cabendo ao julgador avaliar se não se trata de mera preferência pessoal - o que pode caracterizar cerceamento da discricionariedade atribuição por lei ao gestor público.

Ademais, todo ato de interpretação da norma denota certa carga de subjetividade que deve ser sopesada no ato de decidir. Fernandes afirma, neste sentido, que:

“[...] a interpretação jurídica, tal como a conhecemos, é uma atividade levada a cabo por seres (cérebros) humanos com suas próprias necessidades, crenças, visões (prévias) do mundo, opiniões, amores, ódios, desejos, preferências, circunstâncias, problemas... que, de uma forma ou outra, incidem e condicionam o resultado de suas interpretações, destinadas a transmitir suas mensagens a um público específico em uma época e um lugar determinados. Cada um dos intérpretes do direito é um ser humano, cada um deles tem algo diferente a comunicar, cada um tenta transmitir a sua visão de mundo (herdada ou adquirida) com suas próprias palavras. Cada um deles, de certo modo, muda, altera ou transforma os textos que interpreta.”⁴⁸

Por não possuírem padrão de redação, as recomendações são escritas conforme a criatividade do relator, não se compreendendo que um texto hermético ou pouco preciso dificulta a compreensão pelo jurisdicionado e pelo cidadão e afasta a resposta em tese de sua proposta pedagógica.

O Supremo Tribunal Federal, instado a manifestar sobre o tema, em sede de apreciação do Mandato de Segurança nº 21683, no qual se discutia quem seria a autoridade coatora no caso em que o gestor simplesmente seguiu recomendação do Tribunal de Contas para revisão de aposentadoria, reafirmou o entendimento de que as recomendações do Tribunal de Contas serem carentes

⁴⁶ FREITAS, Juarez/ MILESKI, Hélio Saul, *Manual de Boas Práticas Processuais dos Tribunais de Contas*. Brasília-DF; Cuiabá-MT; ATRICON; Instituto Rui Barbosa; TCE-SC, 2013, pp.50-51.

⁴⁷ MOURÃO, Licurgo et al., “Controle da Administração Pública”, Cit., p.1015.

⁴⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, *Tribunais de Contas do Brasil...*, Cit., pp.200-201.

de execução compulsória e não obrigarem a autoridade administrativa a quem são dirigidas.

Oportuno destacar trecho do voto do relator, nesta ação, da lavra do Ministro Moreira Alves:

“[...] as recomendações do Tribunal de Contas à autoridade administrativa, feitas em conversão de julgamento de legalidade de aposentadoria em diligência, não obrigam esta a rever o ato administrativo de concessão de aposentadoria para ajustá-lo a tais recomendações, razão por que, se a autoridade administrativa os rever para fazer esse ajuste, não está ela atuando como mera executora material das recomendações do Tribunal de Contas, mas, sim, é a autoridade que responde pela prática do ato administrativo do ajuste.”⁴⁹

Portanto, a Suprema Corte brasileira negou qualquer compulsoriedade da recomendação, imputando ao gestor qualquer desdobramento do seu ato, ainda que seguindo orientação do Tribunal de Contas.

Contudo, conforme já debatido, a função da recomendação vai muito além da coercitividade, sendo instrumento para auxiliar na efetivação das políticas públicas. Nesse sentido, inegável a relevância da ampla divulgação das recomendações, seja para instrução dos gestores, seja para estimular o controle social.

4. Diagnóstico da Divulgação das Deliberações Pelos Tribunais de Contas Brasileiros

Em 2002, foi realizado estudo pela Fundação Instituto de Administração da Universidade de São Paulo (FIA/USP) da adequação da implantação da Lei de Responsabilidade Fiscal pelos Tribunais de Contas brasileiros, que além de identificar baixa adesão aos preceitos da lei, evidenciou a ausência de integração entre eles o que motivou a criação do Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios Brasileiros (Promoex). O diagnóstico realizado identificou baixa integração técnica entre os tribunais de contas em procedimentos, que desenvolviam soluções para problemas comuns em paralelo, o que representava perda de tempo, recursos e conhecimentos⁵⁰.

⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, *Mandado de segurança n. 21.683*. Relator: min. Moreira Alves. Julgado em 11 março 1994. DJ 16 dez. 1994.

⁵⁰ MAZZON, J. A./NOGUEIRA, R., *Projeto de prestação de serviço especializado para realização de pesquisa e proposição de iniciativas para adequada implantação da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) pelos tribunais de contas estaduais e municipais, São Paulo, FIA/USP, 2002.* (Relatório de Pesquisa).

A identificação da necessidade de atuação em rede parte de premissas básicas de que toda forma de controle demanda algum tipo de gasto e o controle *per se* deve estar atento à relação entre os custos das ações e os benefícios alcançados. Assim, natural que as instituições identifiquem entidades externas para o estabelecimento de redes de cooperação no intuito de realizar troca de recursos e informações.

Esse modelo de atuação em rede destaca a importância de interação entre as EFS nacionais e subnacionais para compreender e avaliar a complexidade das ações dos jurisdicionados. Em determinados casos, necessário que haja a interação com entidades não governamentais e até estrangeiras, conforme a complexidade das relações analisadas.

O Promoex, além do financiamento dos Tribunais de Contas por meio de convênio de repasse a fundo perdido com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), teve importante papel no alinhamento dos entendimentos sobre temas diversos, por meio dos grupos temáticos criados com a finalidade de harmonizar entendimentos e metodologias.

O avanço promovido por esses grupos temáticos na forma de trabalhar dos Tribunais de Contas criou importante rede de cooperação que, mesmo com o fim do programa permanece ativa e ampliada com a participação em determinados casos de outras entidades de fiscalização nacionais e internacionais.

Após o término do Promoex os grupos temáticos foram transformados nos comitês do Instituto Rui Barbosa (IRB), associação civil sem fins lucrativos, constituída pelos próprios Tribunais para o debate e fortalecimento da instituição.

O IRB conta, hoje, com 11 (onze) comitês temáticos, dentre os quais figura o Comitê de Processualística, Súmula e Jurisprudência⁵¹, criado como desdobramento do Comitê das Escolas de Contas⁵² (atual Comitê de Aperfeiçoamento Profissional) em razão da especificidade do tema.

⁵¹ Portaria n. 02/IRB/2014. Art. 1º. "Instituir a Estrutura Organizacional do Instituto Rui Barbosa - IRB da seguinte forma: I - Assembleia Geral; II - Presidência: a) Unidade de Apoio à Presidência; b) Gestão de Ensino; c) Gestão de Pesquisa; d) Gestão de Extensão; e) Gestão de Desenvolvimento Institucional; f) Gestão de Relações Institucionais; 1. Comitê Temático Meio Ambiente; 2. Comitê Temático Obras Públicas; 3. Comitê Temático Atos de Pessoal e Previdência; 4. Comitê Temático Produção de Informações Estratégicas para Atividades de Fiscalização; 5. Comitê Temático Contabilidade Pública e Gestão Fiscal; 6. Comitê Temático Processualística Súmula e Jurisprudência; 7. Comitê Temático Aperfeiçoamento Profissional; 8. Comitê Temático Tecnologia da Informação; 9. Comitê Temático Auditoria; 10. Comitê Temático Comunicação; 11. Comitê Temático Parcerias Público Privadas. III - Conselho Fiscal".

⁵² Dentro da estrutura dos Tribunais de Contas brasileiros existem escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, com base no art. 39, §2º, da Constituição de 1988. Segundo previsto na Norma de Auditoria Governamental (NAG) 3704.1, o profissional de auditoria governamental deverá participar de programa de capacitação continuada de, no mínimo, 80 (oitenta) horas de capacitação anualmente. - NORMAS DE AUDITORIA GOVERNAMENTAL - NAGS: Aplicáveis ao Controle Externo, 2010, p.45.

Um dos primeiros trabalhos do comitê foi, com base na pesquisa FIA/USP, analisar os sistemas de divulgação dos Tribunais de Contas brasileiros, divulgado em 2014⁵³.

Foi realizado, levantamento por meio de envio de questionário aos Tribunais, tendo sido respondido por todos, com a conferência posterior dos portais eletrônicos. Pela análise quantitativa, dos 34 Tribunais de Contas brasileiros, 5,58% não possuíam sistema de consulta processual, que permite os usuários que possuam o nome da parte ou o número do processo consultar; 52,34% não possuíam sistema de busca de decisões por pesquisa livre (com termos, intervalos de datas, nome de relatores) e 91,18% não possuíam sistema de consulta jurisprudencial, com indexação e tratamento das informações para facilitar a pesquisa. Apenas três possuem todos os sistemas para acesso aos entendimentos da Corte de Contas⁵⁴.

Já pelo aspecto qualitativo, os dados evidenciam situação ainda mais preocupantes. Todos os sites apresentaram algum tipo de problema. Os principais problemas detectados foram: sistema busca muito lento; arquivos não indexados o que ocasiona baixa assertividade nos retornos; exigência de elevado número mínimo de caracteres, impedindo a busca por palavras menores; necessidade de indicar a entidade ou o período da decisão que se está buscando, o que limita sobremaneira o alcance das pesquisas, não disponibilização da íntegra das deliberações ou dos pareceres em que se baseiam ou fazem menção; resultado não sistematizado, sem possibilidade de filtro.

Esse resultado alarmante gerou comoção dos Tribunais, estimulando a reunião de esforços para melhorar os sistemas, com compartilhamento de soluções tecnológicas, criação de um indexador único para todos os Tribunais de Contas brasileiros, capacitações específicas, dentre outras.

A Intosai enumera, na ISSAI 21, como princípio da transparência e *accountability* a ampla divulgação dos resultados e recomendações das atividades de auditoria, bem como as medidas tomadas para seu acompanhamento, in verbis:

⁵³ INSTITUTO RUI BARBOSA (IRB), *Portaria n. 02/IRB/2014*, Dispõe sobre a implantação da Estrutura Organizacional do Instituto Rui Barbosa – IRB, disponível em <http://tcleis.tce.mg.gov.br/Home/DownloadPDF/1136458>, acessado em 2 março de 2016 e INSTITUTO RUI BARBOSA (IRB), *Comitê de Processualística, Súmula e Jurisprudência. Diagnóstico das atividades de jurisprudence nos Tribunais de Contas*, IRB, 2014. (Relatório de pesquisa).

⁵⁴ INSTITUTO RUI BARBOSA (IRB), *Comitê de Processualística, Súmula e Jurisprudência. Diagnóstico das atividades de jurisprudence nos Tribunais de Contas*, IRB, 2014. (Relatório de pesquisa) e INSTITUTO RUI BARBOSA (IRB), *Portaria n. 02/IRB/2014*. Dispõe sobre a implantação da Estrutura Organizacional do Instituto Rui Barbosa – IRB, disponível em <http://tcleis.tce.mg.gov.br/Home/DownloadPDF/1136458>, acessado em 2 março de 2016.

“Princípio 7: As EFS informam publicamente os resultados das suas auditorias e as suas conclusões acerca do conjunto das atividades governamentais.

- As EFS devem divulgar ao público suas conclusões e recomendações emanadas das auditorias, a menos que sejam consideradas confidenciais nos termos das leis e regulamentos especiais.
- As EFS informam sobre as medidas de acompanhamento tomadas com relação às suas recomendações.
- As EFS constituídas como tribunais informam sobre sanções e penalidades impostas responsáveis ou diretores de contabilidade.
- As EFS também relatam publicamente sobre os resultados da auditoria geral, por exemplo, orçamento geral do governo aplicação, a condição financeira e as operações e, em geral progressos gestão financeira e, se incluído no seu quadro jurídico, na capacidade profissional.
- As EFS mantêm forte relação com as comissões parlamentares relevantes para ajudá-los melhor compreender os relatórios e conclusões da auditoria e tomar as medidas adequadas.^{55 56}

Guardada as proporções, tendo em vista a dimensão continental do Brasil⁵⁷ e a já citada dificuldade de integração entre os Tribunais de Contas brasileiros, uma das soluções apontadas no estudo foi a utilização da divulgação das

⁵⁵ INTERNATIONAL ORGANISATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS (INTOSAI), *ISSAI 21 – Principles of Transparency and Accountability - Principles and Good Practice, Approved at XXth Congress of INTOSAI, Johannesburg 2010*, disponível em http://www.issai.org/media/12934/issai_21_e_.pdf, acessado em 2 março de 2016. (tradução e grifo nossos).

⁵⁶ “Principle 7: SAIs report publicly on the results of their audits and on their conclusions regarding overall government activities. - SAIs make public their conclusions and recommendations resulting from the audits unless they are considered confidential by special laws and regulations. - SAIs report on the follow up measures taken with respect to their recommendations. - SAIs constituted as courts report on sanctions and penalties imposed on accounting officers or managers. - SAIs also report publicly on overall audit outcomes, e.g. the government’s overall budget implementation, financial condition and operations and, overall financial management progress and, if included in their legal framework, on professional capacity. - SAIs maintain a strong relationship with relevant parliamentary committees to help them better understand the audit reports and conclusions and to take appropriate action”. INTERNATIONAL ORGANISATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS (INTOSAI). *ISSAI 21 – Principles of Transparency and Accountability - Principles and Good Practices*. Approved at XXth Congress of INTOSAI, Johannesburg 2010, Cit., p.9.

⁵⁷ Mesmo algumas unidades subnacionais enfrentam dificuldades de consolidação em decorrência do número de jurisdicionados. O Estados de São Paulo e de Minas Gerais, por exemplo, são divididos em 645 e 853 municípios, respetivamente.

recomendações destacadas da deliberação, em portal que permita a pesquisa de todas em um único local, tal qual a síntese das principais recomendações formuladas, da maneira como é divulgada pela Corte portuguesa⁵⁸.

Outros apontamentos realizados referem-se o baixo índice de cumprimento das recomendações, constatado pela reiteração das recomendações, e necessidade de simplificação da linguagem empregada para que seja acessível a todos os jurisdicionados e à própria população.

Ademais, a Intosai enumera como boa prática o envio de comunicado oficial a novos membros das comissões parlamentares relatando casos em que o governo não tomou medidas como recomendado nos relatórios de auditoria anteriores^{59/60}

Além dos jurisdicionados, é direito do cidadão conhecer o entendimento dos tribunais para que possa exigir seus direitos perante seus representantes. E esse direito tem sido violado reflexamente pelo desrespeito ao direito de informação, de publicidade e de transparência na gestão da coisa pública, que podem ser materializados no princípio da prestação de contas. Mourão et al⁶¹ lecionam que:

“Sendo pressuposto de um estado democrático de direito o pleno exercício e gozo de direitos fundamentais, sobressai-se dentre eles o direito de exigir dos responsáveis a prestação de contas de seus atos, submetendo-os ao crivo da legalidade, economicidade, moralidade, utilidade, impessoalidade e de outros princípios que norteiam a administração pública, por meio de um órgão autônomo e independente, dotado de capacitação técnica para o pleno exercício de tão importante mister”.

O controle social decorre da vontade do povo e de um dever intrínseco do Estado de prestar contas⁶². Assim, indispensável que as decisões sejam sub-

⁵⁸ As principais recomendações formuladas do Tribunal de Contas de Portugal, dos anos de 2011 e seguintes, estão disponíveis no portal eletrônico do Tribunal (<http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/sintese-1s/sintese-cap2.shtm>) sintetizadas em enunciados e classificadas por temas.

⁵⁹ INTERNATIONAL ORGANISATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS (INTOSAI). ISSAI 21 – Principles of Transparency and Accountability - Principles and Good Practices. Approved at XXth Congress of INTOSAI, Johannesburg 2010, Cit., p.10.

⁶⁰ “A number of SAIs provide letters to new members of parliamentary committees highlighting instances where the government had not taken action as recommended in prior audit reports. This is done subsequent to every election, recognizing that there are many new members of Parliament”. (INTOSAI, 2010, p. 10).

⁶¹ MOURÃO, Licurgo *et al*, “Controle da Administração Pública”, Cit., pp.1074-1075.

⁶² PÍTICA, George Brasil Paschoal, *A jurisprudência dos Tribunais de Contas: princípios e elementos determinantes com vistas à integração*, Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Vale de Itajaí, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2014, p.23.

metidas ao debate público, enquanto instância última de controle, no paradigma do Estado Democrático de Direito⁶³.

5. Conclusão

Os Tribunais de Contas têm importante papel no exercício do controle externo da Administração Pública, que vai muito além da simples punição do mau gestor, envolvendo ações de caráter preventivo e pedagógico, com a finalidade de suprimir e evitar futuras ilegalidades.

Para que essa atuação seja efetiva e não se torne meros “palpites infelizes” - que melhor seriam se não houvessem sido manifestados - é indispensável que sejam amplamente divulgados para que os gestores atuais e futuros tenham conhecimento das boas práticas e entendimentos das Cortes de Contas.

As formas de divulgação identificadas nos portais dos Tribunais de Contas brasileiros estão muito longe de atingir a necessária transparência necessária à efetivação da boa governança pública e do adequado estímulo ao controle social.

Após a divulgação dos diagnósticos do Comitê de Processualística, Súmula e Jurisprudência do IRB, muitos Tribunais brasileiros têm se esforçado na adequação das ferramentas de tecnologia para divulgar suas decisões, além de reforçar as formas de divulgação como cursos, informativos e boletins de jurisprudência, além de cartilhas e manuais ofertados aos jurisdicionados.

No mesmo sentido, merece destaque a prática do Tribunal de Contas português de divulgar as recomendações compiladas descritas em formato de tópicos e classificadas por assunto. Essa forma de divulgação é mais adequada para esse tipo de atividade, pois, diferentemente do material impresso, permite constante atualização e divulgação de eventuais mudanças de entendimento.

Diante da dificuldade em que o Tribunal de Contas exija o cumprimento das recomendações, necessária a adoção de políticas coesas de transparência ativa, para que o cidadão, a partir dos portais eletrônicos das recomendações já exaradas, possa acompanhar o cumprimento pelos gestores públicos. Essa seria uma forma de evitar que elas caíam no vazio, cheguem aos futuros gestores (não apenas àquele que se encontrava no cargo no momento em que houve a deliberação), e possam auxiliar no efetivo planejamento governamental.

⁶³ ELIAS, Gustavo Terra, *O controle da publicidade e a publicidade do controle: proposta de aprimoramento do Estado democrático por meio da contribuição dos Tribunais de Contas para a realização do debate público sobre a gestão pública*, Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014, p.169.

