



Dizer o Direito: o papel dos tribunais no século XXI

Coleção Atas



UMinho Editora



UMinho Editora
Atas

COORDENAÇÃO
Clara Calheiros
Mário Monte
Anabela Gonçalves
Assunção Vale Pereira

COORDENAÇÃO EDITORIAL
Manuela Martins

FOTO CAPA
Mitchell Lucas/Pexels

DESIGN
Tiago Rodrigues

PAGINAÇÃO
Carlos Sousa | Bookpaper

IMPRESSÃO e ACABAMENTOS XXX

EDIÇÃO UMinho Editora

LOCAL DE EDIÇÃO Braga 2021

DEPÓSITO LEGAL N.º XXX

ISBN impresso 978-989-8974-37-2

ISBN digital 978-989-8974-38-9

DOI <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30>

Os conteúdos apresentados (textos e imagens) são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores.
© Autores. Esta obra encontra-se sob a Licença Internacional Creative Commons Atribuição 4.0

Dizer o Direito: o papel dos tribunais no século XXI

Não foi imposta a utilização do novo acordo ortográfico aos autores.



Sumário	4
Apresentação	7
Comunicações	9
<i>Os tribunais comunitários como mecanismos de promoção do pluralismo jurídico e reforço às justiças (in)formais em Moçambique</i> , Amadeu Elves Miguel	11
<i>Conflitos Relativos à Proteção de Dados na Rede Mundial de Computadores: Bem Imaterial versus Direito</i> , Amanda Cunha e Mello Smith Martins	19
<i>O Arrependido Colaborador: Uma Nova Exigência no (ainda) Admirável Mundo Novo</i> , Ana Raquel Conceição	27
<i>O papel do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos tribunais nacionais num mundo globalizado</i> , Ana Sofia Carvalho e Isabel Restier Poças	35
<i>Breve Análise do Rapto Internacional de Crianças na Jurisprudência Portuguesa</i> , Anabela Susana de Sousa Gonçalves	43
<i>A natureza (não) jurisdicional do sistema de resolução de litígios da OMC</i> , Andreia Barbosa	51
<i>Políticas de Saúde Pública, Impostos sobre as bebidas alcoólicas e com açúcar e do tabaco em Portugal</i> , Carlos Rodrigues	59
<i>Responsabilidade Civil entre os Cônjuges – O Afastamento da Fragilidade da Garantia e o Papel dos Tribunais</i> , Cristina Manuela Araújo Dias	69
<i>A Proteção das Crianças na Internet: Uma Reflexão sobre as Responsabilidades Parentais e o Fenómeno Sharenting</i> , Daiane Pompeo Barcelos e Larissa Franzoni	77
<i>Gestação de Substituição Transfronteiriça à Luz da Jurisprudência do TEDH: Algumas Reflexões</i> , Diana Coutinho	83
<i>O papel do ministério público no processo de inventário na defesa dos interesses de herdeiros incapazes e ausentes – o antes e o após a lei n.º 117/2019, de 13 de setembro: uma reflexão</i> , Diana Leiras	89
<i>O Papel dos Tribunais Ordinários no Âmbito da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: A Articulação entre a Interpretação Pro Homine e o Controlo de Convencionalidade?</i> , Filipe Venade de Sousa	97
<i>O Direito Internacional Privado e a Proteção do Consumidor em Serviços de Transporte Aéreo</i> , Inês Lopez	103

<i>O enfraquecimento de princípios constitucionais através de comunicações estratégicas: analisando o impacto da operação Lava-jato na modulação dos efeitos do princípio da “presunção de inocência” no Brasil,</i> João Araújo Monteiro Neto	111
<i>Mecanismos alternativos de resolução de litígios em matéria fiscal internacional,</i> João Sérgio Ribeiro	119
<i>O tratamento jurisprudencial dos direitos da personalidade em chave de género,</i> Julia Ammerman Yebra	127
<i>O Direito Brasileiro no Mundo Globalizado: Os Desafios do Poder Judiciário ao Promover o Bem-Estar Social e os Direitos Humanos em suas Decisões,</i> Karine Somavilla Manfio	133
<i>Cooperação judiciária internacional entre países lusófonos em matéria probatória civil e comercial – estado da arte e perspectiva futura,</i> Lurdes Varregoso Mesquita	141
<i>A segurança no tratamento de dados no sistema judicial, em Portugal e no Brasil,</i> Manuel David Masseno	149
<i>O processo estrutural e a maximização da tutela jurisdicional: uma visão policêntrica,</i> Marcílio Barenco Corrêa de Mello	157
<i>A criança vítima (autónoma) do crime de violência doméstica – dúvidas e perspectivas à luz da norma penal e da prática judiciária,</i> Margarida Santos	165
<i>A legitimidade democrática da Justiça constitucional,</i> Maria Hylma Alcaraz Salgado	173
<i>A exigência de uma abordagem interdisciplinar no crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência praticado contra indivíduos com deficiência intelectual,</i> Maria João Lourenço	181
<i>O labor do Tribunal de Xustiza da Unión Europea na protección dos consumidores no ámbito bancario á luz da sentencia (Sala Cuarta) de 16 de xullo de 2020,</i> Marta Otero Crespo	191
<i>Programa “Tempo de Justiça”: Análises Quali-Quantitativas dos Acórdãos Decorrentes de Julgamento de Recurso em Sentido Estrito no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará,</i> Nestor Eduardo Araruna Santiago, Juliana Maria Borges Mamede, Ítalo Farias Braga, Bianca Maria Simão Franco e Lyara Maria Peres Ximenes	199
<i>Violência, Poder e Decisão Judicativa,</i> Pedro Jacob Morais	207
<i>O papel contramajoritário da jurisdição constitucional e o desafio na comunicação das decisões do Supremo Tribunal Federal,</i> Raquel Botelho Santoro	213

<i>A Suspensão da Prescrição no Âmbito do Casamento e da União de Facto – Descubra as Diferenças</i> , Rossana Martingo Cruz	221
<i>Tribunais Nacionais, Internacionais e Paraestatais: Os Novos Conflitos de Jurisdição</i> , Solano de Camargo	227
<i>A Interdisciplinaridade em Direito Tributário: As Normas de Impacto Tributário Contidas em Diplomas Atinentes a Outros Ramos do Direito</i> , Tânia Meireles da Cunha	235

Nota de Apresentação

Este livro de actas recolhe comunicações apresentadas ao 7º Congresso Internacional Direito na Lusofonia, cujo tema geral adoptado foi “Dizer o Direito: o papel dos Tribunais no séc. XXI”, tendo a sua realização, em versão exclusivamente online, sido prevista para os dias 21 a 25 de Junho de 2021.

Em primeiro lugar, importa situar a iniciativa: o Congresso “Direito na Lusofonia” é um evento organizado pela Escola de Direito, mas com o intuito de congregar juristas de todos os espaços geográficos em que a língua portuguesa foi - e ainda é - veículo de construção normativo-jurídica. Por essa razão, o Congresso tem sido celebrado anualmente, mas alternando a sua sede entre a Escola de Direito e outras instituições localizadas noutros pontos do globo. Esta colaboração estreita entre juristas lusófonos tem vindo a produzir frutos ao longo dos anos, de que a constituição, em 2019, da Rede de Investigação em Direito Lusófono, com o intuito de apoiar jovens investigadores lusófonos e dinamizar a investigação jurídica em língua portuguesa, é o melhor exemplo. O objectivo do Congresso não é a celebração do passado, mas sim o incentivo ao debate dos problemas do presente, a partir de uma partilha de perspectivas distintas, mas veiculadas em português e construídas desde um legado jurídico-histórico comum.

Por isso mesmo, o tema geral escolhido para esta edição do Congresso foi, como atrás se mencionou, o papel dos Tribunais no século XXI. Com efeito, acreditamos ser hoje essencial debater a aplicação judicial do direito, não só pelos desafios que encontra num mundo cada vez mais complexo, mas também porque estamos já demasiadamente distantes dos paradigmas dogmáticos que nos transmitiram uma imagem de um juiz destinado a ser somente *la bouche de la loi* (MONTESQUIEU). A esta representação do papel dos Tribunais na realização do Direito contrapomos a dos juristas da Antiguidade Clássica, o *ius dicere*, que traduzimos no título do Congresso, e que convoca a verdadeira dimensão constitutiva do Direito na sua concretização judicativo-decisória. Como poderá o leitor verificar, lendo a obra que agora se lhe oferece, desta avenida principal derivam múltiplas possibilidades de análise, suscitadas pela miríade de problemas que a diversidade da vida (quase infinita e sempre surpreendente!) coloca aos juristas de todos os tempos e lugares. As comunicações aqui reunidas, que ainda assim não esgotam todas as apresentadas, constituem-se como veredas, ruas, alamedas, que convergem para esse canal temático principal, desdobrando o tema central para as suas implicações ao nível do direito internacional privado, do direito da família, do direito tributário, do direito penal, do direito comercial, do direito internacional público, da teoria do direito, do direito constitucional, e um longuíssimo etc. Acresce a esta diversidade temática, a pluralidade de contributos desde a perspectiva geográfica da sua origem.

A realização da sétima edição do Congresso tem a novidade de ter lugar em versão exclusivamente online. Efectivamente, todas as anteriores edições do Congresso foram presenciais, tendo tido lugar em Braga (Portugal), Luanda (Angola), Brasília (Brasil) e Fortaleza (Brasil). A pandemia obrigou, em primeiro lugar, ao adiamento da realização desta edição do Congresso, originalmente prevista para o ano de 2020, e depois à sua conversão segundo um modelo de evento telemático, cuja maior dificuldade foi encontrar a faixa horária que permitisse a mais ampla participação, superando a diversidade dos fusos horários, desde Timor, a Maputo, a Brasília, a Lisboa, etc. Acreditamos no regresso do Congresso ao formato presencial, já no próximo ano de 2022. No entanto, o recurso às participações por via telemática deve continuar no futuro, pois facilita a participação de um maior número de juristas, em vista das dificuldades de deslocação que muitas vezes se constituem como obstáculo principal àquela mesma participação.

Por último, importa deixar aqui registado o nosso agradecimento, em primeiro lugar, a todos aqueles que aceitaram o nosso desafio para participarem, com as suas comunicações, no nosso Congresso. É sempre emocionante verificar, em cada edição do Congresso, a confiança depositada na nossa organização. Sem esta adesão, que nos chega verdadeiramente dos quatro cantos do mundo, não haveria Congresso e o nosso esforço e empenho seria destituído de sentido. Tem sido esta a maior recompensa para os membros da Comissão Organizadora, que se vêm mantendo já desde a primeira edição, sempre unida e motivada pelo entusiasmo com que o evento é recorrentemente recebido.

A este agradecimento é necessário e justo que se junte outro dirigido a todas as instituições que vêm apoiando o Congresso e viabilizando, do ponto de vista material, a sua realização: o Centro de Investigação em Justiça e Governança (JusGov), que assume a responsabilidade principal pela sua realização, tendo-o integrado no seu programa de actividades plurianual, com financiamento da Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT); a Escola de Direito da Universidade do Minho, patrocinadora do evento; a UMinho Editora, que aceitou gentilmente publicar as actas da presente edição, o que muito nos prestigia.

A todos, de coração, o nosso bem haja!

Resta-nos desejar, a todos os leitores, excelentes leituras, e fazer votos de que nos aguardem, no futuro, outras edições do Congresso, em que todos nos possamos voltar a abraçar!

A Comissão Organizadora,

Clara Calheiros

Mário Monte

Anabela Gonçalves

Assunção Vale Pereira

Comunicações

Os Tribunais comunitários como mecanismos de promoção do pluralismo jurídico e reforço às justiças (in)formais em Moçambique

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.1>

Amadeu Elves Miguel

Professor Assistente de Direito Processual Penal
na Academia de Ciências Policiais (ACIPOL) - Moçambique

1. Considerações preliminares: os hábitos e costume tradicionais de resolução de conflitos e as legitimidades das justiças comunitárias em Moçambique

É prática em comunidades moçambicanas, especificamente aquelas distantes do meio urbano, para a resolução de conflitos, seguirem os costumes adotados pelas tribos ou etnias das quais fazem parte¹. Quaisquer formas de relação, organização social e solução de litígios, estão em conformidade com a cultura², práticas e tradições locais. Grosso modo, essas práticas são reguladas por normas que se mantêm pelo costume³ ou pela tradição, com grande diversidade, uma vez que cada grupo tem as suas próprias regras⁴.

Entretanto, desde que Moçambique se estabeleceu como província ultramarina de Portugal (até o ano de 1975), introduziu-se o sistema jurídico da “metrópole”, portanto, o sistema jurídico romano-germânico. Contudo, nunca se concluiu a troca do sistema africano pelo europeu, tendo-se apenas comprovado superposições de componentes de um sistema no outro. É assim que Moçambique mantém seus hábitos

1 PEREIRA, Alberto Feliciano Marques – *A Arte e a Natureza em Moçambique*. Vol. I. Lourenço Marques, no livro não há menção a editor, 1966.

2 A cultura, ainda nas palavras de Jorge MIRANDA abrange a língua e as diferentes formas de linguagem e de comunicação, os usos e Costumes quotidianos, a religião, os símbolos comunitários, as formas de apreensão e de transmissão de conhecimentos (...).” MIRANDA, Jorge – *Notas Sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais*. Lisboa: “Direito”, n.º 138º, IV, 2006.

3 “Costume é o que se faz por hábito, o que se usa habitualmente. Consiste numa série repetida e uniforme de atos ou omissões, com que, por uma espécie de acordo tácito, as populações regulam determinadas relações ou situações jurídicas.” PELÁGIO, António – *Os Costumes e as Tradições Culturais Como Fundamento da Lei*. “Revista do Centro de Investigação Sobre Ética Aplicada (CISEA)”, Angola, n.º 4 – agosto 2013.

4 Importa lembrar que Moçambique tem no mínimo 23 grupos étnicos.

e costumes de resolução de conflitos e os cidadãos recorrem às chamadas Justiças Comunitárias, para a solução de conflitos.

Em relação à multietnicidade e coabitação desses diferentes mecanismos de solução de conflitos, regra geral, os cidadãos recorrem às justiças comunitárias, sobretudo, autoridades tradicionais, Tribunais Comunitários, entre outras, para a solução de conflitos. Conforme Boaventura de Sousa SANTOS, isto se deve, “por um lado, à natureza fragmentada por várias etnias e culturas dos países africanos, à distância cultural dos sistemas judiciais impostos pela colonização europeia em relação aos cidadãos e a grande diversidade linguística da população”⁵ e, acrescentamos nós, à facilidade e simplicidade desses mecanismos tradicionais/justiças comunitárias, bem como à ligação com a cultura das comunidades, o que lhes confere um grande grau de legitimidade.

Por causa dessa legitimidade e do seu papel, ao longo dos tempos, durante a administração colonial, as autoridades tentaram a todo custo – sem sucesso – dissolver o poder da autoridade tradicional. A esse propósito, Sara Araújo, pontua que,

Ainda que a colonização tendesse a endurecer um direito costumeiro e impusesse uma forma de atuação às autoridades tradicionais, nunca conseguiu dominar todos os espaços, pois, houve sempre margens de aversão. As autoridades tradicionais aliadas ao poder colonial não impuseram imprudentemente um direito, com receio de se deslegitimarem totalmente perante a Sociedade.⁶

“Estas são ardilosas” nos dizeres de André José⁷ ou “elásticas” conforme Van Nieuwaaal⁸ e, por isso, encontraram sempre espaços de atuação autónoma e por conseguinte, mantiveram a sua legitimidade.

Como resultado dessa legitimidade das chamadas justiças comunitárias, o “novo Estado”, surgido a partir de 1975, reconheceu – ainda que muito tempo depois –, os Tribunais Comunitários, como forma de valorização das justiças comunitárias pelo direito formal/estatal, no âmbito da reforma do sistema judicial ocorrida em 1992, em consequência da revisão constitucional de 1990. Estes tribunais constituem, mecanismos indispensáveis para a viabilização da justiça, sendo tribunais oficiais, uma

5 SANTOS, Boaventura de Sousa – *The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique*. “Law & Society Review”, 2006, pp. 39-76.

6 ARAÚJO, Sara – *Acesso à Justiça e Pluralismo Jurídico em Moçambique*. Resolução de litígios no bairro «Jorge Dimitrov». VI Congresso Português de Sociologia. Universidade Nova de Lisboa, Série 62, jun./2008, p. 5-6.

7 JOSÉ, André Cristiano – *Autoridades Ardilosas e Democracia em Moçambique*. Maputo: “Revista electrónica dos Programas de Mestrado e Doutoramento do CES/FEUC/FLUC”, 2005, Maputo, n.º 1.

8 NIEUWAAL, E. Van. Adriann B. van Rouveroy – *States and Chiefs. Are chiefs mere puppets?* “Journal of Legal Pluralism”, 1996, 37-38, pp. 39-78.

vez criados por lei, mas ao mesmo tempo fora destes⁹, constituindo-se em entidades jurídicas híbridas.

2. O processo de herança do sistema jurídico português, o panorama geral da organização judiciária no “Novo Estado” e o lugar das justiças comunitárias

Como se sabe, a evolução dos sistemas jurídicos é consequência de fenómenos *de recepção ou transplante*, de ordens jurídicas estrangeiras ou passadas¹⁰. Conforme já referido, “apesar desse fenómeno de *transplante jurídico*, tanto em Moçambique, como em outros países africanos, nunca se concluiu a troca de um sistema para o outro, tendo-se apenas recorrentemente comprovado superposições de componentes dos diferentes arquétipos jurídicos”¹¹. Porém, muito embora desde que Moçambique passou a ser província ultramarina se tenha introduzido, através desse fenómeno de *transplante jurídico*, o sistema jurídico de Portugal, portanto, o Romano-germânico, a história do direito moçambicano inicia-se à partir do período da proclamação da independência, justamente em 25 de junho de 1975, pois, foi nessa data em que Moçambique se tornou sujeito de Direito Internacional Público, com todos os requisitos necessários de um Estado soberano, nomeadamente, território, povo e poder político.

Com o “novo Estado”, de orientação socialista, previu-se a construção de uma sociedade completamente nova. Tratou-se, nos dizeres de Severino NGOENHA e José CASTIANO da primeira república¹², que se descrevia como pretendente da institucionalização de um sistema judiciário diferente do anterior, que fosse abrangente em todo território e que levasse em conta as formas comunitárias de resolução de conflitos¹³.

Desse modo, a partir das chamadas justiças populares, foi aprovada em 1978 a Lei Orgânica dos Tribunais Populares, Lei n.º 12/78, de 12 de dezembro, que estabelecia que os juízes de carreira, isto é, os formados deveriam trabalhar lado a lado com

9 Há uma questão que deve ser levantada, relativa à função jurisdicional, pois, entendemos que nos termos do n.º 1 e 2 do art. 212º da CRM, há imposição de um legalismo excessivo, contrariamente ao art. 2º e 3º da Lei n.º 4/92, de 6 de maio, Lei dos Tribunais Comunitários. Em outras palavras, o facto de estes Tribunais serem oficiais, isto é, enxertados no próprio sistema judiciário e ao mesmo tempo estarem fora dele, pode criar uma certa confusão e correr-se o risco de se pôr em causa a essência e os objectivos para os quais esses Tribunais foram criados.

10 VICENTE, Dário Moura – *O Lugar Dos Sistemas Jurídicos Lusófonos entre as Famílias Jurídicas*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque. Coimbra, 2010, pp. 401-429. Boaventura SANTOS refere-se a outras designações, tais como, *contaminação e infiltração jurídica*. SANTOS, Boaventura de Sousa. *The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique*. “Law & Society Review”, 2006, pp. 39-76.

11 SANTOS, Boaventura de Sousa. *The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique*. Law & Society Review, 2006, pp. 39-76.

12 NGOENHA, Severino; CASTIANO, José – *Manifesto por uma Terceira Via*. Maputo: Real Design, 2019, pp. 3-4.

13 ARAÚJO, Sara e JOSÉ, André Cristiano – *Pluralismo Jurídico, Legitimidade e Acesso à Justiça*. Instâncias comunitárias de resolução de conflitos no Bairro de Inhagoia “B” – Maputo”. Coimbra: “Oficina do CES”, 284, 2007.

aqueles juízes eleitos pela comunidade. Em baixo da pirâmide estavam os tribunais de localidades e de bairros que deviam funcionar só e somente com os juízes eleitos pela comunidade, que iriam julgar pequenas infrações, decidindo na base da concórdia e do bom senso. Com isto, o que o “novo Estado” pretendia era constituir um sistema jurídico unitário, diferente do dualista, com base nas peculiaridades dos usos africanos¹⁴. Posteriormente a Constituição de 1990 viria a ser revista, tendo sido, em nosso entender, a mais importante revisão, entre todas as constituições, pois trouxe mudanças profundas.

3. Os Tribunais comunitários como mecanismos de promoção do pluralismo jurídico e reforço das justiças comunitárias

Conforme visto, os cidadãos recorrem – às formas tradicionais e hábitos locais de resolução de conflito. Os tribunais comunitários surgiram como forma de valorização pelo direito estatal dessas formas tradicionais, no âmbito da reforma do sistema judicial em Moçambique, ocorrida em 1992, como corolário da revisão constitucional de 1990. Estes tribunais foram criados com objetivo de substituir o trabalho que até então era feito pelos chamados tribunais populares, no período de 1978 a 1992.

Os Tribunais Comunitários constituem, portanto, mecanismos indispensáveis para a viabilização da justiça e valorização das formas comunitárias de resolução de conflitos, enxertados no próprio sistema judiciário, sendo tribunais oficiais, uma vez criados por lei, mas ao mesmo tempo fora destes¹⁵.

Se por um lado, como se disse, estes tribunais têm cobertura e reconhecimento legal na organização judiciária (de base), a lei estabelece que sua operacionalidade funciona fora dessa organização, assente nos valores culturais comunitários. De acordo com o preâmbulo da Lei dos Tribunais Comunitários, “as experiências colhidas pela justiça comunitária indicam para a necessidade da sua valorização e aprofundamento, considerando a diversidade étnica e cultural da sociedade moçambicana.” Estes tribunais são entidades jurídicas híbridas em que se levam em consideração princípios do direito estatal e do direito consuetudinário.

No processo da reforma do sistema judicial, em 1992 foi aprovada uma nova lei orgânica dos tribunais judiciais, a Lei n.º 10/92, de 6 de maio. Esta lei instituiu os tribunais distritais como tribunais de base, excluindo deste modo os tribunais de localidade e de bairro (tribunais populares, etc.), como parte do sistema. Todavia, dado

14 TRINDADE, João Carlos – *Rupturas e continuidades nos processos políticos e jurídicos*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa e TRINDADE, João Carlos. *Conflito e Transformação Social: uma paisagem das justiças moçambicanas*. Vol. II. Porto: Edições Afrontamentos, 2003, pp. 97-128. Vide também GOMES, Conceição; FUMO, Joaquim; MBILANA, Guilherme; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Os Tribunais Comunitários*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa e TRINDADE, João Carlos (org.), *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*. Vol II, Porto: Afrontamento, 2003, pp. 189-340.

15 BUCHILI, Beatriz da Consolação – *O Pluralismo Jurídico e a Realidade Sociocultural de Moçambique*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Faculdade de Direito – Universidade do Rio Grande do Sul, 2006.

o papel fundamental destes, no mesmo ano, foram criados os Tribunais Comunitários suprindo-se assim a lacuna deixada pelos tribunais populares e de bairro. Por conseguinte, a Lei n.º 4/92, de 06 de maio, criou os Tribunais Comunitários, como parte de instâncias locais de resolução de conflitos, mas fora do sistema judicial.

Em termos de objetivos, estes tribunais têm a responsabilidade de:

- a) contribuir para a edificação de um Estado justo;
- b) defesa e salvaguarda de direitos fundamentais;
- c) estabilidade social e valorização e promoção de hábitos e costumes tradicionais e;
- d) demais valores sociais e culturais, conforme estabelecido na lei em referência que os constitui.

Os Tribunais Comunitários porque vieram de certa forma substituir os tribunais populares, acabam tendo que quase a mesma característica, que é conhecerem apenas conflitos de pequena gravidade, cuja solução – *prima facie* – passa pela reconciliação.

Quanto a sua composição, o n.º 1 do art. 7º da lei em referência, indica que os Tribunais Comunitários devem ser constituídos por oito membros, sendo cinco efetivos e três suplentes. Vale mencionar que estes tribunais herdaram um pequeno número de juizes e as infraestruturas que funcionavam os tribunais populares, como foi estabelecido no n.º 2 do art. 15º da Lei n.º 4/92, de 06 de maio.

4. Para concluir

As peculiaridades históricas e socioculturais de África e de Moçambique concedem forte legitimidade às justiças comunitárias. Com efeito, as diversas formas de justiças comunitárias, de âmbito informal e tradicional mostram-se adequadas, pela proximidade com os cidadãos, celeridade e ajustamentos aos contextos culturais específicos, contrariamente à chamada justiça formal que é considerada bastante “técnica”, de difícil acesso, burocrática e, por conseguinte, morosa¹⁶.

As justiças comunitárias se assentam em princípios culturais e hábitos e costumes aceites e adequados às realidades socioculturais, com baixos custos, que ruflam à mediação e conciliação. Hoje são várias as instâncias de justiças comunitárias em Moçambique.

Entre os vários mecanismos de justiças comunitárias, estão os Tribunais Comunitários, desempenham um importante papel na solução de conflitos locais, quer pela facilitação processual, onde se privilegia a oralidade e a sua “eficiência” na resolução de diferendos.

16 VANDERLINDEN, Jacques – *Le pluralisme juridique*. In: “Essai de Synthèse”. Bruxelles: Université de Bruxelles, 1972, pp. 19-20.

Nestes tribunais, a resolução de conflitos é rápida e simplificada, levando rapidamente as partes à uma decisão final, num espaço de tempo muito mais curto do que o que normalmente ocorre nos tribunais judiciais. A título exemplificativo, o n.º 1 do artigo 1º da Lei dos Tribunais Comunitários, diz que: “Os Tribunais Comunitários procurarão que em todas as questões que lhe sejam levadas ao seu conhecimento as partes se reconciliem”. Isto mostra que o espírito destes tribunais deve ser o de procurar a reconciliação entre as partes, atuando como tribunais reconciliatórios e não punitivos, tendo por escopo a manutenção da harmonia social nas comunidades.

Na mesma senda, o n.º 2 do artigo 1º, da mesma lei, ressalva que, “em caso de ausência de consenso os Tribunais Comunitários devem julgar de acordo com a equidade, bom senso e Justiça.” Se mesmo assim, prevalecerem controvérsias, o caso será remetido ao tribunal judicial dessa jurisdição ou da jurisdição mais próxima, em função da natureza da controvérsia, para que esta seja analisada e julgada à luz do direito estatal. Como se pode vislumbrar, está aqui patente o princípio da subsidiariedade entre os dois sistemas (comunitário e estatal).

- PEREIRA, Alberto Feliciano Marques – *A Arte e a Natureza em Moçambique*. Vol. I. Lourenço Marques, s/n, 1966.
- MIRANDA, Jorge – *Notas Sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais*. “Direito”, Lisboa, 2006, n.º 138º, IV.
- PELÁGIO, António – *Os Costumes e as Tradições Culturais Como Fundamento da Lei*. “Revista do Centro de Investigação Sobre Ética Aplicada (CISEA)”, Angola, agosto 2013, n.º 4.
- SANTOS, Boaventura de Sousa – *The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique*: “Law & Society Review”, 2006, pp. 39-76.
- ARAÚJO, Sara – *Acesso à Justiça e Pluralismo Jurídico em Moçambique*. Resolução de litígios no bairro «Jorge Dimitrov». VI Congresso Português de Sociologia. Universidade Nova de Lisboa, Série 62, jun./2008, Série 62.
- JOSÉ, André Cristiano – *Autoridades Arditosas e Democracia em Moçambique*. Maputo: “Revista electrónica dos Programas de Mestrado e Doutoramento do CES/FEUC/FLUC”, 2005, n.º 1.
- NIEUWAAL, E. Van; ROUVEROY, Adrian B. Van – *States and Chiefs. Are chiefs mere puppets?* “Journal of Legal Pluralism”, n.º. 37-38, pp. 39-78, 1996.
- VICENTE, Dário Moura – *O Lugar Dos Sistemas Jurídicos Lusófonos entre as Famílias Jurídicas*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque. Coimbra, 2010, pp. 401-429.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado Heterógeno e o Pluralismo Jurídico*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa e TRINDADE, João Carlos. *Conflito e Transformação Social: uma paisagem das justiças moçambicanas*. Vol. II. Porto: Edições Afrontamentos, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa – *The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique*: “Law & Society Review”, 2006, pp. 39-76.
- NGOENHA, Severino; CASTIANO, José – *Manifesto por uma Terceira Via*. Maputo: Real Design, 2019.
- ARAÚJO, Sara e JOSÉ, André Cristiano – *Pluralismo Jurídico, Legitimidade e Acesso à Justiça. Instâncias comunitárias de resolução de conflitos no Bairro de Inhagoia “B”*. Maputo: Coimbra: “Oficina do CES”, 2007, n.º 284.
- TRINDADE, João Carlos – *Rupturas e continuidades nos processos políticos e jurídicos*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa e TRINDADE, João Carlos. *Conflito e Transformação Social: uma paisagem das justiças moçambicanas*. Vol. II. Porto: Edições Afrontamentos, 2003, pp. 97-128.
- GOMES, Conceição; FUMO, Joaquim; MBILANA, Guilherme; SANTOS, Boaventura de Sousa – *Os Tribunais Comunitários*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa e TRINDADE, João Carlos (org.), *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*. Vol II, Porto: Afrontamento, 2003, pp. 189-340.
- BUCHILI, Beatriz da Consolação – *O Pluralismo Jurídico e a Realidade Sociocultural de Moçambique*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Faculdade de Direito – Universidade do Rio Grande do Sul, 2006.
- VANDERLINDEN, Jacques – *Le pluralisme juridique*. In: «Essai de Synthèse». Bruxelles: Université de Bruxelles, 1972, p. 19-20.

Conflitos relativos à proteção de dados na rede mundial de computadores: bem imaterial *versus* Direito

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.2>

Amanda Cunha e Mello Smith Martins

Mestre

Universidade de São Paulo

1. Introdução

Ao realizar-se o enquadramento da questão jurídica analisada, passa-se necessariamente pela conceituação e pela classificação, momento no qual os dados pessoais podem ser entendidos sob duas perspectivas distintas. Por um lado, na condição de bem imaterial, o que, a princípio, permitiria a venda ou cessão dos dados, tidos como disponíveis. Por outro, na condição de direito (indisponível), correspondendo a ele um dever de proteção por parte dos responsáveis pela coleta, transmissão ou tratamento dos dados.

União Europeia e Estados Unidos são as duas maiores referências mundiais quanto a dados pessoais. Enquanto no primeiro caso a proteção de dados é tida como um direito fundamental, no segundo a visão adotada possui viés contratualista, no sentido de que, diferente dos direitos fundamentais, os dados seriam bens imateriais, passíveis de venda ou cessão.

O Brasil, por sua vez, está nos primeiros meses de vigência de sua própria legislação protetiva de dados, espelhada no Regulamento europeu de 2016. Episódios recentes no país, contudo, colocam à prova a suposta adoção da visão segundo a qual a proteção de dados pessoais seria um direito fundamental.

2. Proteção de dados: direito fundamental ou bem imaterial?

Nas considerações que inauguram o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (Regulamento EU 2016/679) já surge expressamente a natureza de bem imaterial dos dados pessoais, a título de premissa para tudo o que segue: “A proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental”.

No Brasil, existe disposição semelhante na legislação protetiva de dados, colocando a liberdade e a privacidade como direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado anteriormente reconhecendo de que a proteção de dados, em si, possui tal condição de direito fundamental, e o tema se tornou objeto de comitê específico em março deste ano.

O comitê tem como objetivo identificar e implementar medidas para ajuste de procedimentos da Corte à Lei n.º 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados, ou LGPD), “visando proteger direitos fundamentais da população, como liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade”.

Assim, pode-se dizer que o Brasil e a União Europeia são dois exemplos daquela segunda concepção de dados pessoais, atrelada à indisponibilidade, e colocada como um direito fundamental. Cumpre lembrar, contudo, que direito à proteção de dados, na condição de direito fundamental, é um conceito em constante e rápida evolução, e pode adquirir contornos diferentes dependendo do contexto envolvido. Nesse sentido, mesmo dentro do âmbito da União Europeia é possível encontrar visões distintas sobre a proteção de dados e sobre a privacidade, observando-se, em caso de divergência, as disposições da Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

Os Estados Unidos, por outro lado, são comumente citados como exemplo da visão oposta, que privilegia a autonomia do indivíduo, permitindo que disponha sobre os dados livremente, inclusive quanto à sua cessão.

Cumpre questionar até que ponto Estados Unidos e União Europeia divergem quanto à qualificação dos dados pessoais, em um mundo cada vez mais conectado, e ultrapassado o episódio que deu origem ao *Safe Harbor Agreement*, com a interrupção abrupta da transferência de dados entre ambos.

De fato, o ocorrido em 2015 representou o ápice de tais divergências: conforme estas se tornaram um obstáculo para a continuidade das relações comerciais, impôs-se a necessidade de uma solução. A solução, convertida posteriormente no *EU-U.S. Privacy Shield*, garantiu certa segurança e estabilidade na transferência de dados, mas tratava-se de um equilíbrio delicado.

Os Estados Unidos vêm avançando na criação de uma legislação protetiva de dados aplicável em âmbito nacional, enquanto alguns estados, como a Califórnia, já contam com normas protetivas próprias, mais alinhadas às garantias europeias. Especificamente quanto ao CCPA (*California Consumer's Privacy Act*), embora exemplo relevante dessa tendência de harmonização, cumpre destacar o âmbito de aplicação restrito, cingindo-se aos residentes no estado.

3. O caso do WhatsApp: repercussão

Na prática, a classificação ou não da proteção de dados como um direito fundamental tem implicações práticas; exemplo disso é a recente polêmica suscitada pela alteração

dos termos de uso e política de privacidade do aplicativo de mensagens instantâneas WhatsApp. A divulgação pela empresa de que o uso do serviço seria condicionado à aceitação de novos termos de uso, implicando o compartilhamento de dados com o Facebook, alarmou os seus dois bilhões de usuários, e teve repercussões diversas.

O interessante aqui é o fato de que o WhatsApp não pretende impor a mudança igualmente em todos os países nos quais oferece os seus serviços – refletindo, na prática, as duas visões acima expostas. A empresa já esclareceu, por meio de comunicado divulgado em 07 de janeiro de 2021, que, exclusivamente no que se refere à União Europeia, não haverá tal compartilhamento de informações – ainda que outras mudanças nos termos de uso estejam previstas para ocorrer em breve.

Fora da União Europeia, a repercussão do compartilhamento de dados entre WhatsApp e Facebook foi bastante negativa, inclusive nos Estados Unidos, levando a empresa a adiar as mudanças na sua política para o dia 15 de maio. Com a divulgação da notícia de que, brevemente, os usuários que não aceitassem as novas condições seriam impedidos de utilizar o serviço, outras empresas ganharam destaque como alternativas mais seguras para a comunicação.

Em verdade, o compartilhamento de informações entre as empresas já vem ocorrendo desde 2016, mas o aplicativo oferece a opção de desabilitar esse tipo de tratamento dos seus dados. Trata-se, contudo, de *opt-out*, ou seja: aqueles usuários que não declararam expressamente o desejo de impedir o compartilhamento de suas informações, têm tido os seus dados tratados dessa maneira há anos.

Nos Estados Unidos, inclusive, o Facebook oferece ao usuário a opção de conectar sua conta do WhatsApp à conta da rede social, sob a justificativa de oferecer uma melhor experiência ao usuário em termos de publicidade direcionada e do uso de serviços como pagamento on-line (*Facebook Pay*).

A mudança, portanto, está na intenção de remover o *opt-out*, tornando o compartilhamento mandatório para que se utilize o serviço, o que vem sendo chamado pela imprensa brasileira de “consentimento forçado”. Apesar de o Brasil e a União Europeia compartilharem a mesma concepção da proteção de dados como um direito fundamental, somente neste segundo caso a empresa declarou que não haverá tal obrigatoriedade.

A repercussão negativa no Brasil se evidencia pela existência de investigação sigilosa em curso no âmbito da Senacon (Secretaria Nacional do Consumidor) e, recentemente, foi alvo de notificação pelo Instituto Nacional de Defesa do Consumidor (Idec), que reportou ao Ministério da Justiça e à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) as mudanças pretendidas pela empresa, requerendo sua suspensão.

Na referida notificação, o Instituto também requer às autoridades que determinem que a empresa se abstenha de limitar o envio e leitura de mensagens pelos usuários que não aceitarem os novos termos, e, ainda, que a empresa seja impedida de

repassar dados a outras do mesmo grupo económico, com finalidade de publicidade, marketing, analytics e de melhoria do produto.

É mais provável que essa diferenciação de políticas por parte da empresa se dê como resultado de multas já aplicadas à empresa no âmbito da União Europeia, do que por uma preocupação com o respeito à ordem jurídica local. De fato, o Facebook já foi multado na Espanha e na Itália por induzir os usuários do WhatsApp a aceitar integralmente os novos termos de uso, e o Regulamento Geral de Proteção de Dados prevê multas elevadas em caso de violação. Isso vem sendo apontado como uma comprovação da efetividade das normas europeias.

Na esfera privada também é possível identificar reflexos das políticas de privacidade adotadas pelo Facebook e pelo WhatsApp: as empresas Apple e Google vêm reagindo à política de dados de suas concorrentes, criando suas próprias soluções de privacidade e proteção para seus consumidores.

O Google já vem testando sua alternativa de cookies no navegador Chrome desde fins de março: o FLOc (*Federated Learning of Cohorts*) foi criado para ser uma alternativa aos cookies utilizados hoje. A proposta é que, no lugar de um cookie de identificação pessoal, o FLOc é executado localmente, e agrupa os usuários conforme interesses comuns, sem compartilhar o histórico de navegação com o Google.

A Apple, por sua vez, lançou recentemente o sistema operacional iOS 14.5 para os seus produtos, o qual exige permissão do usuário para todos os aplicativos que coletam dados, e batizou a nova função de “*App Tracking Transparency*” (ATT). A empresa foi criticada publicamente por Mark Zuckerberg em janeiro, que acusou a Apple de ter sido motivada por “interesses competitivos”, e cuja empresa, Facebook, obtém 97% dos seus lucros a partir da publicidade.

4. Schrems I e Schrems II: o exemplo da União Europeia

O frágil equilíbrio estabelecido pelo *Privacy Shield* já foi impactado recentemente pelo julgamento do caso Schrems II pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em 16 de julho de 2020: a Decisão de Execução (UE) 2016/1250 da Comissão, de 12 de julho de 2016, relativa ao nível de proteção assegurado pelo Escudo de Proteção da Privacidade UE-EUA, foi declarada inválida.

Em tal contexto, há negociações em curso entre o governo estadunidense e a Comissão Europeia para adaptar o *Privacy Shield* de forma a garantir que o nível de proteção seja adequado e em conformidade com as normas da União. A administração do presidente Joe Biden colocou o *Privacy Shield* como uma de suas prioridades – cujas disposições e requisitos devem continuar sendo observados pelas empresas estadunidenses que desejem transferir dados para ou da União Europeia.

Retomando a repercussão dos novos termos de uso do WhatsApp no Brasil, ao nosso ver, o Idec formulou questionamentos relevantes às autoridades protetivas

de dados nacionais – mas falhou no que se refere à motivação de suas demandas. O principal argumento apresentado foi o de que não estariam claras quais bases legais justificariam o compartilhamento de dados entre as empresas.

Equivoca-se, contudo, quem presume que o consentimento é a principal base legal para transferência de dados, inclusive internacional. A prática vem demonstrando que o legítimo interesse é mais frequentemente invocado como base legal apta a justificar o tratamento de dados pessoais, e, sobre tal aspecto (já de certo modo superado na União Europeia), ainda há bastante a evoluir no Brasil, em termos de doutrina e jurisprudência.

Os julgados Schrems I e Schrems II evidenciam que há outras questões para além das bases legais – em especial ao considerar que os dados representam ferramenta central à vigilância estatal. Os termos de uso e política de privacidade são constituídos por cláusulas contratuais padrão, assemelhando-se a contratos de adesão, e assim nos parece essencial que as autoridades brasileiras levem em consideração as discussões levadas a cabo no seio do TJUE.

Na decisão do caso Schrems II, além de ser declarado *inválido* o *Privacy Shield*, foram analisadas e *validadas* as cláusulas-tipo (Standard Contractual Clauses, SCC), e definido o âmbito de aplicação do RGPD. Quanto a este último tópico, a Corte concluiu pela aplicabilidade do Regulamento europeu ao tratamento de dados em países que não são membros da União, inclusive quando tal tratamento se der para finalidades de segurança e defesa nacional.

Mas até que ponto é possível garantir a aplicação extraterritorial de uma legislação protetiva de dados local? A pretensão extraterritorial do RGPD (assim como da LGPD brasileira) pressupõe a possibilidade de aplicação do regulamento globalmente, com o condão de, inclusive, obstar atos de vigilância por parte de agências estatais estrangeiras. Contudo, na prática, surgem situações que colocam em xeque tal aspiração extraterritorial. Normas jurídicas podem satisfazer os requisitos formais da proteção de dados, mas isto não significa que, na prática, estarão aptas a impedir a má utilização de dados pessoais, como no vaso da vigilância estatal sem legítimo interesse.

5. Para além das bases legais: outros problemas por trás dos termos de uso e políticas de privacidade

Atualmente, ao acessar a política de privacidade do WhatsApp, o usuário é informado de que, se “reside na região Europeia, o WhatsApp Ireland Limited fornece o WhatsApp” sob termos de uso e política de privacidade específicos. Fora do território da União, a empresa responsável por fornecer o serviço, e conseqüentemente pelos termos de uso, é o WhatsApp LLC.

Na versão disponibilizada aos usuários brasileiros, a utilização do serviço implica aceitar que a empresa pode “(...) coletar, usar, reter e compartilhar dados quando

acreditarmos em boa fé que isso se faz necessário para: (...); (c) detectar, investigar, prevenir e resolver atividades fraudulentas e ilícitas ou questões de segurança ou técnicas; ou (d) proteger os direitos, a propriedade e a segurança de nossos usuários, do WhatsApp, da família de empresas do Facebook ou de terceiros.”

A utilização dos termos “prevenir”, “investigar”, “proteger” e “terceiros” deixa claro que já faz parte da política adotada pelo aplicativo o compartilhamento de dados em hipóteses diversas e bastante amplas. Nenhum desses termos é definido claramente pela empresa, que também deixa explícito que o compartilhamento de dados com o Facebook já é uma realidade desde 2014.

O Facebook utiliza as mesmas expressões em sua política de privacidade, deixando claro que a empresa compartilha “informações com autoridades responsáveis pela aplicação da lei ou em resposta a solicitações legais”, e que as informações pessoais podem ser acessadas, preservadas ou compartilhadas com reguladores, autoridades ou “terceiros”, nas mesmas hipóteses previstas nos termos do WhatsApp – ou seja, sem necessariamente haver um inquérito em curso ou ordem judicial.

Também é possível encontrar ressalvas quanto ao direito à exclusão de dados: “As informações que recebemos sobre você (incluindo dados de transações financeiras (...)) podem ser acessadas e preservadas por um período maior quando forem objeto de uma requisição ou obrigação legal, investigação governamental, investigações de possíveis violações de nossos termos ou políticas, ou para de outra forma impedir danos.”

Não estão claros quais os danos aptos a justificar a preservação de dados cujo titular solicitou a exclusão – nem tampouco há transparência para o usuário cujos dados são preservados, já que não lhe é dado conhecimento nem justificativa a respeito. Em caso de ordem judicial, há legítimo interesse indubitavelmente – mas também há maior transparência para a pessoa cujos dados estão sendo preservados e/ou compartilhados. No entanto, assim como o consentimento não é a principal base legal invocada para justificar o tratamento de dados, as decisões judiciais não são a única forma pela qual estados requisitam informações sobre cidadãos.

A coleta de dados pelo Estado sempre esteve ligada a duas questões principais: vigilância e controle. Diante disso, o compartilhamento de informações com “agências estatais” ou com “terceiros”, sem que o usuário seja informado expressa e pontualmente a respeito dele, e esclarecido quanto às suas motivações, pode prejudicar mais do que o direito à proteção de dados.

A liberdade de expressão é outro direito fundamental intimamente ligado ao ambiente virtual – e o acesso do governo local ou do governo estadunidense a informações pessoais pode tolher o exercício desse direito. Não se trata de mera situação hipotética: recentemente foram realizadas prisões no Brasil, por conta de publicações em redes sociais que, supostamente, representariam ameaças à segurança nacional. Nenhuma das prisões foi mantida, mas o prejuízo à liberdade de expressão já foi concretizado.

Episódios semelhantes nos E.U.A. e no Reino Unido são relatados no documentário “Terms And Conditions May Apply” (2013), dirigido por Cullen Hoback, demonstrando que o compartilhamento de informações com agências estatais pode ser mais prejudicial às pessoas do que o compartilhamento entre duas empresas do mesmo grupo com fins publicitários. Em um mundo marcado pelas revelações de Edward Snowden, preocupações com vigilância e controle são incontestavelmente legítimas.

6. Conclusões

Christopher Kuner chama a atenção para as diferenças entre os planos do ser e do dever ser quanto à proteção de dados, e cumpre concordar com a afirmação de que, como qualquer direito fundamental, a proteção de dados não pode ser reduzida a um conjunto de procedimentos formais ou burocráticos.

A decisão do julgamento Schrems II pelo TJUE em 2020 levanta questões que não parecem ser ainda objeto de preocupação no Brasil – e isto, por sua vez, é alarmante. Na decisão, a Corte teceu críticas ao Privacy Shield com ênfase na sua limitação por conta de questões de segurança nacional ou aplicação da lei. O acordo foi considerado, portanto, incapaz de impedir o acesso de dados pessoais por agências governamentais e de inteligência.

A política de privacidade atual do WhatsApp, bem como a do Facebook, parece deixar as portas abertas para a vigilância estatal, indo de encontro com a concepção da proteção de dados como um direito fundamental. A preocupação brasileira com a mudança dos termos do WhatsApp é legítima, mas revela um entendimento ainda muito incipiente sobre a proteção de dados e sobre questões relacionadas, que extrapolam a letra da lei.

Mais do que transparência quanto às bases legais, impõe-se a transparência nos conceitos já utilizados nos termos de uso e políticas de privacidade, que possam implicar o compartilhamento de dados para finalidades de vigilância e controle estatal. Se o Brasil adota a visão segundo a qual a proteção de dados é um direito fundamental, espera-se que não apenas o WhatsApp aja de acordo em seus termos de uso, mas exija-se, também, que essa visão seja efetivamente incorporada no país.

A preocupação com o compartilhamento de dados entre duas empresas do mesmo grupo econômico para fins publicitários parece rasa diante dos direitos fundamentais colocados em risco. O Brasil pretendeu seguir a concepção europeia em sua legislação protetiva de dados – mas ainda há um longo caminho a percorrer antes que a condição de direito fundamental atinja o plano do ser. Enquanto isso, na prática, o país ainda está mais próximo da concepção contratualista estadunidense. É possível que isso explique, ao menos em partes, por que o WhatsApp não aplicará ao Brasil os mesmos termos que aplica à União Europeia.

O arrependido colaborador: uma nova exigência no (ainda) Admirável Mundo Novo

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.3>

Ana Raquel Conceição

Professora Convidada equiparada a Professora Auxiliar, na EDUM;

Professora Auxiliar no ISMAI

1. Introdução

O presente trabalho tem como foco, conforme se induz do respetivo título, a análise da admissibilidade, como meio de obtenção da prova, a colaboração do coautor do crime com a investigação criminal, auxiliando a recolha de provas, com a atribuição de um prémio por essa conduta.

Já não é nova esta nossa construção¹ e não estamos sós nesta argumentação aliás, a própria estratégia nacional de combate à corrupção 2020-2024, que se encontra em consulta pública, apresenta-o como sendo um meio de investigação necessário na prevenção e repressão daquela forma de criminalidade².

Como é conhecido quando se fala em investigação criminal, logo como uma espécie de *satélite*, surgem os princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação, como critérios essenciais na legitimação de meios de obtenção da prova que, consequentemente, servem como bússolas que nos guiam no caminho da descoberta da verdade material. No presente trabalho iremos demonstrar que o surgimento desta nova forma de investigação obedece aos referidos e tão importantes princípios. Assim, dividiremos este nosso trabalho em três partes: num primeiro ponto, em respeito ao princípio da proporcionalidade, aferiremos para que tipo de criminalidade poderá ser utilizado, melhor quais serão e porquê os seus crimes de catálogo; num

1 O nosso anterior trabalho: Conceição, Ana Raquel - *O estatuto do arrependido colaborador no dealbar do (ainda) admirável mundo novo – um novo meio de obtenção da prova a tipificar em Portugal*. “Julgar Online”, abril 2020, [consultado em 2021-04-01]. Disponível na World Wide Web: <<http://julgar.pt/o-estatuto-do-arrependido-colaborador-no-dealbar-do-ainda-admiravel-mundo-novo-um-novo-meio-de-obtencao-da-prova-a-tipificar-em-portugal/>>.

2 Conforme consta do referido texto: “a complexidade da criminalidade económico-financeira, as dificuldades inerentes à sua investigação, como a necessidade de recorrer a meios de investigação mais eficazes, bem como as suas consequências na vida dos cidadãos, nas finanças do Estado e na economia, justificam que o Estado, enquanto legislador, dispense ou atenua a pena do arguido que denuncie o crime ou colabore ativamente para a descoberta da verdade (...)”. [consultado em 2021-04-01], pp. 53-55. Disponível na World Wide Web: <<https://www.portugal.gov.pt/downloadficheiros/ficheiro.aspx?v=%3D%3DBQAAAB%2BLCAAAAAAABAzNDxMQAAnRDZFAUAAAA%3D>>.

segundo momento, em respeito ao princípio da adequação, aferiremos que tipo de colaboração se espera ou exige ao arrependido colaborador e num terceiro e último ponto, apresentaremos os argumentos que outorgam a esta nova forma de investigação o carácter excecional respeitando, desta forma, o princípio da necessidade.

2. O princípio da proporcionalidade e o arrependido colaborador

O carácter finalístico do princípio da proporcionalidade prende-se com a manutenção ou alcance do equilíbrio entre o direito fundamental sacrificado e o fim constitucional legítimo. Este, segundo a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, assenta principalmente em três pressupostos: a proteção da segurança nacional e pública ou o bem-estar económico do país; a defesa da ordem e a prevenção de crimes ou a defesa dos direitos fundamentais do outro³.

O princípio da proporcionalidade impõe uma graduação entre os valores, no sentido em que crimes mais graves, permitirão a utilização de meios mais restritivos e invasivos dos direitos fundamentais dos investigados. O *princípio do tratamento diversificado da criminalidade mais grave* impõe que se tenha de atender ao fim que com que o meio de obtenção da prova visa atingir. É sempre necessária a ponderação da gravidade do ilícito penal investigado face à eficácia. Ou seja, a proporcionalidade não pode ser atendida isoladamente, também como a adequação a necessidade, estes princípios têm todos de ser respeitados cumulativamente pois só assim será legítima a restrição de direitos fundamentais na recolha da prova.

Resta aferir para que tipo de criminalidade poderá ser utilizado o arrependido colaborador.

Hoje, o direito criminal vê-se a braços com um novo tipo de sociedade, uma sociedade aberta, Estados sem fronteiras, que proporcionam uma coexistência de comportamentos diferenciados. Estamos perante uma europeização, uma internacionalização, uma globalização, uma transformação social que se processa à velocidade de uma comunicação global e instantânea e de um processo científico e tecnológico acelerado, radical e imprevisível. Referimo-nos à sociedade do risco de Ulrich Beck, que traduz a ideia de uma sociedade de massas, uma sociedade com ligação e em contacto com qualquer ponto do mundo, dotada de uma veemente e constante evolução das diferentes tecnologias⁴.

Esta sociedade globalizada levou ao aparecimento de novos riscos de dimensão mundial, uma ação humana que poderá ter repercussões em todo o mundo. É um risco de elevada gravidade, sobretudo quando a referida ação humana corresponde à prática de um crime. A globalização trouxe uma repercussão, sem dúvida, de extrema gravidade,

³ Rodríguez Lainz, José Luis - *La intervención de las comunicaciones telefónicas*. Barcelona: Bosch, 2002, p. 132.

⁴ Dias, Jorge de Figueiredo - *Temas básicos da Doutrina Penal, Sobre os fundamentos da doutrina penal Sobre a Doutrina Geral do Crime, O direito Penal na "Sociedade do Risco"*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 159..

a criminalidade internacional organizada. Uma criminalidade que se caracteriza pela sua extrema e rigorosa organização e que afeta uma multiplicidade de Estados.

O nosso legislador no artigo 1º alínea m) do Código de Processo Penal (doravante CPP) define-nos o conceito de criminalidade altamente organizada, estabelecendo que criminalidade altamente organizada são *as condutas que integrem crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento*. Tal definição não é, em bom rigor, uma definição pois não permite ao intérprete perceber o seu conteúdo, apenas indica quais os crimes que podem merecer tal catalogação.

Na verdade, deveria existir uma definição deste conceito, em prol das características da lei penal que, por força do princípio da legalidade, impõe que esta seja clara, expressa e precisa. Mas de facto não existe, o que pode permitir que se catalogue certo tipo de crime como criminalidade organizada atendendo à sua *ratio*⁵.

Por tendência, a referida expressão é utilizada para denominar um fenómeno criminal recente e especialmente preocupante pelo seu carácter transnacional e dificuldades investigatórias. A transnacionalidade que a caracteriza impõe que os Estados se unam no seu combate⁶.

Apesar de concordarmos com a argumentação de que não é possível definir o conceito, pois em qualquer das ciências que compõem a ciência global do direito penal o seu uso é polissémico, quanto a nós não restam dúvidas que este conceito tem um móbil processual penal. O seu propósito é ver aplicadas certas figuras processuais penais a um conjunto de crimes que hoje em dia têm uma linha condutora comum: são crimes que beneficiaram da evolução tecnológica da nova sociedade e, conseqüentemente, têm pontos de conexão por todo o mundo, caracterizando-se também por serem, por regra, *crimes de colarinho branco*,⁷ uma vez que a utilização deste conceito surge predominantemente em instrumentos de natureza internacional no combate e prevenção a este tipo de criminalidade⁸.

5 Tal como refere Augusto Silva Dias: "(...) não pode deixar de causar insegurança jurídica se tivermos presente que a definição do que é criminalidade organizada funciona como pressuposto da aplicação de um regime processual e sancionatório mais severo, consistente em medidas fortemente restritivas de direitos e liberdades". Dias, Augusto Siva – *Criminalidade Organizada e combate ao lucro ilícito*. "2º Congresso de Investigação Criminal". Coimbra: Almedina, 2010, pp. 24-47.

6 Neste sentido escreve Francisco Borges: "a discussão em torno da concretização do conceito de "criminalidade organizada" é muito vasta, não se tendo atingido um consenso nesta matéria, nem na dogmática jurídica, nem na criminologia. Na verdade, o termo pode ter muitos significados diferentes, consoante o contexto ou instrumento legislativo em que é utilizado". Borges, Francisco – *Criminalidade organizada e cooperação judiciária em matéria penal na União Europeia: traços gerais*, "Estudos de Direito e Segurança". Vol. II, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 68-95.

7 Tendencialmente, atribui-se a autoria desta expressão a Edwin Sutherland, no seu discurso de tomada de posse como presidente da American Sociological Society em 1939.

8 Basta atentarmos na própria definição da lei 5/2002, de 11 de janeiro, que expressamente refere, medidas de combate à criminalidade organizada e concretiza essas mesmas medidas.

Conforme bem realça Hans-Jörg Albrecht, a criminalidade organizada, do ponto de vista empírico, está relacionada com a própria organização societária, o seu fundamento é sociológico e estrutural. Ou seja, é por força das estruturas culturais, sociais, políticas, jurídicas e económicas que a potencialização da criminalidade organizada se constata⁹.

É a partir desta nova sociedade sem fronteiras, com comunicação em tempo real em qualquer parte do mundo, onde evolução tecnológica é uma constante e onde as estruturas fundamentais de uma sociedade são permeáveis que a criminalidade organizada surge com maior exponencial por força da própria evolução da sociedade. Uma sociedade que cada vez mais se concentra nos mercados financeiros, onde a obtenção do lucro é um pensamento constante, que trespassa todos os seus sectores, e que, associada à evolução científica e tecnológica vai despoletar os crimes associados à criminalidade organizada¹⁰. O fundamento social, político e organizativo é comum ao crime organizado¹¹.

Será apenas para estas formas de criminalidade que poderá ser utilizado o arrependido colaborador, respeitando-se, desta feita, o princípio da proporcionalidade.

3. O princípio da adequação e o arrependido colaborador

O princípio da adequação traduz uma ideia de eficácia, ou seja, a restrição dos direitos fundamentais será legítima quando através desta se consiga obter o resultado pretendido.

Transpondo para a investigação criminal, essa razão de eficácia terá de determinar a forte probabilidade de obtenção de meios de prova. Assim, a colaboração investigatória que o arrependido deve realizar deverá determinar a *recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos do crime que se suspeita ter (com)participado*. Não se tratará de uma obrigação de resultados mas antes uma obrigação de meios.

Desta feita, a sua colaboração terá de demonstrar ser de grande relevância investigatória e efetivamente ser profícua na obtenção desses elementos de prova, fazendo-se

9 Conforme refere: "(...) no caso da criminalidade organizada a questão é haver condições para a formação de uma organização duradoura e estável e de que forma tal capacidade organização se relaciona com as estruturas sociais." Albrecht, Hans-Jörg – *Criminalidade organizada na Europa: perspectiva teórica e empírica*. "2º Congresso de Investigação Criminal". Coimbra: Almedina, 2010, pp. 73-99.

10 Conforme refere o autor: "o conceito de criminalidade organizada deve, por isso, ser acrescido de uma análise relativa a mercados negros específicos, nomeadamente o meio e as estruturas de oportunidade, de cujas especificidades se podem extrair conhecimentos relativos à formação de organizações e à racionalização do crime". *Idem*, p.85.

11 Neste mesmo sentido escreve também Julio Villarejo, quando refere: "(...) todas estas operaciones suelen necesitar de una cierta organización inmersa en lo há venido en denominarse criminalidade organizada, es más, se há afirmado que el blanqueo de capitales es el culmen de la peligrosa criminalidade organizada". Villarejo, Júlio – *La normativa española sobre el blanqueo de capitales. El gafi y las directiva europeas*. "Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias". Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 253-287.

cumprir a expressão que tem vindo a constar do texto da lei, *recolha das provas decisivas*. Uma colaboração total por parte do arguido, ou seja, como acontece na confissão integral e sem reservas, onde o arguido confessa e assume a prática de todos os factos de quem vem acusado ou pronunciado, na “*colaboração integral e sem reservas*” o arguido tem de retratar à investigação tudo aquilo que à mesma seja útil e que tenha conhecimento direto. Mais do que as suas declarações, a grande eficácia probatória poderá resultar de outros meios de obtenção da prova que podem ser utilizados em função das informações por aquelas prestadas. Desta forma, evitar-se-ão situações em que o arguido, ao abrigo do arrependido colaborador, apenas fornece informações sobre parte da investigação ou parte dos arguidos, por alguém (ou alguns) destes o ter(em) aliciado para o efeito. Deverá ser uma “*colaboração integral e sem reservas*”.

Para o referido efeito deverá o arguido renunciar ao seu direito ao silêncio, prestando declarações. Será um meio de obtenção da prova que operará nas fases investigatórias, mas sempre mediante autorização judicial. Nesta outorga judicial, o JIC aferirá do preenchimento dos seus requisitos e ajuizará a aplicação do seu prémio pelo Juiz de julgamento.

Entendemos que, apesar de não ser, em rigor, uma obrigação de resultados, no sentido em que deverá resultar uma acusação ou uma condenação, deverá, todavia, advir algum elemento probatório relevante descrito na lei. Sob pena, face à ausência da tal catalogação, de o arguido poder vir a utilizar esse estatuto apenas porque sabe que é a única forma que terá para vir a beneficiar da atenuação da pena, sem que a sua colaboração seja, de facto e no processo em curso, verdadeiramente eficaz.

Assim, caberá ao Ministério Público aferir da eficácia probatória que poderá resultar do arrependido colaborador, não bastando que se esteja a investigar um dos crimes de catálogo mas, principalmente que nessa investigação a colaboração do arrependido deverá mostra-se essencial, preponderante na recolha da prova.

A título conclusivo o arrependido colaborador, em respeito ao princípio da adequação, terá de trazer ao processo resultados probatórios importantes, devendo sempre colaborar com as autoridades judiciárias ao longo de todo o processo.

4. O princípio da necessidade e o arrependido colaborador

O princípio da necessidade impõe o respeito pela intervenção mínima ou última *ratio*, característica da lei penal e processual penal. Este princípio vem reforçar a conclusão de que a regra são os direitos e a exceção a sua restrição. Assim, no âmbito da investigação criminal, impõe que a utilização de meios de obtenção de prova deverá obedecer a esta espécie de hierarquia de restrição. Impondo ao intérprete e aplicador da lei, que deverá, sempre, privilegiar a escolha de métodos menos restritivos, só podendo lançar mão do mais restritivos, quando os demais não se mostrem profícuos na recolha de meios de prova.

Assim, respeitando o princípio da necessidade, deverá existir no processo penal uma grave dificuldade investigatória, onde a referência, por exemplo, à expressão, *se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter*, deve constar. O que lhe outorga um carácter de última *ratio* ou de intervenção mínima, conforme já referimos antes, em outros trabalhos¹².

Em respeito à exigência de necessidade o seu regime jurídico deve constar no fim do livro das provas, obrigando à fundamentação judicial no respeito pela estrita necessidade da sua utilização. Cumprindo-se o princípio da necessidade, o arrependido colaborador só poderá ser utilizado quando houver no processo demonstração que já se utilizaram outros meios de recolha de prova sem qualquer resultado probatório, não podendo ser utilizado como meio de investigação primário ou inicial.

O carácter de última *ratio* do arrependido colaborador impõe-se por força da investigação criminal não assentar, por regra, na colaboração daquele que se investiga assim, a sua admissibilidade terá de pressupor a existência de graves ou crassas dificuldades investigatórias, muito comuns na criminalidade para a qual o arrependido colaborador poderá existir.

O arrependido colaborador é necessariamente arguido no processo penal e, apesar de beneficiar da presunção da inocência e dos seus respetivos corolários, poderá renunciar a tão fundamentais direitos, assumindo os factos, prestando declarações e, conseqüentemente, auxiliar as autoridades judiciárias na recolha da prova. Importa, acima de tudo, que o faça de forma livre e esclarecida e conhecedor das conseqüências dessa colaboração. Principalmente que as suas declarações terão valor *ultra-ativo*¹³ e que beneficiará de uma atenuação especial da pena em sede da aferição da sua culpa, no julgamento.

Será a utilização conjunta e cumulativa da proporcionalidade, adequação e necessidade que fundamentarão a admissibilidade deste novo meio de obtenção da prova.

5. Conclusão

As novas exigências de investigação, despoletadas pela nova sociedade que vivenciamos permitiram a erudição e apetrechamento tecnológico dos agentes na prática do crime e, necessariamente, acarretou uma maior necessidade investigatória. Surgindo epistemológica, social e juridicamente a necessidade da criação desta nova figura. Conforme já referimos, e voltamos a realçar, este novo meio de prova só deverá ser admitido, quando estas dificuldades se fazem sentir e, necessariamente, quando em causa esteja a criminalidade organizada altamente evoluída.

12 Expressão utilizada no âmbito das condições de admissibilidade das escutas telefónicas. Sobre tal conceito e conteúdo ver o nosso estudo páginas 80 a 91. Conceição, Ana Raquel – *Escutas Telefónicas, Regime Processual Penal*. Lisboa: Quid Iuris, 2009, pp. 80-91.

13 Conforme regime jurídico constante da alínea b) do n.º 4 do artigo 141º e n.º 3 do 143º do CPP.

O estatuto do arrependido colaborador deverá ser encarado como um meio de obtenção da prova que consiste num processo que começa na fase investigatória e se prolonga até ao julgamento. Se em qualquer momento não for cumprido, não produz qualquer tipo de efeito e, conseqüentemente, o prémio a atribuir pela sua colaboração não se aplicará.

O estatuto de arrependido colaborador, que cremos deverá ser desenhado pelo nosso legislador nacional, deverá passar sempre pelo crivo da autoridade judicial. Deverá ser avaliado pelo Juiz de Instrução Criminal e nunca o Juiz de Julgamento ficará limitado na determinação da medida concreta da pena. O que consideramos ser possível como prémio será uma atenuação especial da pena que apenas se repercute no limite abstratamente aplicável.

Há hoje uma clara tendência, em sede de política criminal nacional e estrangeira, no sentido da criação das condições e adoção de medidas destinadas a combater a criminalidade altamente organizada, a qual tem sido responsável por um vasto conjunto de alterações legislativas o que propomos, no seguimento dessas orientações, é a criação de um estatuto de arrependido colaborador. Um estatuto que permitirá dotar a investigação criminal, em especial e a justiça penal em geral, de um meio mais eficaz respondendo às exigências deste (ainda) *admirável mundo novo*.

O papel do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos tribunais nacionais num mundo globalizado

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.4>

Ana Sofia Carvalho

Juíza de Direito no Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto

Isabel Restier Poças

Advogada

1. Introdução

A proteção jurídica dos cidadãos não se circunscreve aos limites das nossas fronteiras, sendo de destacar o facto da União Europeia apresentar um quadro adequado de proteção dos direitos da pessoa humana, dispondo das correspondentes instâncias judiciais, pois “a Ordem Jurídica da União Europeia não seria verdadeiramente eficaz se as suas normas não beneficiassem de uma sólida garantia jurisdicional. Ou seja, todos os seus destinatários (Estados e particulares) devem respeitar as normas da União.”¹.

A garantia jurisdicional do Direito da União Europeia foi deixada, a cargo, por um lado, dos tribunais nacionais em geral, dado que “são eles que, em primeira linha, aplicam um número considerável de normas e de atos da União constituídos por disposições diretamente aplicáveis ou que gozam de efeito direto nos litígios que eventualmente ocorram nas relações entre particulares (indivíduos ou empresas) ou entre particulares e os Estados-membros”², e por outro lado, do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

O TJUE tem por missão pugnar pela interpretação e aplicação uniforme do Direito da União pelos Estados-membros e velar pelo seu cumprimento. No âmbito dessas funções, ressaltam dois tipos de ações: o reenvio prejudicial e a ação por incumprimento.

1 MARTINS, Ana Maria Guerra – *Manual de Direito da União Europeia*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 539.

2 *Ibidem*.

2. O reenvio prejudicial

Nos termos do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), “[o] Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

- a) Sobre a interpretação dos Tratados;
- b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível”.

Daqui resulta, conforme cedo se concluiu, que um Tribunal que decida em última instância deve submeter questões de interpretação do Direito da União Europeia, em caso de dúvida, ao Tribunal de Justiça, salvo se a questão for impertinente, se já houver jurisprudência sobre essa questão por parte do Tribunal ou se a questão for manifestamente clara e não suscite qualquer dúvida razoável³.

Neste sentido, caberá essencialmente aos Tribunais Superiores suscitar as questões prejudiciais que considerarem relevantes para a boa decisão da causa, sem prejuízo dos limites à obrigação de suscitar a questão prejudicial acima referidos.

O reenvio prejudicial está regulado nos artigos 93.º a 118.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça⁴, sendo que os artigos 93.º a 104.º contêm disposições gerais, os artigos 105.º e 106.º contêm a regulação da tramitação acelerada, os artigos 107.º a 114.º reportam-se à tramitação urgente e os artigos 115.º a 118.º à assistência judiciária⁵.

3 Neste sentido, ver sumário do acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 07.10.1998, *in* processo n.º 022364, [consultado em 2021-04-09] disponível na World Wide Web: < www.dgsi.pt >.

4 [Consultado em 2021-04-09]. Disponível na World Wide Web: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32012Q0929%2801%29>>.

5 Nesta matéria ressalta-se a possibilidade de solicitar o benefício de assistência judiciária em qualquer momento quando uma parte no litígio no processo principal não tiver a possibilidade de fazer face, total ou parcialmente, às despesas do processo (cf. artigo 115.º).

O artigo 94.º de tal Regulamento é de extrema importância porquanto estabelece o que o pedido de decisão prejudicial deve conter, pelo que o transcrevemos aqui:

“Para além do texto das questões submetidas ao Tribunal a título prejudicial, o pedido de decisão prejudicial deve conter:

- a) uma exposição sumária do objeto do litígio bem como dos factos pertinentes, conforme apurados pelo órgão jurisdicional de reenvio, ou, no mínimo, uma exposição dos dados factuais em que as questões assentam;
- b) o teor das disposições nacionais suscetíveis de se aplicar no caso concreto e, sendo caso disso, a jurisprudência nacional pertinente;
- c) a exposição das razões que conduziram o órgão jurisdicional de reenvio a interrogar-se sobre a interpretação ou a validade de certas disposições do direito da União, bem como o nexo que esse órgão estabelece entre essas disposições e a legislação nacional aplicável ao litígio no processo principal.”

«O reenvio é, assim, a explicitação do princípio de cooperação a que alude o Tratado. Este é um incidente de instância que se desenvolve a nível nacional. A instância suspende-se e coloca-se a questão ao TJUE. A decisão do TJUE é obrigatória *erga omnes*.

O reenvio é um procedimento de juiz a juiz. O acórdão Ferma Shwartz de 1.12.1965 disse sobre este procedimento: “O reenvio é um instrumento de cooperação judiciária pelo qual um juiz nacional e o juiz comunitário são chamados a contribuir para uma decisão que assegure a aplicação uniforme do direito comunitário no seio dos Estados-Membros”»⁶.

Um destaque atual desta cooperação é a possibilidade prevista no artigo 104.º, n.º 2 do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça de os órgãos jurisdicionais nacionais poderem recorrer novamente ao Tribunal de Justiça quando considerem que não estão suficientemente esclarecidos pela decisão prejudicial do Tribunal.

No domínio fiscal, o reenvio prejudicial tem especial importância no âmbito dos direitos aduaneiros, em virtude do Código Aduaneiro da União e dos regulamentos relativos aos direitos antidumping e compensadores, bem como no âmbito do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA). Veja-se a título exemplificativo o recente acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 3/3/2021, proferido no processo C-7/20⁷, no qual o Tribunal concluiu que “O artigo 71.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado, deve ser interpretado no sentido de que o imposto sobre o valor acrescentado na importação relativo a bens sujeitos a direitos aduaneiros se constitui no Estado-Membro onde foi constatada a inobservância

6 CARVALHO, José Maria da Fonseca – *Do reenvio prejudicial*, in TEIXEIRA, Glória (Dir.) – “II Congresso de Direito Fiscal”, Porto: Vida Económica”. 2012, ISBN 978-972-788-524-4, p. 173.

7 [Consultado em 2021-04-09], Disponível na World Wide Web: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=238443&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5661723>>.

de uma obrigação imposta pela legislação aduaneira da União, quando os bens em causa, mesmo que tenham sido fisicamente introduzidos no território aduaneiro da União noutro Estado-Membro, tenham entrado no circuito económico da União no Estado-Membro onde foi feita a referida constatação”.

Como vemos, o reenvio prejudicial desempenhou e desempenha um papel fundamental no desenvolvimento do Direito da União, contribuindo para a sua evolução, tendo a maior parte das grandes inovações jurisprudenciais ocorrido com base em processos nele baseados e constitui uma esperança de aplicação correta do Direito da União para os particulares⁸.

3. A ação por incumprimento

A ação por incumprimento encontra-se prevista nos artigos 258.º a 260.º do TFUE. A necessidade do respeito pelo direito da União Europeia justifica a existência deste mecanismo que decorre do artigo 4.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia, no sentido de que [“os Estados membros se obrigam a tudo fazer para realizar os objectivos da União expressos nos tratados, obrigação de lealdade que tem tanto uma dimensão positiva (“Os Estados membros tomam todas as medidas ...”) como uma dimensão negativa (“os Estados membros...abstêm-se de qualquer medida...”)]⁹.

Por vezes, quando tal seja considerado útil pela Comissão, antes da ação por incumprimento, há lugar à intervenção de um sistema mais informal – “EU Pilot” – mecanismo com base num diálogo informal entre a Comissão e o Estado-Membro em causa, acerca de questões relacionadas com um potencial incumprimento da legislação da UE. – cf. Comunicação “Legislação da UE: Melhores resultados através de uma melhor aplicação” (C/ 2016/8600)¹⁰.

Existem outros procedimentos especiais, nomeadamente os previstos nos artigos 70.º (espaço de liberdade, segurança e justiça), 108.º n.º 2 (ajudas de Estado) e 114.º, n.º 9 (mercado interno) do TFUE, os quais não possuem uma fase pré-contenciosa específica¹¹.

A noção de incumprimento vem plasmada no artigo 258.º e traduz-se na situação em que “um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados”, ou seja, “resulta da violação de qualquer norma ou princípio da ordem jurídica instituída pelos Estados membros no quadro da União Europeia”¹².

8 MARTINS, *Op. Cit.*, p. 543.

9 GORIÃO-HENRIQUES, Miguel – *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. 9.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, ISBN 978-972-40-7658-4, p.487.

10 [Em linha] [Consultado em 2021-05-09], Disponível na World Wide Web: <https://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_by_governance_tool/eu_pilot/index_en.htm>.

11 GORIÃO-HENRIQUES, *Op. Cit.*, p. 459.

12 MOTA DE CAMPOS, João e MOTA DE CAMPOS, João Luís – *Manual de direito Europeu – O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, 6.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, ISBN 978-972-32-1812-1, p. 444.

O incumprimento pode ser por ação ou por omissão. Por ação pode ocorrer nos casos de:

- “a) adoção na ordem interna de um *acto jurídico* (legislativo ou infralegislativo, de carácter geral ou individual) contrário às regras da União Europeia;
- b) comportamento do Estado traduzido em *acções materiais, actuações administrativas ou práticas internas*, seja qual for a sua natureza, violadoras da legalidade da União.

O incumprimento por omissão verifica-se quando haja:

- a) recusa expressa ou tácita de adoptar na ordem interna as medidas jurídicas ou de praticar as ações materiais prescritas pelas disposições do direito da União ou impostas pelas Instituições no exercício da sua competência;
- b) recusa tácita ou expressa de revogar formalmente uma norma interna que se revele incompatível com a regulamentação na União Europeia”¹³.

A ação por incumprimento é constituída por duas fases – a administrativa ou pré-contenciosa – que decorre perante a Comissão e a judicial – que decorre no Tribunal de Justiça, que funciona como jurisdição internacional.

É a Comissão que possui legitimidade para desencadear o processo, ao abrigo do artigo 258.º, ou os Estados membros, ao abrigo do artigo 259.º e nesta situação, só após a Comissão ter sido chamada a estabelecer um diálogo prévio com o Estado suspeito de ser infrator - §§ 2 e 3 do artigo 259.º.

A fase administrativa ou pré-contenciosa quando desencadeada pela Comissão (por ter detetado uma situação de incumprimento pelo Estado membro ou por ter existido uma denúncia de um particular ou de outro estado membro) é descrita no primeiro parágrafo do artigo 258.º, iniciando-se com a formulação de um parecer fundamentado sobre o assunto, após se ter dado ao Estado oportunidade de apresentar as suas observações.

O Estado em causa receberá uma notificação por incumprimento, que a doutrina é de opinião que reveste a natureza de uma nota de culpa¹⁴, na sequência da qual o Estado deve apresentar as suas observações.

Se a Comissão não achar aquelas suficientes, formulará um parecer fundamentado, no qual pedirá um cumprimento do mesmo, dentro do prazo por si fixado. “Se o Estado em causa não proceder em conformidade com este parecer no prazo fixado pela Comissão, esta pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia, de acordo com o § 2 do Artigo 258.º. Assim, relativamente à data de referência para apreciar a existência de um incumprimento nos termos do artigo 258.º é o momento em que termina o prazo fixado no parecer fundamentado.

¹³ *Ibidem*, p. 445.

¹⁴ Nesse sentido GORJÃO-HENRIQUES, *Op. Cit.*, p. 461 e MOTA DE CAMPOS, *Op. Cit.*, p. 453.

Estamos perante uma faculdade da Comissão que se traduz “no exercício de um poder discricionário, não sindicável jurisdicionalmente por parte dos particulares queixosos (ou por qualquer outro ente), nem sujeito a qualquer prazo prescricional”¹⁵.

Entendendo a Comissão dar início à fase judicial, com a instauração de um processo, este encontra-se regulado no Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça e tramita como processo comum: apresentação de petição inicial, contestação ou resposta, possíveis réplica e tréplica, possível fase instrutória, relatório preliminar (para a audiência) elaborado pelo juiz-relator do processo, audiência de julgamento com produção de alegações orais, conclusões do advogado-geral e acórdão do Tribunal.

Há dois aspetos que merecem ser referidos e que envolvem em primeiro lugar, a identidade entre a fase pré-contenciosa e a fase contenciosa, e em segundo, o ónus da prova neste tipo de ações.

Relativamente ao primeiro, é jurisprudência assente do Tribunal de Justiça que neste tipo de ações a petição da Comissão Europeia não delimita o objeto da ação, mas, sim, os documentos que esta enviou ao Estado na fase pré-contenciosa¹⁶.

Quanto ao segundo aspeto, o ónus da prova do incumprimento do Direito da União Europeia por parte do Estado alvo da mesma, cabe à Comissão Europeia, conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça¹⁷.

No termo do processo, o Tribunal exercendo uma função de plena jurisdição decidirá da existência ou não do imputado incumprimento estadual, apreciando as normas nacionais aplicáveis para determinar se houve ou não uma violação de uma obrigação que o Estado membro assumiu. Desse modo, o Tribunal tanto pode considerar o pedido da Comissão ou do Estado procedente condenando o Estado membro, como absolvê-lo.

Nos termos do artigo 260.º, n.º 1 “Se o Tribunal de Justiça da União Europeia declarar verificado que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal “ e se não o fizer o n.º 2 dispõe que “ Se a Comissão considerar que o Estado-Membro em causa não tomou as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal, pode submeter o caso a esse Tribunal, após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações. A Comissão

15 GORJÃO-HENRIQUES, *Op. cit.*, pp. 460-461.

16 Acórdão Comissão c. Países Baixos de 24.6.2004, proc. C-350/02, [Em linha], [consultado 2021-05-09] Disponível na World Wide Web: <[https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?oqp=&for=&mat=or&lgrec=fr&jge=&td=%3BALL&jur=C&num=C-350%25F02&page=1&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=en&avg=&cid=1142067](https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?oqp=&for=&mat=or&lgrec=fr&jge=&td=%3BALL&jur=C&num=C-350%25F02&page=1&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=en&avg=&cid=1142067)>.

17 Acórdão Comissão c. Países Baixos, de 12.09.2000, proc.408/97, [Em linha], [Consultado em 2021-05-09]. Disponível na World Wide Web: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0408>>.

indica o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-Membro, que considerar adequado às circunstâncias.”

Relativamente aos particulares lesados pelo incumprimento por um Estado membro das obrigações que lhe incumbem, caso a Comissão não corresponda às suas solicitações, apenas poderão agir a nível interno – por meio de uma ação de indemnização pelos prejuízos sofridos – demandando o Estado junto dos tribunais nacionais competentes, pela violação por ação ou omissão de uma norma da União Europeia, que por ser diretamente aplicável, produz o efeito imediato do reconhecimento de um direito que cabe aqueles salvaguardar. Se, entretanto, o incumprimento tiver sido declarado pelo Tribunal de Justiça a sua posição sairá ainda mais reforçada.

O Tribunal de Justiça em sede de ações de incumprimento tem vindo com a sua jurisprudência a impor-se ao poder executivo, legislativo e aos tribunais em geral, uma vez que as autoridades nacionais ficam obrigadas a não aplicar mais as normas internas e a eliminar os comportamentos nacionais considerados incompatíveis com o direito da União Europeia.

Como exemplo, ao nível do direito fiscal em que um Estado membro foi alvo de um procedimento de infração temos a seguinte situação: «[E]m janeiro de 2019 a Comissão Europeia decidiu dar início a um “procedimento de infração contra Portugal por este Estado-Membro não ter em conta a componente ambiental do imposto de matrícula aplicável aos veículos usados importados de outros Estados-Membros para fins de depreciação. A Comissão considera que a legislação portuguesa não é compatível com o artigo 110.º do TFUE, na medida em que os veículos usados importados de outros Estados-Membros são sujeitos a uma carga tributária superior em comparação com os veículos usados adquiridos no mercado português, uma vez que a sua depreciação não é plenamente tida em conta.”¹⁸. Assim, a Comissão Europeia solicitou às autoridades portuguesas esclarecimentos sobre a compatibilidade das normas previstas na legislação portuguesa relativamente ao cálculo da componente ambiental do ISV aplicável aos veículos usados adquiridos noutros Estados Membros, constantes do artigo 11.º do Código do ISV, com o princípio da livre circulação de mercadorias previsto no artigo 110.º do Tratado de Funcionamento União Europeia (TFUE)»¹⁹. Atualmente, a questão avançou para a fase contenciosa, estando a decorrer junto do TJUE. Paralelamente, diga-se que esta questão também originou reenvio prejudicial por parte do Tribunal Constitucional – cf. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 711/2020, de 9 de dezembro de 2020.

18 Pacote de procedimentos de infração de janeiro: principais decisões [Em linha] [consultado em 2021-05-09]. Disponível na World Wide Web: < https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/MEMO_19_462>.

19 CARVALHO, Ana Sofia – *Imposto sobre Veículos e Direito da União Europeia*, “Cadernos de Justiça Tributária”, Braga, 2020, n.º 27, p. 10.

4. Breves conclusões

O TJUE tem por missão pugnar pela interpretação e aplicação uniforme do Direito da União pelos Estados-membros e velar pelo seu cumprimento.

No âmbito dessas funções, ressaltam dois tipos de ações: o reenvio prejudicial e a ação por incumprimento, que desempenharam e desempenham um papel fundamental no desenvolvimento do Direito da União, contribuindo para a sua evolução, e constituem uma esperança de aplicação correta do Direito da União para os particulares.

Em particular, o reenvio é um instrumento de cooperação judiciária pelo qual os tribunais nacionais e o TJUE são chamados a contribuir para uma decisão que assegure a aplicação uniforme do direito da União Europeia no seio dos Estados-Membros, demonstrando o importante papel dos tribunais num mundo globalizado, de modo a permitir uma correta aplicação do Direito num espaço geográfico para além das fronteiras nacionais.

Breve análise do rapto internacional de crianças na jurisprudência portuguesa

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.5>

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

Professora Associada da Escola de Direito da
Universidade do Minho

1. Proposta

Estamos perante uma situação de rapto internacional de crianças quando há uma deslocação da criança para um país estrangeiro, ou retenção da criança num país estrangeiro, em violação de um direito de guarda conferido por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo de acordo com a lei da residência habitual da criança antes da deslocação ou retenção, desde que o direito de guarda estivesse a ser efetivamente exercido, ou devesse estar a ser, caso não tivesse ocorrido a deslocação ou retenção.

O rapto internacional de crianças tem a sua regulamentação jurídica em dois instrumentos que os tribunais têm de articular nas suas decisões: o *Regulamento n.º 2201/2003 sobre a competência internacional e o reconhecimento de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental* (Bruxelas II bis) e a *Convenção de Haia, de 25 de outubro de 1980, sobre Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Menores* (Convenção de Haia). A necessidade de conjugar estes dois regimes resulta do considerando 17 e no artigo 11º do Regulamento. O art. 60º, al. e) estabelece, ainda, a precedência do Regulamento Bruxelas II bis sobre a Convenção de Haia nas relações entre os Estados-Membros. Isto significa que a Convenção continua a aplicar-se, mas que vê o seu regime completo pelo disposto no Regulamento quanto à deslocação ou retenção ilícitas de crianças¹.

A definição de rapto internacional de crianças, referida *supra*, consta do art. 2º, n.º 11 do Regulamento, coincidindo com a noção presente no art. 3º da Convenção de Haia de 1980. Direito de guarda é definido no art. 2º, n.º 9 do Regulamento, como os direitos referentes à assistência e cuidados da pessoa da criança, sendo um deles o direito de determinar a residência habitual da criança. Esta noção coincide com

1 Com mais informações sobre o âmbito de aplicação das fontes aplicáveis ao rapto internacional de crianças, v. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa – *O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças*. “Temas de Direito Internacional Privado e de processo Civil Internacional”. Porto: Librum Editora, 2019, pp. 75-102.

aquela presente no art. 5º, al. a) da Convenção de Haia de 1980. A determinação do direito de guarda é feita de acordo com a lei da residência habitual da criança antes da deslocação.

O objetivo deste estudo será apresentar de forma necessariamente breve algumas tendências da jurisprudência portuguesa em relação ao rapto internacional de crianças, nomeadamente quanto ao conceito de rapto internacional de crianças, o procedimento urgente de regresso e as exceções que podem fundamentar uma decisão de retenção.

2. O regresso célere da criança ao Estado da sua residência habitual

As regras de competência internacional referentes à responsabilidade parental foram inspiradas no superior interesse da criança e, nesta medida, no princípio de proximidade, como se lê no considerando 12. A atribuição da competência ao tribunal mais próximo da criança concretiza-se no art. 8º, pela atribuição de competência aos tribunais do Estado-Membro onde reside da criança à data em que o processo é instaurado no tribunal. No momento de instauração do processo, o tribunal adquire competência e intervém até que haja alteração lícita da residência habitual da criança para outro Estado-Membro.

A regra geral quanto à deslocação ou retenção ilícitas está prevista no art. 10º do Regulamento: os tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança antes da deslocação ilícita continuam a ser competentes após essa deslocação ilícita até que a criança disponha de outra residência habitual num país da UE, o que apenas acontece se estiverem reunidas as circunstâncias previstas nas alíneas daquela norma. Esta estabilidade que advém da manutenção da competência do tribunal da residência habitual de origem da criança permite a obtenção de uma decisão mais célere de regresso, caso se justifique, evitando disputas dilatórias em torno da jurisdição competente. Também se evita, desta forma, favorecer o progenitor que ilícitamente deslocou a criança para outro Estado-Membro, atribuindo competência a um tribunal que naquele momento lhe é mais próximo.

As regras previstas no Regulamento quanto à deslocação ou retenção ilícitas de criança têm um objetivo claro de estabelecer um procedimento célere que permita o regresso imediato da criança ao Estado da sua residência habitual. O mecanismo de regresso imediato da criança, previsto no regulamento, baseia-se num princípio de cooperação judiciária entre os tribunais e autoridades centrais dos Estados-Membros², e visa desencorajar a deslocação ilícita de crianças dentro da União, de forma a respeitar os interesses e vínculos afetivos das crianças. Em caso de

2 O Regulamento institui autoridades centrais, que têm várias funções e têm como objetivo geral o reforço da cooperação entre os Estados-Membros e melhorar a aplicação do regulamento Bruxelas II *bis* (art. 54º e 55º). Entre essas funções constam (art. 54.º e 55.º), entre outras: favorecer o intercâmbio de informações sobre a legislação e procedimentos nacionais respetivos (art. 54.º); ou recolher e proceder ao intercâmbio de informações sobre a situação da criança, sobre qualquer procedimento em curso e sobre qualquer decisão proferida em relação à criança [art. 55, al. a)]; ou facilitar as comunicações entre os tribunais dos

ocorrência destas situações pretende-se obter um regresso rápido da criança, não premiando o pai que raptou a criança com um processo longo e moroso e evitando agravar os danos ocorridos no desenvolvimento afetivo da criança.

Isto mesmo foi reconhecido pelo Tribunal da Relação do Porto, na decisão de 24 de setembro de 2020, onde se afirma que o rapto internacional da criança não é no superior interesse da criança, mas sim o seu regresso ao país de residência habitual³. Também no acórdão da Relação do Porto, de 12 de outubro de 2020, no caso de uma criança deslocada do Brasil para Portugal pela mãe, sem autorização do pai, foi decidido que era no superior interesse da criança retornar rapidamente ao Brasil⁴. Encontramos outro exemplo, na decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de dezembro de 2017, que envolvia a retenção de uma criança em Portugal após umas férias, não tendo esta regressado à Suíça, como deveria.

Em todos os casos se discutiu a noção de rapto internacional da criança, tendo-se decidido, corretamente, que a questão de aferir se aquele pai que deslocou a criança para outro país, ou a reteve noutro país, tem o poder de decidir sozinho o local da residência habitual da criança é determinado de acordo com a lei da residência habitual da criança antes da deslocação ou da retenção.

3. A decisão de regresso

Perante uma deslocação ilícita da criança para outro Estado-Membro, o art. 11º do regulamento Bruxelas II *bis* complementa o disposto na Convenção de Haia de 1980, quanto ao procedimento a adotar. Nesta situação, estabelece o art. 8º da Convenção de Haia de 1980 que qualquer pessoa, instituição ou organismo pode reportar o rapto junto às autoridades competentes do Estado da residência habitual da criança (autoridade central) ou de outro Estado contratante da Convenção de Haia, pedindo assistência para garantir o regresso da criança, pedido este que deve ser acompanhado dos elementos previstos na segunda parte da norma. A autoridade central que foi informada daquele facto deve transmiti-lo à autoridade central do Estado contratante onde a criança se encontra (art. 9º da Convenção de Haia de 1980), que deve tentar promover as medidas necessárias para o regresso voluntário da criança (art. 10º da Convenção de Haia de 1980).

vários Estados-Membros [art. 55, al. c)]. Em Portugal, a autoridade central é a Direção-Geral de Reinserção Social. As mesmas autoridades centrais existem na Convenção de Haia, com idênticas funções.

3 Tribunal da Relação do Porto, Processo 4033/19.5T8AVR-A.P1, de 24-09-2020, Relator Aristides Rodrigues de Almeida, [consultado em 2021-04-01]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/04d3e36347b03afe80258610004e6c80?OpenDocument&Highlight=0,rapto,internacional,de,crian%C3%A7as>.

4 Tribunal da Relação do Porto, Processo 2220/19.5T8GDM.P1, de 12-10-2020, relator Mendes Coelho, [consultado em 2021-04-01]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/bf89672d2eb342c080258632004d73bd?OpenDocument&Highlight=0,rapto,internacional,de,crian%C3%A7as>.

Um das formas de conseguir o regresso voluntário da criança é através do recurso à mediação. Em Portugal, o art. 24º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível estabelece que o juiz pode em qualquer fase do processo determinar a intervenção de serviços públicos ou privados de mediação, que homologará o acordo se satisfizer o interesse da criança, e permite satisfazer aquela determinação da Convenção de Haia.

O art. 11º da Convenção de Haia de 1980 impõe ainda às autoridades judiciais ou administrativas dos Estados contratantes a obrigação de adotar procedimentos de urgência para o regresso da criança. Em caso de deslocação ou de retenção ilícitas de criança e se tiver decorrido menos de um ano entre a data da deslocação ou da retenção ilícitas e o início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontra, aquela autoridade deve ordenar o regresso imediato da criança (art. 12º, § 1). Da mesma forma, caso já tenha decorrido este prazo de um ano, a referida autoridade judicial ou administrativa deve ordenar o regresso da criança. Todavia, neste último caso, a Convenção permite a emissão de uma decisão de retenção da criança se for provado que a criança já está integrada no seu novo ambiente (art. 12º, § 2).

O art. 11º do Regulamento Bruxelas II *bis*, que é aplicável quando o titular do direito de guarda pede às autoridades competentes de outro Estado-Membro uma decisão de regresso de uma criança ilicitamente retida ou deslocada nesse Estado com base na Convenção de Haia de 1980, reitera a ideia do procedimento urgente, estabelecendo no seu n.º 3, que o tribunal onde foi apresentado o pedido de regresso da criança deve utilizar o procedimento mais expedito possível de acordo com a sua legislação nacional, devendo pronunciar-se no prazo máximo de seis semanas a contar da apresentação do pedido (art. 11.º, n.º 3)⁵. Este é um prazo relativamente curto, pensado porque as crianças têm um tempo de maturidade diferente dos adultos: basta pensar na evolução que uma criança de um ano de idade pode ter no espaço de tempo de um ano, em que desenvolve as suas capacidades motoras, linguísticas e cognitivas. Deste pedido deve resultar uma decisão de regresso da criança ao país da residência habitual de origem, podendo ainda em circunstâncias específicas resultar uma decisão de retenção⁶.

O procedimento a adotar por cada Estado deve ser urgente, célere e simplificado. Em Portugal, olhando para o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, que estabelece o regime processual aplicável à regulação do exercício das responsabilidades parentais e questões conexas, verificamos que não existe uma forma especial de processo

5 Exceto em circunstâncias extraordinárias que impeçam o cumprimento deste prazo, que poderão consistir, por exemplo, na dificuldade de encontrar a criança. O Regulamento não tem uma sanção para o não cumprimento do prazo em causa, todavia, poderemos ponderar nestes casos a responsabilidade civil do Estado não cumpridor. Com esta opinião, PATAUT, E. – *Art. 11. In Brussels II bis Regulation* (ed. U. Magnus/P. Mankowski). Munich: Sellier European Law Publishers, 2012, p. 135.

6 Para mais pormenores, v. Tribunal da Relação do Lisboa, Processo 3654/18.8T8CSC.L1-6, de 09-01-2020, relator Ana Paula Albarran Carvalho, [consultado em 2021-04-01]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d327d05dc119cbcd802584ef005d718d?OpenDocument&Highlight=0,rapto,internacional,de,crian%C3%A7as>.

tutelar cível para as ações de regresso e, por isso, os tribunais têm usado a providência tutelar cível comum, prevista no art. 67º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, que permite que o tribunal possa ordenar livremente as diligências que repute necessárias antes de proferir a decisão final. Isto dá uma maior discricionariedade ao juiz na condução do processo, permitindo-lhe dar ao processo uma maior celeridade, o que tem uma vertente positiva, mas esta margem ampla dada ao juiz também tem sido alvo de críticas⁷. Por força do art. 13º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, sendo este um processo de jurisdição voluntária, urgente, corre durante as férias judiciais, e as sentenças são proferidas no prazo de 15 dias [art. 986º, n.º 3, do Código de Processo Civil (CPC)].

As especificidades e as vantagens deste processo de jurisdição voluntária resultam de algumas decisões, como por exemplo da decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de janeiro de 2020. Por um lado, o tribunal tem ampla iniciativa probatória, não estando dependente dos factos alegados pelas partes, admitindo as provas que considerar necessárias (art. 986º, n.º 2, do CPC). Além disso, nos termos do art. 987º do CPC, o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo tomar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna. No caso concreto, o requerido pediu a inquirição de dez testemunhas por videoconferência, na Arménia e na Rússia, a realização de uma perícia e a apresentação de documentos pela contraparte. O Tribunal, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade permitidos pela jurisdição voluntária, indeferiu os referidos meios de prova com base na desnecessidade dos mesmos, ainda que tenha existido a audição do requerido, garantindo-se o exercício do contraditório. No Regime Geral do Processo Tutelar Cível, o princípio do contraditório e o direito de contraditório das partes está salvaguardado no art. 25º.

4. A decisão de retenção

O regresso da criança pode ser recusado com base nos fundamentos previstos no art. 13º da Convenção de Haia de 1980 (decisão de retenção). De notar, que o tribunal do rapto não tem competência para apreciar as questões de responsabilidade parental, porque para essas quem tem competência é o tribunal da residência habitual da criança. Assim foi decidido, corretamente, na Tribunal da Relação de Coimbra de 18 de fevereiro de 2020⁸ e na decisão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 6 de junho de 2019⁹.

7 V. FIALHO, António José – *Contributo para um regime processual das ações de regresso das crianças ilicitamente deslocadas ou retidas (CH 1980)*. “Julgar Online”, maio 2019, pp. 1-48.

8 Tribunal da Relação de Coimbra, Processo 2278/19.7T8ACB.C1, de 18-02-2020, Relator Vítor Amaral, [consultado em 2021-04-01]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/29c867e4fac377678025858b0052b163?OpenDocument&Highlight=0,rapto,internacional,de,crian%C3%A7as>.

9 Tribunal da Relação de Guimarães, Processo 4864/18.3T8GMR-B.G, de 06-06-2019, Relator José Amaral, [consultado em 2021-04-01]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/d915c51e0afb08f78025842a0031a5fd?OpenDocument&Highlight=0,rapto,internacional,de,crian%C3%A7as>.

Os motivos que podem fundamentar uma decisão de recusa estão previstos no art. 1º da Convenção de Haia. Não nos podendo debruçar sobre todos, ficaremos apenas por aquele que é dos mais utilizados para fundamentar uma decisão de retenção¹⁰.

De acordo com a al. b) do art. 13º da Convenção de Haia, pode constituir fundamento de uma decisão de retenção o facto de o regresso representar um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou colocar a criança numa situação intolerável. Para fazer este juízo, as autoridades administrativas ou competentes devem ter em conta a situação social da criança a partir de informações fornecidas pela autoridade central ou outra autoridade competente do Estado da residência habitual da criança (art. 13º, último parágrafo da Convenção de Haia). Todavia, o art. 13º, al. b) da Convenção de Haia não pode ser o fundamento da recusa do regresso, se for provado que foram tomadas as medidas concretas adequadas para garantir a proteção da criança após esse regresso, de acordo com o estabelecido no art. 11.º, n.º 4 do regulamento Bruxelas II *bis*.¹¹ Assim, o Regulamento restringe o alcance do art. 13º, al. b) da Convenção de Haia de 1980, limitando-se as situações de decisões de não retorno com base naquele fundamento. Note-se que disposto no art. 13.º, al b), da Convenção de Haia deve ter uma interpretação restritiva, porque as decisões de retenção são consideradas uma exceção ao regime de regresso da criança que a Convenção tenta implementar e que resultam de um compromisso *frágil*¹² entre os Estados contratantes.

De salientar neste âmbito, a decisão do Tribunal da Relação do Porto, de 24 de setembro de 2020, em que a criança foi deslocada pela mãe da Venezuela para o Porto¹³. Neste caso o Tribunal ponderou o risco de exposição a perigo físico, psíquico e colocação da criança numa situação intolerável, tendo ponderado que «(...) indispensável é (...) haja um risco real, efetivo, de verificação daqueles perigos, independentemente da dimensão destes, sendo certo que será situação intolerável toda aquela que razoavelmente não se possa esperar que a criança deva vivenciar»¹⁴. É de assinalar que neste caso era invocado, entre outros, que a situação de pandemia poria em causa a saúde da criança em caso de regresso à Venezuela e também se alegava que as dificuldades da viagem colocariam em risco a criança. Ora, decidiu o Tribunal

10 Sobre os motivos de recusa, v. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa – *O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças*. Cit., pp. 75-102.

11 Reconhecendo a dificuldade do juiz do processo em aferir se foram adotadas medidas adequadas de proteção no Estado-Membro de origem, sublinha a Comissão Europeia, o papel determinante de assistência que podem desempenhar as autoridades centrais do Estado de origem: Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II-A. Bélgica 2015 [consultado em 2021-04-01], p. 37. Disponível em https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewi2va3ZhZ_xAhVSMewKHdATC9wQFjAAegQIAxAD&url=https%3A%2F%2Fjustice.europa.eu%2FfileDownload.do%3Ffid%3D488478ee-a528-4609-8169-1db80942fb4b&usq=AOvVaw2d5OGKzMA2ro2hgCYT-_R3.

12 Como se pode ler no relatório explicativo da convenção: Pérez-Vera, Elisa – *Explanatory Report on the 1980 HCCH Child Abduction Convention*, Haya: Bureau Permanent de Conférence, 1982, p. 49.

13 Tribunal da Relação do Porto, Processo 4033/19.5T8AVR-A.P1, de 24-09-2020, Relator Aristides Rodrigues de Almeida, [consultado em 2021-04-01]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/04d3e36347b03afe80258610004e6c80?OpenDocument&Highlight=0,rapto,internacional,de,crian%C3%A7as>

14 *Ibid.*

que a situação pandémica existia em Portugal e na Venezuela e que não era possível determinar em qual país a criança estaria em maior risco de contrair a doença e que a execução da ordem de regresso seria feita quando estivessem assegurados os cuidados sanitários indispensáveis (como a autorização de voos diretos para a Venezuela pelas autoridades públicas), não podendo as dificuldades de viagem constituir argumento para impedir esse regresso¹⁵.

Outro exemplo é a decisão do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de março de 2019, em que uma criança de 4 anos foi deslocada do Reino Unido para Portugal. No caso foi considerado, e bem na nossa opinião, que a situação integrava o art. 13º, al. b), da Convenção de Haia, devido à prova de episódios de violência doméstica que envolviam o pai em relação à mãe, certificados pelas autoridades inglesas e que constavam num relatório da segurança social¹⁶. A exposição a situações de violência doméstica sobre a mãe necessariamente tem efeitos sobre a criança. A segunda parte da fundamentação deste Tribunal é que nos parece mais duvidosa. Em primeiro lugar, o argumento do temor de perseguição criminal por parte da mãe, que o próprio Tribunal considera excessivo¹⁷. Por um lado, o tribunal português pode entrar em contacto com as autoridades do Reino Unido para esclarecer esta questão e não ficar por simples suposições, usando para esse efeito as autoridades centrais, previstas na Convenção de Haia e no Regulamento Bruxelas II *bis* (que se aplicava à data). Por outro lado, o regime da Convenção de Haia e do Regulamento não existe para proteger o pai raptor e os fundamentos de retenção não devem ser usados para o efeito. Em segundo lugar, o Tribunal considera que, devido ao Brexit, regressando ao Reino Unido, a mãe terá dificuldade em estabelecer a sua vida profissional e a criança ficará exposta ao clima de conflitualidade existente entre os pais¹⁸. A primeira parte deste argumento foca-se mais na mãe do que na criança e não se percebe como o Tribunal infere que a mãe não conseguirá estabelecer a sua vida profissional do Reino Unido. Além disso, é importante assinalar que, mesmo não regressando ao Reino Unido, a criança tem direito a ter contactos regulares com o pai e, se o pai e a mãe insistirem em ter uma relação de conflitualidade, a criança vai estar sujeita a esse clima. Cabe aos pais, a ambos, alterarem isso, se necessário com auxílio do Tribunal e outras entidades públicas de proteção da criança.

5. Conclusão

O objetivo deste breve estudo foi apresentar alguma jurisprudência portuguesa relativa ao rapto internacional de crianças. Em relação ao conceito de rapto, verifica-se uma tendência em considerar que o rapto internacional não é no superior interesse

15 *Ibid.*

16 Tribunal da Relação do Porto, Processo 3484/16.1T8STS-A.P3, de 08-03-2019, Relator Manuel Domingos Fernandes, [consultado em 2021-04-01]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a259d07da65a450a802583d700547747?OpenDocument&Highlight=0,rapto,internacional,de,crian%C3%A7as>

17 *Ibid.*

18 *Ibid.*

da criança e que esta deve regressar rapidamente ao seu país de residência habitual. Há também a adoção de um processo de regresso urgente, pela utilização da providência tutelar cível comum, prevista no art. 67º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, que dá uma maior discricionariedade ao juiz na condução do processo, permitindo-lhe imprimir uma maior celeridade. Por fim, analisamos duas decisões, em sentido oposto, relativas à al. b) do art. 13º da Convenção de Haia, que pode fundamentar uma decisão de retenção. Estas decisões permitem-nos concretizar o que deve ser entendido como um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou colocar a criança numa situação intolerável. Muitas outras decisões ficaram por analisar, o que nos dá um motivo para voltar a esta temática no futuro.

A natureza (não) jurisdicional do sistema de resolução de litígios da OMC

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.6>

Andreia Barbosa

Professora Convidada equiparada a Professora Auxiliar
na Escola de Direito da Universidade do Minho

1. Enquadramento temático

A Organização Mundial do Comércio (OMC) integra um sistema tendente à resolução dos litígios que surjam entre os respetivos membros, essencialmente relacionados com os termos de interpretação e aplicação dos acordos comerciais multilaterais.

A relevância do aludido sistema fica a dever-se não só à amplitude significativa do seu âmbito de atuação, como também ao, assim recorrentemente qualificado, *caráter vinculativo* que as “decisões e recomendações” ali proferidas conhecem para os respetivos membros, em manifestação de um poder que é tido, também recorrentemente, como sendo *jurisdicional* e de cariz *supranacional*. Assim, ao sistema de resolução litígios da OMC e, em concreto, ao mecanismos pensados para dar cumprimento às suas *determinações*, tem vindo a ser atribuída uma efetividade assinalável, afetando, em particular, os sistemas tributários dos Estados signatários: no sentido da liberalização do comércio internacional, a OMC *pressiona* os Estados a reduzir ou a eliminar imposições que possam interferir nas trocas comerciais.

Não obstante, questiona-se se existirá sustento jurídico para a consideração do sistema de resolução de litígios da OMC como detentor de natureza jurisdicional.

2. Criação, âmbito e propósitos do sistema de resolução de litígios

A coordenação global da disciplina aplicável às transações internacionais de mercadorias e de serviços tem vindo a ser reputada como *necessária*, perante a constatação da emergência de padrões de consumo comuns, especialmente reconduzidos à prossecução do desenvolvimento sustentável, ainda que por via de um comércio livre, *livre* de fronteiras e de encargos (particularmente, de direitos aduaneiros). Esta coordenação normativa, apesar dos assinaláveis avanços já verificados, surge, porém, como de difícil concretização plena quando perspetivada a uma escala

supranacional, e é a regulação do conflito que se tem vindo a assumir como um adequado e eficaz instrumento para ali voltado¹.

O sistema de resolução de litígios da OMC surge, precisamente, como uma das formas de solucionar os litígios (*disputes*) que, no domínio do comércio internacional, emergem, evitando-se que extravasem para os planos político e militar. Tais litígios são, para estes efeitos, entendidos como divergências ou polarizações de interesses, pretensões ou perspectivas de Direito, de facto ou de orientação política, que sejam suscetíveis de ameaçar o comércio livre.

É o Memorando de Entendimento sobre as Regras e Processos que regem a Resolução de Litígios (MERL) – anexo 2 do acordo que institui a OMC – que cria o sistema de resolução de litígios, enquanto elemento fulcral de garantia da segurança e previsibilidade do sistema multilateral de comércio (artigo 3.º, n.º 2) e que estabelece as regras aplicáveis para o efeito. O Apêndice 1 do Memorando enumera os acordos abrangidos pelo sistema de resolução de conflitos da OMC. Aqui ficam incluídos o acordo que institui a OMC, os acordos multilaterais, não só sobre o comércio de mercadorias, mas também de serviços, propriedade intelectual, segurança fitossanitária e o próprio Memorando, e ainda os acordos comerciais plurilaterais, dentro de determinadas condições. Excluída do âmbito do sistema de resolução de litígios fica a impugnação de atos da OMC.

As regras do Memorando são sustentadas por um dos pilares do Direito Internacional contemporâneo: o princípio da resolução pacífica dos litígios, que conhece acolhimento na Carta das Nações Unidas, nos artigos 2.º, n.º 4, e 33.º. Trata-se de um princípio que – ainda que se insista, hodiernamente, na necessidade de desenvolver mecanismos de *prevenção* dos conflitos internacionais, e não, tão só, na *resolução* dos mesmos² – decorre da proibição do recurso à força como prerrogativa da soberania dos Estados e como meio normal de resolução de conflitos.

O sistema de resolução de litígios da OMC, nos termos em que se encontra construído, é fruto da evolução verificada desde o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) de 1947, cujos artigos XXII e XXIII estabeleciam um sistema de consultas entre as partes contratantes para a apreciação de representações e para a resolução negociada ou mediada de conflitos. Tratava-se, portanto, de um mecanismo baseado, fundamentalmente, na capacidade negocial das partes, que procuravam chegar a uma decisão consensual, numa solução *power-oriented*. Na ausência de uma solução dentro de um prazo razoável, tinha lugar um inquérito por parte de um painel constituído para esse efeito e eram formuladas recomendações conciliatórias, podendo também ser impostas sanções. Pelo contrário, o atual modelo de resolução de litígios da OMC é tido como *juridificado* e *processualizado*, precisamente porque tais

1 Cf. CABRAL DE MONCADA, Luiz, *O Estado Pós-Moderno – Para um novo paradigma de compreensão das actuais relações entre o Estado, o Direito e a Sociedade Civil*, Lisboa, Quid Juris, 2018, p. 205, ISBN 9789727247950.

2 Cf. MACHADO, Jónatas, *Direito Internacional*, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 671, ISBN 9789723221817.

litígios comerciais são encaminhados para o sistema de resolução, numa solução *rule-oriented*³.

Aquela abordagem *power-oriented* potenciava soluções baseadas em posições de poder ou de influência, enquanto que a abordagem *rule-oriented* implica a subordinação às normas previamente instituídas – em prol de maior previsibilidade, calculabilidade, segurança e confiança –, e afasta a politização, ainda que possa ser entendida como um excesso de legalismo e de litigância, marginalizando atores políticos, diplomatas e economistas do comércio internacional e insuflando a intervenção dos juristas⁴. Ainda assim, o ORL representa uma forma de preservação dos direitos e das obrigações dos Membros da OMC e contribui para a clarificação das disposições desses acordos em conformidade com as normas de interpretação do Direito Internacional Público.

A resolução de litígios comerciais representa, de resto, uma tarefa especialmente complexa, desde logo considerando que as normas da OMC não podem ser dissociadas do restante Direito Internacional, consuetudinário e convencional, de natureza geral e especial, representando apenas uma parte do todo da normação de nível global.

3. A composição e o funcionamento do sistema de resolução de litígios

O sistema de resolução de litígios é integrado pelo órgão de resolução de litígios (ORL), que assume como função a aplicação das normas do Memorando e das disposições de consulta e resolução de litígios previstas nos acordos abrangidos.

O ORL compreende dois graus de intervenção (referimo-nos a *graus de intervenção* ao invés de *graus de decisão* ou de *jurisdição*, precisamente porque se pretende aferir se o carácter jurisdicional existe, de facto, no ORL, e porque da letra do Memorando não resulta expressão diferente). É no âmbito do primeiro grau de intervenção que são designados, por regra, três elementos (*panelists*) *ad hoc* para composição de um painel, o qual deverá auxiliar o ORL no desempenho das obrigações que lhe são atribuídas pelo Memorando e pelos acordos abrangidos. O painel, composto por indivíduos altamente qualificados (artigo 8.º do Memorando), deverá concretizar uma avaliação objetiva do assunto que lhe seja submetido, analisando os factos e avaliando a aplicabilidade e a concordância com os acordos abrangidos e que sejam pertinentes para o caso, formulando conclusões que auxiliem o ORL na formulação de “recomendações ou decisões” (artigo 11.º do Memorando). Já o segundo grau de intervenção – *Appellate Body* – implica a participação de pessoas de reconhecida autoridade, especialistas em Direito, em comércio internacional e nas matérias reguladas nos acordos abrangidos em geral (artigo 17.º do Memorando). Ao órgão de

3 Cf. MATTHIAS OESCH, *Standards of Review in WTO Dispute Resolution*, Oxford, Oxford University Press, 2003, ISBN: 9780199268924, p. 4 e seguintes.

4 Cf. ROBERT HOWSE e SUSAN ESSERMAN, “*The WTO on Trial*”, in *Foreign Affairs*, jan./feb., 2004, p. 130 e seguintes.

recurso fica vedada a apreciação do acervo fático-probatório, apenas podendo, em sede de recurso apresentado contra o relatório do painel, debruçar-se sobre questões de Direito (artigo 17.º, n.º 6, do Memorando).

Da intervenção do ORL surgirão, então, “recomendações ou decisões”, as quais se destinam a conseguir uma resolução satisfatória da questão em litígio, de acordo com os direitos e com as obrigações previstos no Memorando e nos acordos por ele abrangidos (artigo 3.º, n.º 2 e 4, do Memorando).

O processo decisório do ORL é baseado no consenso e não na unanimidade, tal como acontecia no GATT de 1947, no contexto do qual as deliberações só podiam ser assim tomadas, o que incluía o voto da parte interessada, dando origem, desta forma, a bloqueios. Verificar-se-á consenso se nenhum Membro contestar formalmente a “decisão proposta”, não sendo necessário que todos votem a favor. A exigência de que exista um consenso quanto à adoção de relatórios dos painéis ou do órgão de recurso torna altamente improvável que seja bloqueada a adoção de tais *relatórios*, o que vem em reforço da eficácia do mecanismo de resolução de litígios no âmbito da OMC (e ainda que o normador não tenha feito uso de uma expressão que melhor fosse capaz de traduzir a suposta vinculatividade). A adoção do relatório do painel ou do órgão de recurso (que tem poderes para confirmar, alterar ou revogar as conclusões do painel) leva a que, caso o Membro em causa não diligencie no sentido de assegurar a conformidade com o acordo em análise da medida considerada incompatível com este, se procure chegar a um *entendimento* quanto a uma compensação satisfatória.

4. A (não) vinculatividade das recomendações e decisões

O relatório do Parlamento Europeu sobre o rumo da OMC trata o ORL, e em particular, o órgão de recurso, como a “joia da coroa da OMC”, em virtude “do carácter vinculativo das suas decisões e do seu estatuto enquanto órgão de recurso independente e imparcial”⁵.

A eficácia recorrentemente reconhecida ao ORL reconduz-se, essencialmente, ao facto de se prever a possibilidade de se autorizar o Estado vencedor num determinado litígio a recorrer ao uso de sanções comerciais, suscetíveis de incluir compensações e a suspensão de concessões, quando o Estado vencido se recusar a cumprir com as recomendações e com as regras contidas nos relatórios emitidos pelo painel ou pelo órgão de recurso. E se esta é uma vantagem associada à intervenção do ORL, também serve de indicador do carácter dúbio da qualificação das recomendações e decisões como sendo juridicamente vinculativas. É que as recomendações ou regras fixadas podem vir a ser cumpridas pelo Estado vencido no litígio não por imposição do ORL, mas sim por via das medidas eventualmente adotadas pelo Estado vencedor. Aliás, na letra do próprio Memorando, no caso de um painel ou do órgão de recurso

5 Relatório do Parlamento Europeu de 22 de novembro de 2018, “Sobre a OMC: o rumo a seguir” (2018/2084(INI)), Comissão do Comércio Internacional [consultado em 2021-05-11]. Disponível na World Wide Web: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0379_PT.html>.

considerarem uma medida incompatível com um acordo abrangido, *recomendarão* ao membro em causa a conformação dessa medida com o acordo, podendo também *propor* formas para a execução, pelo Membro em causa, dessas recomendações (artigo 19.º do Memorando). Está-se, pois, perante recomendações, propostas.

O ORL fiscalizará a execução das recomendações ou decisões, sendo que a questão da execução das mesmas pode ser levantada no ORL por qualquer Membro, em qualquer momento após a sua adoção (artigo 21.º, n.º 6, do Memorando). Daqui resulta que a fiscalização é meramente eventual. Acresce ainda que, mesmo que os painéis possam formular recomendações concretas para implementação da decisão, o Estado vencido dispõe de uma margem de manobra considerável no que concerne à escolha das medidas a adotar, contando com um prazo de trinta dias para manifestar quais são as suas *intenções* em matéria de cumprimento da decisão (artigo 21.º, n.ºs 3 e 6, do Memorando).

Ora, inexistente um ente que garanta a execução coerciva da decisão, estando apenas previsto um procedimento especial para a eventualidade de incumprimento e prevê-se a possibilidade de adoção, por parte do Estado lesado, de medidas de compensação e de suspensão de concessões, como forma de sanção ou de retaliação. Assim, quando uma medida adotada por um Estado é impugnada de forma bem sucedida por outro, esse Estado não tem necessariamente que a revogar, podendo, alternativamente, pagar uma compensação ou sofrer retaliações⁶.

A prática demonstra, é certo, que os Estados vencidos tendem a adotar as recomendações ou decisões proferidas, nalguns casos ainda antes até do termo do prazo para o efeito⁷. Não obstante, as medidas de compensação ou de suspensão de concessões, ainda que sejam consideradas como de *ultima ratio*, também já foram empregues, tendo incluído formas de retaliação cruzada, dirigidas a setores ou tratados distintos⁸. Para além de ser questionável a adequação daquelas medidas para obter o cumprimento das decisões do ORL, serão elas suficientes para demover os Estados financeiramente mais prósperos? E no caso de serem Estados financeiramente mais prósperos os lesados/vencedores, e evitando o uso das medidas por consideração aos eventuais desequilíbrios de poder existentes, como garantir que mantêm uma atuação que não faça uso de uma ameaça nesse sentido? Como controlar ou evitar que as retaliações não produzam efeitos económicos e sociais negativos nos Estados menos prósperos? O que fazer se um Estado não contar com condições políticas internas para implementação das recomendações e decisões do ORL?

6 Cf. JUDITH BELLO, "The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More", in *American Journal of International Law*, 1996 [consultado em 2021-04-30], p. 416. Disponível na World Wide Web: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/037703CC2300A3280FC6D3028B706B29/S0002930000074637a.pdf/wto_dispute_settlement_understanding_less_is_more.pdf>.

7 Por exemplo, *vide* os casos: Panamá vs. Colômbia (DS366, 2007); Canadá vs. Japão (DS139, 2000); Argentina vs. Japão (DS445, 2012).

8 *Vide* o caso Estados Unidos vs. Brasil (DS267, 2014).

E mesmo que a adesão às decisões exista, poderá ser justificada pelo cumprimento da máxima *pacta sunt servanda* e pelas influências externas, de caráter não jurisdicional, e da pressão que o Estado vencido é capaz de receber.

Não se coloca em causa a conceção do ORL como um meio de reforço e incentivador do cumprimento das disposições do acordo da OMC, tal, como de resto, é expressamente reconhecido no próprio Memorando, quando se diz que o sistema de resolução de litígios da OMC constitui um elemento de garantia da segurança e previsibilidade do sistema multilateral de comércio internacional. *Um elemento*, como outros que existem e que são capazes de contribuir para a segurança e certeza jurídicas no contexto do comércio internacional.

As consequências advindas do não acolhimento das recomendações ou decisões proferidas surgem, pois, por opção dos Estados vencedores, o que contribuiu para afastar das mesmas um caráter vinculativo. Este não é, porém, o entendimento sufragado pela maioria da doutrina, que tende a reconhecê-lo⁹, ainda que aconselhe especial prudência e contenção na interpretação de normas ambíguas ou imprecisas, a fim de não ser perturbado o consenso e os compromissos existentes, sendo recorrentemente sublinhada a importância da autocontenção jurídica e da necessidade de deferência para com a interpretação avançada pelos Estados, em nome do respeito pela respetiva soberania.

Por outro lado, afigura-se-nos incongruente que se reconheça vinculatividade às decisões e recomendações proferidas, quando a vinculatividade reconduzível às próprias regras que as sustentam é questionável. Em conformidade com o entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia, as regras do GATT/acordo OMC assentam no princípio básico de *negociações mutuamente vantajosas* e não no estabelecimento de normas gerais contendo obrigações jurídicas precisas, universalmente vinculativas. Também não conhecem aplicabilidade direta, na medida em que a invalidação, pelos Tribunais nacionais, de normas internas contrárias aos mesmos retiraria aos poderes legislativo e executivo a possibilidade prevista no próprio Memorando (artigo 22.º) de negociar soluções temporárias¹⁰.

5. O caráter (não)jurisdicional do sistema de resolução de litígios

Mas será a ausência de uma efetiva vinculatividade das recomendações e decisões proferidas no sistema de resolução de litígios motivo bastante para se concluir no sentido de que lhe deverá ser negada a natureza jurisdicional, não se podendo falar, assim, de uma efetiva “jurisdição universal” em matéria de comércio internacional¹¹?

9 Por todos, vide MACHADO, Jónatas, *Direito Internacional*, *op. cit.*, p. 553, e obras ali citadas.

10 Vide, por exemplo, o acórdão proferido no caso Portugal vs. Council, processo C-149/96.

11 Cf. MAGALHÃES, Tarcísio Diniz, *Governança Tributária Global: Limitações Externas ao Poder de Tributar (e de Não Tributar) na Pós-Modernidade*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2018, ISBN: 978-8582382516, p. 167.

Um Tribunal é um órgão independente, ao qual determinado(s) ordenamento(s) reconhece(m) a competência para decidir e se pronunciar, como última palavra, vinculativa, acerca de questões jurídicas. Para que se possa, então, estar perante um Tribunal, é necessário que a sua finalidade primordial se reconduza à obtenção da paz jurídica, por meio da decisão de verdadeiras questões jurídicas (litígios ou aferição da conformidade legal de determinado ato com um determinado parâmetro de validade – *norma jurídica*); e que aos respetivos membros – *juízes* – devem ser reconhecidas as prerrogativas de dupla independência: objetiva (subordinação ao Direito e não a pautas políticas, por exemplo) e subjetiva (inamovibilidade e irresponsabilidade em consequência das decisões tomadas). Para além de em nenhum dos graus de decisão ser sequer empregue a expressão “*judge* (empregando-se antes o termo “*person*”, o que por si só afasta a intenção de se qualificar estes elementos como *juízes*), do Memorando não resulta a adequada consagração de tais prerrogativas (a seleção dos *membros do painel* feita “tendo em vista a sua independência” – artigo 8.º, n.º 1, do Memorando – não coincide com a objetividade que deve ser garantida num Tribunal).

Ora, se assim é, parece ser difícil reconhecer ao sistema de resolução de litígios da OMC a qualidade de Tribunal, enquanto órgão jurisdicional. Estará, isso sim, mais próximo da *conciliação*, enquanto meio não jurisdicional de resolução de litígios, ao implicar a submissão das posições em confronto a uma comissão especialmente qualificada (*experts*), tendo em vista o esclarecimento da questão a partir dos vários pontos de vista. Trata-se esta de uma conclusão que, de resto, vai ao encontro do entendimento segundo o qual, na esfera internacional, devem ser promovidos procedimentos alternativos na resolução de litígios, centrados na adoção de formas amigáveis, ao invés de formas judiciais ou de outras tidas como agressivas, que privilegiem a resolução de conflitos por via da negociação de cedências mútuas, de acordo com os interesses dos Estados envolvidos.

Políticas de Saúde Pública, Impostos sobre as bebidas alcoólicas e com açúcar e do tabaco em Portugal

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.7>

Carlos Rodrigues

Professor de Direito – Investigador do
Instituto Jurídico Portucalense – IJP, Porto

1. Introdução

O nosso estudo analisa a aplicabilidade do princípio da equivalência, ou os também designados impostos regulatórios ou impostos corretivos, subjacente à criação dos impostos sobre o tabaco, sobre as bebidas alcoólicas e as bebidas adicionadas de açúcar ou outros edulcorantes, com a finalidade de compreendermos a sua dupla função. Arrecadação de receita fiscal e diminuição do consumo destes bens.

2. A proteção constitucional da saúde

2.1. O direito à proteção à saúde na Constituição da República Portuguesa

Se atentarmos no artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa – CRP, estabelece no seu n.º 1 que *todos têm direito à proteção da saúde*, contudo também nos diz que *a todos é imposto o dever de a defender e promover*.

Evidentemente que este *direito à proteção da saúde* integra duas componentes que se interligam e complementam, ou seja, se por um lado há o direito de exigir ao Estado e a todos os outros que nos rodeiam, isto é, a terceiros, que não pratiquem atos que possam pôr em causa a saúde de cada um de nós, e logicamente a saúde de todos, igualmente estabelece um dever individual e geral de abstenção, o que significa que temos o direito de exigir ao Estado que tome as medidas que concretizem estes direitos através da criação das necessárias prestações que tenham como finalidade prevenir as doenças e proceder ao seu necessário tratamento¹.

Sobressaem para nós desta realidade constitucional dois factos importantes. Se por um lado cada um de nós tem o dever de promovermos e defendermos a nossa saúde,

1 Veja-se GOMES CANOTILHO, J. J. e VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa – Anotada – Volume I – 4.ª Edição* Revista. Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8, pág. 825.

isto como seres humanos individualmente considerados, por outra via temos o dever de promovermos e defendermos a saúde de cada um dos outros, logo a saúde pública². Esta tarefa está a cargo quer de cada concreto ser humano, quer de cada pessoa jurídica que, por ação ou omissão, não o faça no desenvolvimento do seu escopo social.

Curiosamente a CRP na alínea f) do n.º 3 deste artigo 64.º impõe que sejam estabelecidas políticas públicas de prevenção e de tratamento da toxicod dependência, desde a sua revisão constitucional de 1997, mas nada refere acerca do tabaco, do álcool e do açúcar.

Naquela data o poder constituinte entendeu por bem tentar travar um flagelo nacional, isto é, criar linhas diretrizes constitucionais que dessem guarida ao combate à toxicod dependência e que se traduzissem quer na prevenção, quer no tratamento das pessoas afetadas diretamente, quer de todas aquelas que indiretamente o são.

Evidentemente que apesar de o poder constituinte ter valorizado constitucionalmente este problema de saúde pública, de facto não podemos olvidar que nesta mesma linha temos outros problemas de saúde pública motivados pelo tabagismo, consumo de bebidas alcoólicas e de elevados teores de açúcar que se enquadram dentro do âmbito de uma promoção para a *educação sanitária do povo* e para as *práticas de vida saudável* que estão incorporadas na alínea b) do n.º 2 daquele artigo da CRP.

2.2. O Serviço Nacional de Saúde na Constituição da República Portuguesa

O direito constitucional da proteção à saúde está a cargo do Estado através da criação do Serviço Nacional de Saúde – SNS e que de acordo com a imposição constitucional tem que ter carácter universal e geral, impondo-se-lhe ainda que seja tendencialmente gratuito.

Evidentemente que a existência do SNS acarreta logicamente que a sua prestação de serviços seja suportada diretamente pelo orçamento do Estado através da *socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentos* – vide alínea c) do n.º 3 do artigo 64.º da CRP³, ou seja, será o Estado através da arrecadação de receitas tributárias que suporta as despesas geradas pelo SNS. É que na realidade vivemos num “Estado Fiscal”, isto é, vivemos num Estado em que as receitas obtidas para fazerem face às despesas que em cada ano constam do Orçamento Geral do Estado – OE, proveem, por excelência, da arrecadação de impostos e contribuições, o que significa a gratuidade em geral é suportada por todos através dos seus impostos.

2 GOMES CANOTILHO, J.J. e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 826.

3 GOMES CANOTILHO, J.J. e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pp. 827-828.

3. Dados estatísticas sobre a saúde

Neste momento vamos fazer uma breve análise a alguns dados estatísticos para compreendermos quais os efeitos para a saúde individual de cada um, e no conjunto para a saúde pública, de alguns hábitos da população em geral.

3.1. *Evolução das consultas de apoio intensivo à cessação tabágica*

São bem conhecidos os feitos nefastos do tabagismo. Para percebermos o total de consultas para apoio à cessação tabágica, extraímos do “Relatório Anual de 2019” para o “Acesso a cuidados de saúde nos estabelecimentos do SNS e entidades convencionadas”⁴, publicado pelo Ministério da Saúde.

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total de consultas	19 620	20 667	20 898	22 358	26 043	30 706	31 822	39 763	44 099	41 651
Primeiras consultas	4 917	5 778	6 959	5 631	7 527	8 563	7 134	11 493	12 961	12 578

Quadro 1
Consultas cessação tabágica.

Ressalta deste relatório anual um aumento de 212,288% do número total de consultas, entre 2010 e 2019, para se que este vício cesse, sendo essa percentagem ainda maior quando analisamos o acesso à primeira consulta com um aumento de 255,806%.

3.2. *Utentes sob intervenção em Centros de Responsabilidade Integrados com problemas ligados ao álcool*

Os problemas de saúde gerados pelo consumo de bebidas alcoólicas são sobejamente conhecidos e o gráfico infra expressa-nos de forma viva as pessoas que estão em tratamento, ou que o iniciaram, para porem fim a essa maleita. O quadro infra exhibe dados extraídos do “Relatório Anual de 2019” para o “Acesso a cuidados de saúde nos estabelecimentos do SNS e entidades convencionadas”⁵, publicado pelo Ministério da Saúde⁶.

4 *Relatório Anual de 2019 para o Acesso a cuidados de saúde nos estabelecimentos do SNS e entidades convencionadas*, Ministério da Saúde. [Consultado em 2021/05/15] Disponível em https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2020/09/Relatorio_Anual_Acesso_2019.pdf, p. 36.

5 *Relatório Anual de 2019 para o Acesso a cuidados de saúde nos estabelecimentos do SNS e entidades convencionadas*, Ministério da Saúde. [Consultado em 2021/05/15] Disponível em https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2020/09/Relatorio_Anual_Acesso_2019.pdf, p. 133.

6 *Relatório Anual de 2019 para o Acesso a cuidados de saúde nos estabelecimentos do SNS e entidades convencionadas*, Ministério da Saúde. [Consultado em 2021/05/15] Disponível em https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2020/09/Relatorio_Anual_Acesso_2019.pdf, p.18.

Quadro 2
Tratamento de alcoolismo.

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Utentes em tratamento no ano	10 382	10 848	11 117	11 616	11 881	12 498	13 678	13 828	13 422	13 951
Novos utentes	1 549	3 009	3 344	3 403	3 353	3 704	3 759	3 352	3 403	3 416

Este relatório demonstra o aumento constante de pessoas que recorrem às consultas, quer já em tratamento, quer no acesso a ele.

3.3. A pré-obesidade e a obesidade em Portugal e as implicações no SNS

De acordo com o “programa nacional para a promoção da alimentação saudável – 2020”, a obesidade afeta cerca de 22% da população nacional, o que provoca uma pressão constante no Serviço Nacional de Saúde.

De acordo com esse estudo, e tendo em atenção o número de utentes do SNS, tem havido um aumento constante de utentes inscritos nos Cuidados de Saúde Primários com registo de pré-obesidade. O quadro infra regista a evolução gradativa da percentagem entre o total de utentes inscritos no SNS e aqueles que apresentam sinais de pré-obesidade em Portugal Continental.

Quadro 3
Percentagem de pré-obesos entre os inscritos no SNS.

ANO	2014	2015	2016	2017	2018	2019
%	4,8%	5,8%	6,4%	7,0%	12,9%	16,7%

Se atentarmos naquele estudo e observamos os dados relativos à obesidade, a evolução entre total de utentes inscritos nos Cuidados de Saúde Primários e aqueles que apresentam sinais de obesidade em Portugal Continental é ⁷.

Quadro 4
Percentagem de obesos entre os inscritos no SNS.

ANO	2014	2015	2016	2017	2018	2019
%	6,0%	7,7%	8,0%	8,6%	10,7%	11,9%

Os dados expostos mostram-nos a flagelo da obesidade na saúde pública nacional.

4. A tributação como elemento influenciador na proteção da saúde pública

Em 1920 o economista Arthur Pigou na sua obra “The Economics of Welfare”⁸ demonstrou que a criação de um tributo sobre determinados produtos que geram efeitos colaterais negativos para a sociedade levam a uma diminuição do seu consumo e, por via desse facto, provocam as necessárias correções na diminuição do seu consumo e também contribuem para cobrir os custos sociais desses efeitos negativos

⁷ Relatório Anual de 2019 para o Acesso a cuidados de saúde nos estabelecimentos do SNS e entidades convencionadas, Ministério da Saúde. [Consultado em 2021/05/15] Disponível em https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2020/09/Relatorio_Anual_Acesso_2019.pdf, p. 18.

⁸ PIGOU A. C. – *The Economics of Welfare*. Publisher Macmillan and Co.: London, 1920.

na sociedade. Hoje em dia está bem patente esse facto na tributação criada por exemplo no âmbito da poluição ambiental, no tabaco, nas bebidas alcoólicas e nas bebidas com açúcar.

Chegados aqui vamos, então, fazer uma breve análise ao sistema tributário português para compreendermos como é que se interligam alguns impostos com a proteção da saúde pública.

4.1. O Sistema Tributário na Constituição da República Portuguesa

O n.º 1 do artigo 103.º da CRP estabelece que o sistema fiscal tem como finalidade a *satisfação das necessidades do Estado* e também *uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza*. A sua interligação com o seu n.º 4 do artigo 104.º ressalta que a *tributação do consumo* tem que se adaptar à *evolução das necessidades do desenvolvimento económico e da justiça social*, justiça social esta que faz parte do leque das incumbências prioritárias do Estado enunciada no artigo 81.º da CRP e que na sua alínea b) impõe ao Estado que a promoção dessa justiça social seja assegurada através do sistema fiscal⁹.

Como sistema que é, tem que comportar em si uma coerência interna, mas também externa com todas as outras funções do Estado Social¹⁰. É que não nos podemos esquecer que a finalidade principal da arrecadação dos impostos é para o Estado e outras entidades públicas fazerem face às suas despesas¹¹. Evidentemente que esta ligação tem um elo fundamental e funcional com as outras funções do Estado, designadamente com as necessidades financeiras do Sistema Nacional de Saúde na sua função de Estado Social¹².

4.2. Os Impostos especiais de Consumo

O Decreto-Lei n.º 73/2010, de 21 de junho, aprovou o Código dos Impostos especiais de Consumo que integram na sua parte especial, e para o que aqui nos interessa, o “Imposto sobre as bebidas alcoólicas”, o “Imposto sobre Bebidas não alcoólicas” e o “Imposto sobre o Tabaco”.

O preâmbulo daquele diploma tem o cuidado de chamar à atenção para o facto destes tributos terem uma ligação especial com os custos da saúde pública ao escrever taxativamente que também se tinha aproveitado para *contemplar no texto normativo*,

9 Veja-se GOMES CANOTILHO, J. J. e VITAL MOREIRA *Constituição da República Portuguesa – Anotada – Volume I – 4.ª Edição Revista*. Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8, págs. 968, 1088 e 1089, 1101.

10 Veja-se MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto – *La función tributaria en el marco del Estado social y democrático de derecho in Derecho Financiero Constitucional*. “Estudios en Memoria del Profesor Jaime García Añoveros” Civitas: España, 2001.

11 Veja-se CASALTA NABAIS, José – *Direito Fiscal*. 11.ª Edição. Almedina: Coimbra, 2007.

12 Veja-se CASALTA NABAIS, José – *Direito Fiscal*. 11.ª Edição. Almedina: Coimbra, 2007.

enquanto princípio legitimador destes impostos, o princípio da equivalência, distinto do da capacidade contributiva, e que dita a respectiva adequação ao custo provocado pelos contribuintes nos domínios da saúde pública.

É, assim, bem patente a ligação destes tributos com o Estado Social na sua vertente de interligação da obtenção da receita com a tentativa de diminuição do consumo ao provocar um aumento do preço de venda ao público, por um lado, mas também obter receitas para fazer face às despesas da saúde pública geradas pelas doenças provocadas com o consumo daquele tipo de bens¹³.

Chegados aqui vamos então compreender quais os fluxos financeiros gerados por estes Impostos Especiais, para compreendermos quer o custo que os mesmos representam para o consumidor final aquando da compra dos produtos que onerados com eles, quer a receita que geram para os cofres do Estado¹⁴.

4.2.1. Imposto sobre o Tabaco

O Código dos Impostos Especiais de Consumo - CIEC disciplina entre os artigos 101.º e 115.º a tributação do “Imposto sobre o tabaco”.

De acordo com os dados estatísticos insertos no site da Autoridade Tributária e Aduaneira, este imposto rendeu aos cofres do Estado, entre os anos de 2010 e 2019, um valor que varia entre 1 212,8 milhões de Euros, no ano de 2015 e 1 515,1 milhões de Euros no ano de 2016, embora se mantenha de uma forma algo constante na ordem de 1 400 milhões de Euros de receita anual.

Quadro 5
Receita cobrada com o Imposto sobre o Tabaco.

Ano/Milhões de Euro	Cigarros	Charutos e cigarrilhas	Tabaco de corte fino	Outros tabacos	Total
2010	1 395,6	3,6	28,6	0,9	1 428,7
2011	1 366,7	5,1	72,6	2,3	1 446,7
2012	1 225,6	4,0	112,6	11,3	1 353,5
2013	1 193,3	6,1	103,2	10,3	1 312,9
2014	1 250,0	13,9	135,5	0,8	1 400,2
2015	1 096,8	19,3	95,7	1,0	1 212,8
2016	1 386,2	19,7	107,1	2,1	1 515,1
2017	1 333,3	13,5	91,8	6,3	1 444,9
2018	1 263,3	26,6	68,6	17,1	1 375,6
2019	1 297,2	19,4	70,2	40,6	1 427,4

13 Veja-se MACHADO, Jónatas e NOGUEIRA DA COSTA, Paulo – *Manual de Direito Fiscal, perspectiva multinível*. 3.ª edição. Almedina: Coimbra, 2019.

14 Os dados estatísticos que vamos referenciar foram extraídos do site da Autoridade Tributária e Aduaneira, consultado em 2021/05/15, sob a designação “Estatísticas -Receitas cobradas (2010 a 2019)” na página da Web <https://info-aduaneiro.portaldasfinancas.gov.pt/pt/estatisticas/Pages/estatisticas.aspx>

4.3. Imposto sobre o álcool, as bebidas alcoólicas e as bebidas adicionadas de açúcar ou outros edulcorantes

O CIEC integra originariamente normas que disciplinam a tributação das bebidas alcoólicas. Desde a sua modificação pela Lei n.º 52/2016, de 28 de Dezembro, Lei do Orçamento de Estado para o ano de 2017, que passou a integrar regras disciplinadoras da tributação das bebidas adicionadas de açúcar ou outros edulcorantes.

Ano	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Receita em Milhões de Euro	182,0	172,8	168,0	173,1	176,1	182,9	193,6	279,4	290,9	279,4

Quadro 5

Receita cobrada com o Imposto sobre o álcool, bebidas alcoólicas e com açúcar e edulcorantes.

A receita fiscal arrecada com estes impostos nos anos de 2017, 2018 e 2019, depois de ter entrado em vigor a tributação das comparativamente “bebidas adicionadas de açúcar ou outros edulcorantes”, comparativamente com o ano de 2016, teve um crescimento de 152,761% par a 2017, de 159,048% para 2018 e de 152,761% para 2019, ou seja, a tributação deste tipo de bebidas provocou um aumento de receita em mais de 50% naqueles anos, comparativamente com o cobrado no ano de 2016.

Tendo em atenção os dados divulgados pelo “Programa Nacional para a Promoção da Alimentação Saudável – 2020”, o volume de vendas das bebidas açucaradas, entre os anos de 2017-2020 sofreu uma diminuição de cerca de 15%, ou seja, a tributação provocou uma diminuição do consumo deste tipo de bebidas e um aumento significativo de receita fiscal¹⁵.

5. Conclusão

Evidencia este tipo concreto de tributação dos impostos especiais sobre o consumo que o poder político-legislativo o utiliza para criar impostos regulatórios influenciadores da desincentivação do consumo de produtos nocivos à saúde pública. A utilização do princípio da equivalência no sistema fiscal onera os contribuintes que através de efeitos nefastos para a saúde pública provocam custos financeiros para a manutenção do Estado Social. Estamos assim perante impostos com funções corretivos ou extrafiscais.

15 Veja-se o *Programa Nacional para a Promoção da Alimentação Saudável – 2020*. [consultado em 2021/05/15] Disponível na internet em <https://alimentacaosaudavel.dgs.pt/activeapp2020/wp-content/uploads/2020/11/Relato%CC%81rio-PNPAS-2020.pdf> pág. 37.

Estatísticas – Receitas cobradas (2010 a 2019). Autoridade Tributária e Aduaneira. [consultado em 2021/05/15] disponível na internet em <https://info-aduaneiro.portaldasfinancas.gov.pt/pt/estatisticas/Pages/estatisticas.aspx>.

CASALTA NABAIS, José – *Direito Fiscal*. 11.ª Edição. Almedina: Coimbra, 2007.

GOMES CANOTILHO, J. J. e VITAL MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa – Anotada – Volume I – 4.ª Edição Revista*. Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8, pág. 825.

MACHADO, Jónatas e NOGUEIRA DA COSTA, Paulo – *Manual de Direito Fiscal, perspetiva multinível*. 3.ª edição. Almedina: Coimbra, 2019.

MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto – *La función tributaria en el marco del Estado social y democrático de derecho in Derecho Financiero Constitucional*. “Estudios en Memoria del Profesor Jaime García Añoveros” Civitas: España, 2001.

PIGOU A. C. – *The Economics of Welfare*. Publisher Macmillan and Co.: London, 1920.

Programa Nacional para a Promoção da Alimentação Saudável – 2020. [consultado em 2021/05/15] Disponível na internet em <https://alimentacaosaudavel.dgs.pt/activeapp2020/wp-content/uploads/2020/11/Relato%CC%81rio-PNPAS-2020.pdf>. pág. 37.

Relatório Anual de 2019 para o Acesso a cuidados de saúde nos estabelecimentos do SNS e entidades convencionadas, Ministério da Saúde. [Consultado em 2021/05/15] Disponível em https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2020/09/Relatorio_Anuar_Acesso_2019.pdf

Responsabilidade civil entre os cônjuges – o afastamento da fragilidade da garantia e o papel dos Tribunais

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.8>

Cristina Dias

Professora Associada com Agregação
Escola de Direito da Universidade do Minho

1. Introdução

A previsão de uma obrigação de indemnizar assente nos princípios gerais da responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais era tradicionalmente afastada no nosso ordenamento jurídico, prevalecendo a teoria da fragilidade da garantia.

Paralelamente, entendia-se que a violação dos deveres conjugais tinha sanções específicas dentro do Direito da Família que afastavam a obrigação de indemnizar resultantes das regras gerais da responsabilidade civil. No domínio das relações familiares existem certos institutos, como o dever de assistência e a obrigação de alimentos, ou mesmo o divórcio e a separação de pessoas e bens, que tornariam dispensável o recurso a medidas que, “pela sua expressão material e egoísta, colidem com as exigências morais dos altos valores em jogo na sociedade conjugal”^{1,2}.

As regras da responsabilidade civil (arts. 483.º e segs. do Código Civil)³ não se aplicariam no caso de violação dos deveres familiares pessoais, devendo fazer-se, conseqüentemente, uma interpretação restritiva daquelas regras gerais. Proteger-se-ia, assim, a família evitando que “as portas do santuário familiar” se abrissem aos tribunais.

A entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, trouxe uma nova redação ao art. 1792.º, consagrando no seu n.º 1 a possibilidade de o cônjuge lesado poder

1 ANTUNES VARELA – *Das Obrigações em Geral*. Vol. I, 10.ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 200, nota 1. No mesmo sentido, Andrade, Manuel de – *Teoria Geral das Obrigações*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 1966, pp. 70 e 71, e ALMEIDA COSTA, – *Direito das Obrigações*. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 102-104.

2 Em todo o caso, sempre se entendeu que o divórcio e a separação de pessoas e bens não eram verdadeiras sanções para a violação dos direitos pessoais conjugais. De facto, nem o divórcio nem a separação de pessoas e bens pretendem ser sanções contra o não cumprimento dos deveres conjugais, mas remédios para uma situação de vida matrimonial intolerável ou, mais exatamente, constatação da rutura do casamento – v., PEREIRA COELHO e OLIVEIRA, Guilherme de – *Curso de Direito da Família*. vol. I, 5.ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 183.

3 Sempre que sejam citados artigos, sem indicação expressa do diploma a que pertencem, a menção reporta-se ao Código Civil.

intentar uma ação de responsabilidade civil contra o outro cônjuge, por violação dos deveres conjugais, nos termos gerais dos arts. 483.º e segs., e nos tribunais comuns.

Verificados os pressupostos da responsabilidade civil, poderá surgir uma obrigação de indemnizar por parte de um cônjuge violador dos deveres conjugais, ou seja, haverá lugar a indemnizações e a responsabilidade no âmbito dos direitos familiares? E como têm os nossos tribunais analisado o problema?

2. Responsabilidade civil entre os cônjuges por violação dos deveres conjugais – o papel dos tribunais e a atual redação do art. 1792.º, n.º 1, do Código Civil

Era no contexto da responsabilidade entre cônjuges por violação dos deveres conjugais que predominava a doutrina da fragilidade da garantia. Os deveres familiares pessoais (arts. 1672.º e segs.) não estariam sujeitos à tutela mais consistente dos deveres jurídicos, que é a possibilidade de o credor exigir do devedor o seu cumprimento e/ou obter deste uma indemnização. Tratar-se-ia de deveres, de relações de carácter tão íntimo, tão privado que seria impossível forçar, externamente, a sua observância.

Assim, perante casos de incumprimento dos deveres conjugais, a única possibilidade que assistia ao lesado era dissolver o vínculo, sendo inaceitável um pedido de indemnização na hipótese de violação de qualquer dos deveres recíprocos dos cônjuges⁴. Tratar-se-ia de uma tutela jurídica exclusivamente familiar.

Até à Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que deu nova redação ao art. 1792.º, o direito português não previa uma ação de responsabilidade civil especificamente pela violação dos deveres conjugais, limitando-se ao princípio geral disposto no art. 483.º, n.º 1.

Progressivamente a doutrina e a jurisprudência passaram a admitir que um dos cônjuges pudesse intentar uma ação de responsabilidade civil contra o outro cônjuge por violação dos deveres conjugais, gerando uma obrigação de indemnizar que, verdadeiramente, será a sanção para o não cumprimento dos deveres matrimoniais, pois essa sanção não é o divórcio⁵.

4 Criticando a teoria da fragilidade da garantia, v., HÖRSTER, Heinrich – *A Respeito da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre Si (ou: A Doutrina da “Fragilidade da Garantia” será Válida?)*. “Scientia Iuridica”. Tomo XLIV, n.º 253/255, 1995, pp. 113-124, CERDEIRA, Ângela – *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 82 e segs., DIAS, Cristina – *Responsabilidade civil e direitos familiares conjugais (pessoais e patrimoniais)*. “Scientia Iuridica”. Tomo XLIX, n.ºs 286/288, 2000, pp. 351-374, e PEREIRA COELHO e OLIVEIRA, Guilherme de – *ob. cit.*, pp. 155-157.

5 PEREIRA COELHO e OLIVEIRA, Guilherme de – *ob. cit.*, p. 155.

A consideração da essência ética do casamento, a defesa da paz familiar, a ideia de evitar uma excessiva intervenção do tribunal na vida familiar⁶ não podem excluir a obrigação de indemnizar no caso de violação dos direitos familiares pessoais. Saliente-se que o cônjuge lesado deve poder pedir ao outro uma indemnização quer pelos danos patrimoniais quer pelos não patrimoniais (art. 496º); e quer pelos danos resultantes diretamente dos factos que servem de fundamento ao divórcio quer pelos danos resultantes do próprio divórcio, e que são consequência indireta daqueles factos.

Mesmo antes da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, o art. 1792.º já admitia que o cônjuge declarado único ou principal culpado no divórcio devia reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento (sofrimentos ocasionados pelo divórcio, desconsideração social...). Não previa era a possível indemnização resultante da violação dos deveres conjugais que eram causa do divórcio.

Sempre se aceitou que a violação dos deveres conjugais pudesse implicar, ao mesmo tempo, uma violação de outro bem jurídico, como a violação de um direito de personalidade. Esta violação de um direito autónomo faria incorrer o lesante, o cônjuge faltoso, em responsabilidade civil e, se fosse caso disso, em responsabilidade penal, como acontece com lesões corporais, não obstante o carácter íntimo da vida familiar. Nestes casos, a fragilidade da garantia era contornada por força da sanção provocada pela violação simultânea de um outro direito subjetivo privado em relação ao qual a garantia funcionava.

Todavia, tal simultaneidade poderá não existir. Era aqui que se colocava a questão de saber se ao cônjuge lesado restava apenas como sanção o divórcio, afastando-se as regras gerais da responsabilidade civil.

Como se sabe, o divórcio não é concebido como sanção, mesmo antes da recente alteração legislativa ao regime jurídico do divórcio. Por outro lado, pese embora a sua natureza *sui generis*, os direitos familiares pessoais são direitos privados, o que significa que lhes subjaz o binómio liberdade/responsabilidade. Esta consequência da responsabilidade não pode ficar afastada pelo facto de o sujeito do direito e o sujeito do dever se encontrarem casados.

Nada impede a aplicação dos meios comuns à tutela dos deveres conjugais pessoais, não podendo a celebração do casamento abrir um regime de exceção ao regime geral da responsabilidade civil. Assim, a tutela jus-familiar dos deveres conjugais é compatível com a responsabilidade civil comum⁷.

A nossa jurisprudência seguiu no mesmo sentido.

6 Razões que justificavam, ou podiam justificar, uma interpretação restritiva do art. 483.º, em termos de aí não se abrangerem os direitos familiares pessoais. Para uma análise das razões apresentadas para justificar a doutrina da fragilidade da garantia, v., PINHEIRO, Jorge Duarte – *O núcleo intangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*. Coimbra, Almedina, 2004, pp. 568 e segs.

7 V., PINHEIRO, Jorge Duarte – *ob. cit.*, pp. 677-692.

De referir o acórdão do S.T.J., de 13.03.1985 (*B.M.J.*, n.º 345.º, 1985, p. 414), onde se afirma que o art. 1792.º, na sua anterior redação, compreende unicamente os danos não patrimoniais causados pelo próprio divórcio, devendo o respetivo pedido de indemnização ser obrigatoriamente formulado na ação de divórcio. Os danos ocasionados diretamente pelos factos em que se fundamenta o divórcio, sejam de natureza patrimonial ou não, podem dar lugar à obrigação de indemnizar, nos termos do art. 483.º. Aqui se refere ainda que, para além dos alimentos, e a coberto do princípio geral correspondente ao atual art. 483.º, o cônjuge culpado do divórcio podia ser compelido a indemnizar o outro dos danos morais e patrimoniais causados, visto os atos culposos que servem de fundamento ao divórcio ofenderem os direitos familiares pessoais do cônjuge inocente. Seria nesta obrigação de indemnizar que estaria, verdadeiramente, a sanção para o não cumprimento dos deveres matrimoniais.

No mesmo sentido, devem referir-se os acórdãos do S.T.J., de 18.02.1986 (*B.M.J.*, n.º 354.º, 1986, p. 567), 23.03.1988 (*B.M.J.*, n.º 375.º, 1988, p. 390), de 15.06.1993 (*Col. Jurisp.*, tomo 2, 1993, p. 154), e de 28.05.1998 (*B.M.J.*, n.º 477.º, 1998, p. 518), dos quais pode concluir-se que o art. 1792.º (na redação então vigente) apenas compreendia os danos não patrimoniais causados pelo próprio divórcio, sem prejuízo de os demais poderem ser reparados em processo comum de declaração e com fundamento na responsabilidade civil a que se reporta o art. 483.º.

O acórdão do S.T.J., de 26.06.1991 (*B.M.J.*, n.º 408.º, 1991, p. 538), debruça-se sobre a reparação dos danos causados pelos factos fundamento do divórcio, por si só, ainda que no âmbito da ressarcibilidade dos danos morais. Aqui se determinou que a violação dos deveres conjugais por parte de um dos cônjuges (no caso em análise o cônjuge culpado era o marido, pela violação dos deveres de respeito e coabitação) provoca sofrimento, dor e, muitas vezes, traumatismos prolongados. Esta dor e sofrimento constituem danos não patrimoniais e são indemnizáveis, nos termos dos arts. 483.º e 496.º. Foi, assim, em ação autónoma ao divórcio, concedida uma indemnização pelos danos resultantes da violação dos deveres conjugais (neste caso, danos não patrimoniais).

De igual modo, têm-se pronunciado os tribunais da Relação sobre a matéria em análise. Cfr., entre outros, os acórdãos da RP, de 07.02.1980 (*Col. Jurisp.*, tomo 1, 1980, p. 29), de 31.07.1980 (*B.M.J.*, n.º 303.º, 1981, p. 271), de 20.10.1988 (*Col. Jurisp.*, tomo 4, 1988, p. 201 – que, tal como o acórdão do STJ, de 26.06.1991 (*loc. cit.*), também atribuiu, em ação autónoma à de divórcio, uma indemnização pela violação dos deveres conjugais), e de 08.03.1999 (*Col. Jurisp.*, tomo 2, 1999, p.176), e da RC, de 04.04.1995 (*B.M.J.*, n.º 446.º, 1995, p. 361).

Podemos, da análise da jurisprudência abordada, concluir que, tal como certa doutrina, também os nossos tribunais admitiam ações de responsabilidade civil, nos termos dos arts. 483.º e segs., por violação dos direitos familiares pessoais, afastando-se da doutrina tradicional da fragilidade da garantia. Não obstante, não deixa de ser curioso que, muito embora esta conclusão decorra das decisões dos nossos tribunais, pouca jurisprudência (de referir os acórdãos do STJ, de 26.06.1991, e da RP, de

20.10.1988) se encontrava que, em ação autónoma à ação de divórcio, concedesse uma indemnização por violação dos deveres conjugais que fundamentasse o pedido de divórcio.

Com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, o cônjuge lesado pode requerer, nos termos gerais da responsabilidade civil (arts. 483.º e segs.), e não na ação de divórcio, a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge (art. 1792.º, n.º 1). Na ação de divórcio são apenas indemnizados os danos não patrimoniais causados ao cônjuge pela dissolução do casamento requerida pelo outro cônjuge por alteração das faculdades mentais daquele (arts. 1792.º, n.º 2, e 1781.º, al. b)). Ao admitir a possibilidade de um cônjuge intentar uma ação de responsabilidade civil contra o outro afastam-se os resquícios ainda existentes da teoria da fragilidade da garantia, admitindo o funcionamento das regras da responsabilidade civil por incumprimento dos deveres conjugais⁸.

Não podemos, todavia, deixar de referir que nem todos os autores concordam com este entendimento.

No sumário do acórdão do STJ, de 12.05.2016 (<http://www.dgsi.pt>, consultado em 2021-04-07), pode ler-se o seguinte:

“I – Sob a vigência do art. 1792.º do CC (...), no que respeita à admissibilidade do direito a indemnização por danos decorrentes da violação dos deveres conjugais pessoais, desenhavam-se, na doutrina nacional, duas perspetivas:

- i) uma de cariz tradicional, no sentido de negar tal direito, ancorada na tese da denominada fragilidade da garantia daqueles deveres;
- ii) outra, a sustentar a possibilidade de indemnização do cônjuge lesado, em ação autónoma à do divórcio, mesmo na constância do casamento, nos termos gerais da responsabilidade civil, considerando que os direitos conjugais revestiam a natureza jurídica de direitos subjetivos, não se justificando que a sua função institucional pudesse desmerecer aquela tutela.

8 Neste sentido, v., por exemplo, HÖRSTER, Heinrich – *A Respeito da Responsabilidade Civil dos Cônjuges... loc. cit.*, pp. 113-124, e *A responsabilidade civil entre os cônjuges*. in AAVV. “E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio”. Coordenação de M.ª Clara Sottomayor e M.ª Teresa Féria de Almeida. Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2010, pp. 108-110; XAVIER, Rita Lobo – *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais – Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 37, e *Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio*. In “AAVV. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster”. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 499 e segs.; DIAS, Cristina – *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro)*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 23 e 24, e *Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: o novo regime do art. 1792.º do Código Civil (na redação dada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento*. in AAVV. “Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Direito e Justiça”. Vol. I. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, pp. 389-419; PINHEIRO, Jorge Duarte – *ob. cit.*, pp. 760 e segs., e *O Direito da Família Contemporâneo*. 7.ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2020, pp. 465 e segs.; e CAMPOS, Diogo e CAMPOS, Mónica Martinez de – *Lições de Direito da Família*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 352-354.

II – Por sua vez, a jurisprudência foi abrindo caminho e sedimentando a orientação desta segunda perspectiva.

III – Com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31-10, e face à nova redação dada ao art. 1792.º do CC, reforçou-se a tese da 2.ª perspectiva, embora existam ainda alguns autores a sustentar, face à abolição do divórcio-sanção, que a violação dos deveres conjugais pessoais deixou de merecer a tutela direta por via do instituto geral da responsabilidade civil.

IV – Por sua vez, a jurisprudência tem mantido a linha que vinha seguindo, no sentido da admissibilidade daquela tutela, nomeadamente em sede de indemnização dos danos não patrimoniais, desde que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito nos termos do art. 496.º, n.º 1, do CC.

V – Assim, pelo menos em caso de concomitância de violação dos deveres conjugais pessoais e dos direitos de personalidade do cônjuge lesado, impõe-se reconhecer a admissibilidade do direito a indemnização com base nos termos gerais da responsabilidade civil”.

Este ponto V gerou alguma controvérsia na sua interpretação no sentido de saber se deveria admitir-se uma ação de responsabilidade civil apenas quando a violação dos deveres conjugais implicasse uma violação dos direitos de personalidade do cônjuge lesado.

Francisco Brito Pereira Coelho, na anotação que faz ao referido acórdão, entende que a responsabilidade a que se refere o art. 1792.º apenas ocorre se paralelamente à violação de um dever conjugal houver violação de um direito de personalidade do cônjuge⁹. A reforma do regime jurídico do divórcio, na Lei n.º 61/2008, traduziu-se numa nova forma de encarar o casamento, deixando este de implicar o cumprimento de uma série de deveres conjugais, e passando estes deveres conjugais do art. 1672.º a uma “categoria dogmática diversa do dever jurídico”¹⁰.

No mesmo sentido pronuncia-se Guilherme de Oliveira. Escreve este autor que a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, alterando o regime jurídico do divórcio, deixou dúvidas no texto do art. 1792.º: “faltou a menção expressa de que se pretendia apenas aplicar o regime da responsabilidade extracontratual”. A doutrina e a jurisprudência dominantes têm defendido a plena aplicação de toda a responsabilidade civil, incluindo a responsabilidade contratual por violação dos deveres conjugais, ainda que os atos não tenham ofendido direitos de personalidade do lesado. Considera, todavia, o autor que a norma deve ser objeto de uma interpretação restritiva, para excluir a aplicação da responsabilidade contratual. “A responsabilidade civil intervirá, somente, quando as violações dos deveres conjugais implicarem também ofensas

9 PEREIRA COELHO, Francisco Brito – *STJ – Acórdão de 12 de maio de 2016: Deveres conjugais e responsabilidade civil – estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges*. “Revista de Legislação e de Jurisprudência”. Ano 147.º, n.º 4006, Set-Out., 2017, pp. 54-67.

10 Mesmo autor e obra, p. 64.

dos direitos de personalidade do lesado; intervirá, portanto e apenas, o regime da responsabilidade delitual¹¹. Exclui, portanto, a responsabilidade obrigacional atendendo à ausência de uma vinculação jurídica que se atribua aos deveres conjugais; e a responsabilidade extracontratual apenas ocorrerá no caso de lesão de outros bens jurídicos (como direitos de personalidade)¹².

Ou seja, a violação de deveres conjugais em si não geraria qualquer responsabilidade, implicando apenas consequências endofamiliares. A ser assim teríamos um regresso à teoria da fragilidade da garantia. Julgamos que o objetivo de uma interpretação como esta é apenas a de desvalorização dos deveres conjugais mas que não nos parece ter suporte legal no nosso ordenamento jurídico atual.

Neste sentido pronunciou-se, também em anotação ao mesmo acórdão, Rute Teixeira Pedro, considerando que, atendendo ao art. 1792.º, n.º 1, “um cônjuge pode responder perante o outro por danos advenientes de atos que seriam ilícitos fora do contexto familiar, bem como por atos, cujo desvalor advém de terem sido praticados por quem está vinculado por força do compromisso jurídico matrimonial e pelos deveres a ele inerentes (...). Assim, quanto aos atos que seriam ilícitos fora do contexto familiar, atentatórios de posições jurídicas não familiares (por exemplo, do direito à vida, do direito à integridade física, ...), o facto de o lesante e lesado estarem ligados por um vínculo familiar – no caso conjugal – não deve ditar a exclusão do funcionamento da responsabilidade civil. E seria, assim, independentemente do teor normativo atual do art. 1792.º, n.º 1, já que a proteção conferida pelo art. 483.º, n.º 1, aos bens de personalidade não pode ser travada pelo contexto conjugal de produção dos danos. Quando o ato desvalioso consubstancia uma violação dos deveres familiares (conjugais) a cujo cumprimento aquele cuja responsabilidade se equaciona está vinculado na qualidade de cônjuge do lesado, pensamos que dois caminhos são equacionáveis para fundar a sua responsabilidade¹³. Assim, considera a autora que é possível, por um lado, o recurso ao art. 483.º, n.º 1, no caso de um cônjuge praticar um ato que se traduza na violação de deveres conjugais independentemente de, no caso concreto, se ter verificado uma violação de outro direito absoluto pessoal (p. ex., a integridade física). Não é, por isso, de limitar a ressarcibilidade dos danos decorrentes do incumprimento dos deveres conjugais às hipóteses de concomitância de violação dos deveres conjugais pessoais e dos direitos de personalidade do cônjuge lesado.

11 OLIVEIRA, Guilherme de – *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, [consultado em 2021-04-07], disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Responsabilidade-civil-por-violacao-dos-deveres-conjugais.pdf>.

12 Ao contrário do entendimento de PINHEIRO, Jorge Duarte – *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, *ob. cit.*, p. 760, para quem a celebração do casamento não cria uma “área de exceção” relativamente à aplicação dos meios comuns à tutela dos deveres conjugais, OLIVEIRA, Guilherme de – *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*. *loc. cit.*, p. 24, considera que “o casamento é, de facto, uma área de exceção”.

13 PEDRO, Rute Teixeira – *A responsabilidade civil como (derradeira) manifestação de juridicidade dos deveres conjugais? – anotação ao Ac. do STJ, de 12.05.2016*. “Cadernos de Direito Privado”. N.º 61, janeiro-março, 2018, pp. 52-62.

Por outro lado, não afasta a possibilidade de recurso às regras da responsabilidade obrigacional, por tal entendimento se coadunar “com a conceção de casamento, como relação contratual matrimonial, que, hoje, consideramos vigente entre nós”¹⁴.

Não cremos, pelo que já referimos, que a eliminação da violação culposa dos deveres conjugais como fundamento do divórcio implique um desvalor dos deveres conjugais e do seu incumprimento, afetando a juridicidade de tais deveres. Estamos, por isso, plenamente de acordo com a posição adotada pela última autora citada e que, aliás, já havíamos expressado em trabalhos anteriores.

3. Nota final

Apesar da controvérsia doutrinal a propósito da tutela exclusivamente familiar dos deveres conjugais, nomeadamente, com o divórcio, e a interpretação restritiva proposta por alguns autores para o art. 1792.º, pode o cônjuge lesado nos seus direitos (conjugais) recorrer às regras gerais da responsabilidade civil (extracontratual e, eventualmente, contratual), independentemente da violação de outros direitos absolutos pessoais. É isto que decorre da redação do art. 1792º e é esse o percurso que tem vindo a ser seguido pela nossa jurisprudência.

14 *Ibidem*, p. 62, citando outra obra da autora (*Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 273 e segs.).

A proteção das crianças na internet: uma reflexão sobre as responsabilidades parentais e o fenómeno *sharenting*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.9>

Daiane Pompeo Barcelos

Mestranda em Direito das Crianças, Família e Sucessões da EDUM

Larissa Franzoni

Mestranda em Direito das Crianças, Família e Sucessões da EDUM

1. Introdução

O mundo digital já é quase um imperativo existencial e pouco se vislumbra a vida quotidiana sem algum tipo de intermediação dos recursos tecnológicos e da internet. Neste cenário, faz-se premente a discussão acerca da proteção dos direitos das crianças no universo online.

Por a proteção da criança na internet configurar um tema amplo, merecedor de um estudo aprofundado que a dimensão deste texto não permitirá, no presente estudo procura-se apenas analisar as responsabilidades parentais e a utilização das redes sociais pelos progenitores, quando esse uso implicar publicações relativas à vida dos filhos.

O trabalho será analisado à luz do ordenamento jurídico português e da perspectiva europeia sobre o tema. Para alcançar esta reflexão, parte-se da análise das responsabilidades parentais enquanto veículo de atendimento ao superior interesse da criança. Passa-se, então, ao apontamento das garantias dos direitos fundamentais da criança, com ênfase nos direitos de personalidade ligados à privacidade e à imagem. Por fim, analisam-se as questões referentes ao dever dos pais de proteção dos direitos fundamentais da criança na internet.

2. Considerações sobre as responsabilidades parentais e o superior interesse da criança

As responsabilidades parentais não são mais compreendidas como um poder, que em outros tempos se manifestava como um direito de posse e disposição paterno (no sentido patriarcal da organização familiar) quanto às questões relativas à pessoa, bens e direitos dos filhos. Desta forma, o legislador alterou a designação prevista no Código Civil Português¹, substituindo “poder paterno” por “responsabilidades

¹ Art. 3.º da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro.

parentais”, resultando em uma mudança no enfoque do objeto da norma, que passou “a estar não naquele que detém o ‘poder’ – o adulto, neste caso – mas naqueles cujos direitos se querem salvaguardar, ou seja, as crianças”².

A mudança na designação trazida pela lei ocorreu em razão de que a anterior expressão, “poder paternal”, estabelecia-se na desigualdade entre o pai e a mãe, na medida em que era pautada no poder do pai, chefe da família, e também na condição dos filhos como objetos de direito, e não sujeitos³.

A noção hodierna de responsabilidades parentais inverte esta lógica histórica, e passa a corresponder a um poder-dever de caráter altruísta, atendendo ao superior interesse da criança, considerando-se a criança como um indivíduo em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, destinatária dos esforços máximos do Estado e da família para a garantia de sua dignidade. Portanto, para além de um direito, as responsabilidades parentais configuram-se em verdadeiros deveres e obrigações, na maioria das vezes impostas pela própria legislação⁴.

Feitas tais considerações, insta mencionar em quais obrigações legais consistem as responsabilidades parentais e como a legislação portuguesa regula o seu exercício nas diferentes configurações familiares.

Neste particular, salienta-se que as responsabilidades parentais estão previstas na Constituição da República Portuguesa, no seu art. 36.º, n. 5, e são disciplinadas pelos arts. 1877.º e segs. do Código Civil. Da análise do conteúdo das normas, observa-se que as responsabilidades parentais nascem de forma automática, são indisponíveis a partir da filiação e objetivam suprir as necessidades dos filhos menores e não emancipados.

O art. 1878.º do Código Civil determina que “compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.” E que os pais, “de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.”

O exercício destas incumbências, como mencionado, não é livre. De facto, a própria Constituição da República Portuguesa acautela quanto a abusos no exercício destes direitos (art. 69.º, n. 1), prevendo até mesmo a possibilidade de afastamento de progenitor (art. 36.º, n. 6) pela inibição do exercício da responsabilidade parental.

Verifica-se, assim, que o exercício das responsabilidades parentais está vinculado ao interesse das crianças, o qual, todavia, não pode ser exercido livremente e de forma arbitrária, especialmente porque, além de constituir um poder-dever conformado

2 DIAS, Cristina – *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro*. 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2009, p. 42.

3 RODRIGUES, Hugo Manuel Leite – *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*. 1.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 18.

4 Neste sentido: DIAS, Cristina – *A Criança como Sujeito de Direitos e o Poder de Correção*. “Julgar”, n.º 4, Coimbra, 2008, pp. 87/101; LÔBO, Paulo – *Direito Civil: Famílias*. 4.ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 295/299, e SOTTOMAYOR, Maria Clara – *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Edições Almedina, 2011, pp. 17/23.

pela legislação, tem como fim a proteção das crianças, que deixaram de ser consideradas mero objeto de proteção, e passaram a ser vistas como sujeitos de direitos.

3. A criança enquanto sujeito de direitos e os direitos fundamentais relativos à personalidade

Embora atualmente se entenda que toda e qualquer pessoa humana, independentemente de sua idade, ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual⁵, seja titular de direitos humanos e direitos fundamentais, especificamente no que tange às crianças, o caminho de reconhecimento do *status* de sujeito de direitos até a consolidação de direitos humanos específicos apresentou-se mais longo, e ainda em processo de consolidação⁶.

Somente no século XX é que se estabeleceram os direitos humanos pensados de forma específica às crianças e adolescentes na esfera internacional, com a aprovação da *Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, pela Assembleia Geral das Nações Unidas*. Neste ato, consagraram-se os direitos da criança consubstanciados nos princípios fundamentais da não discriminação (art. 2.º), do superior interesse da criança (art. 3.º), do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento (art. 6.º) e do respeito às opiniões da criança (art. 12.º). Atualmente, 196 (cento e noventa e seis) países ratificaram e internalizaram estas normas de proteção à infância⁷.

Acerca da Convenção sobre os Direitos da Criança, Maria Clara Sottomayor leciona que é este o documento internacional que “reflete a especificidade da infância, concebendo, de forma inovadora, a criança como pessoa titular de direitos e liberdades fundamentais, com o direito de participar nas decisões que lhe dizem respeito”⁸.

Em Portugal, sobre o direito à personalidade, o art. 70.º do Código Civil prevê a proteção dos indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral, bem como dispõe que, independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida. Portanto, nota-se que os poderes jurídicos do sujeito ativo dos direitos de personalidade incidem de forma

5 Conforme princípio da igualdade, nos termos previstos pelo art. 13º, 2. da Constituição da República Portuguesa (doravante abreviada para CRP). No texto, para efeitos do desenvolvimento do tema, acrescentou-se o elemento “idade” ao rol extraído do texto constitucional.

6 BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo – *A Criança e a Família: uma questão de direito(s) – visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*. 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 13/20.

7 UNICEF, *Convenção Sobre os Direitos da Criança*. [consultado em 2021-04-30]. Disponível na WWW: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>.

8 SOTTOMAYOR, Maria Clara – *Temas de Direito das Crianças*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 52/53.

plena caracterizando-se, assim, como absolutos, exigíveis em face de qualquer pessoa, e oponíveis *erga omnes*⁹.

O direito à imagem possui especial previsão no art. 26.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa e no art. 79.º do Código Civil. Este último, dispõe que a divulgação, reprodução e comercialização do retrato de uma pessoa dependerá do seu prévio consentimento, sendo dispensável somente em situações em que a notoriedade da pessoa retratada, o cargo que desempenhe, as exigências de polícia ou de justiça, as finalidades científicas, didáticas ou culturais justifiquem tal medida, ou, ainda, quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, na de factos de interesse público ou que haja decorrido publicamente. Já o n. 3 do referido dispositivo veda a divulgação de retratos que possam resultar em prejuízo a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada.

Partindo da premissa de que o exercício das responsabilidades parentais tem como baliza o superior interesse da criança e considerando o arcabouço protetivo dos direitos fundamentais e dos de personalidade, impõe-se a conclusão de que estes direitos, pelo caráter de essencialidade à configuração da dignidade humana, devem ser respeitado pela família, em especial pelos progenitores, que detêm o poder-dever de promoção dos mesmos.

Neste sentido, a proteção da honra, imagem, privacidade e intimidade das crianças ganha importância, quando colocado em causa o uso dos espaços virtuais na vida quotidiana, notadamente as redes sociais. Os progenitores não dispõem dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade dos filhos, e a natureza do funcionamento da internet e da transmissão de informações revela a necessidade de se tomar cuidado na maior medida possível, evitando condutas que possam representar a violação aos direitos da criança.

4. O fenómeno *sharenting* e a ciberproteção das crianças

Os espaços virtuais originados pela rede mundial de computadores ampliaram as esferas de comunicação e interação humana, inaugurando novos desafios às famílias. Especificamente em relação ao direito à imagem, tornou-se habitual que os progenitores compartilhem fotos dos seus filhos nas redes sociais. Questiona-se efetivamente o interesse da criança em ter sua imagem propagada no espaço cibernético e disponibilizada a um número imensurável de pessoas. Nesse contexto, surgiu o termo “ciberproteção”, bem como a expressão da língua inglesa “*sharenting*”, que decorre da união das palavras “*share*” (compartilhar) e “*parenting*” (cuidar, no sentido de exercer as responsabilidades parentais).

Sobre o tema, vislumbra-se que os progenitores, ao compartilharem fotos dos filhos na internet, desconheçam a amplitude das publicações, uma vez que esses conteúdos podem perdurar na rede por tempo indeterminado, ainda que excluídos, bastando que sejam salvos ou partilhados por qualquer pessoa que a eles tenha acesso.

9 SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 401.

Além disso, podem produzir danos irreparáveis aos direitos da personalidade, caso as informações sejam manipuladas ou utilizadas fora de contexto, motivo pelo qual a liberdade de informação exercida nas redes sociais deve ser equilibrada com a responsabilidade pela difusão dos conteúdos veiculados neste espaço¹⁰.

Não bastasse, os pais também acabam por esquecer que as publicações podem constranger ou desagradar a criança, titular do direito à imagem, quando ela se tornar adulta, podendo, inclusive, ser utilizadas em *bullying* e, até mesmo, em redes de pornografia infantil.

Assim, os pais devem pensar se aquela publicação traz vantagem ou se beneficia a criança em alguma circunstância. É também razoável averiguar de antemão os possíveis riscos presentes e futuros que a publicação pode representar para as crianças, em especial, se a publicação possui algum caráter vexatório ou humilhante, se identifica rotinas que possam facilitar o acesso à criminosos que tenham crianças como alvo, entre outros. Devem, portanto, abster-se de divulgar imagens do filho, exceto, nos casos em que a divulgação seja de interesse da própria criança ou nos quais exista notoriedade pública que justifique a sua exposição, nos termos do art. 79.º, n. 2, do Código Civil. Sobre o tema, Rossana Martingo Cruz entende que “a disposição do direito à imagem, sendo um direito de personalidade, será também um direito pessoal que só deverá ser exercido pelos pais em situações de necessidades dos filhos. Ora, em abstrato, não se vislumbra qualquer interesse ou benefício que a criança possa retirar pelo facto da sua imagem ser divulgada, partilhada e quedar-se indefinidamente na internet numa qualquer rede social. Pois, a partir do momento que a imagem é colocada na internet a mesma não desaparecerá facilmente, ainda que apagada por quem a colocou”¹¹.

Nota-se, assim, que a dignidade e os direitos da criança devem ser respeitados em qualquer circunstância, atendendo ao seu superior interesse, devendo, inclusive, as suas opiniões serem tomadas em conta quando a idade permitir que se manifestem¹².

A publicação da imagem ou da vida íntima das crianças nas redes sociais, quando não objetiva nenhuma espécie de benefício direto às crianças, implica em violação aos direitos fundamentais à privacidade e intimidade, e também aos direitos de personalidade relativos à imagem e reserva da vida privada. Tais direitos, por sua natureza, não estão à disposição dos progenitores, não podem ser violados, dada sua natureza *erga omnes* e, em especial, devem ser promovidos e protegidos pelos progenitores enquanto detentores de responsabilidades parentais, já que, conforme visto,

10 ALCARAZ, Maria Hylma – *Reflexões Sobre a Proteção dos Direitos Fundamentais Dentro do Mundo Digital*, in “Direito na Lusofonia. Direito e novas tecnologias”. 5.º Congresso Internacional de Direito na Lusofonia, Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, Centro de Investigação em Justiça e Governança (Jusgov), 2018, pp. 327/328.

11 CRUZ, Rossana Martingo – *A Divulgação da Imagem do Filho Menor nas Redes Sociais e o Superior Interesse da Criança*. In “Direito e Informação na Sociedade em Rede – Atas do IV Colóquio Luso-Brasileiro Direito e Informação”. Porto, 2016. [consultado em 2021-04-30]. Disponível na WWW: <<https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/47936>>.

12 UNICEF, *Pautas para Cobertura Periodística sobre Temas de la Niñez y la Adolescencia*. [consultado em 2021-04-30]. Disponível na WWW: <https://www.unicef.org/republicadominicana/pautas_tratamiento_.prensa_FINAL.pdf>.

as responsabilidades parentais correspondem ao atendimento do superior interesse das crianças.

Nessa perspectiva, é imprescindível que os pais façam uma ponderação sobre uso consciente da internet relativamente à divulgação de publicações que envolvam os filhos. Mostra-se fundamental também que os progenitores tenham ciência de que o exercício das responsabilidades parentais não lhes outorga o direito à imagem dos filhos, e que, portanto, não pode ser utilizada de acordo com o livre arbítrio de seus detentores¹³.

5. Conclusão

Neste breve estudo procurou-se refletir acerca da proteção dos direitos fundamentais e de personalidade das crianças na internet, tendo como objeto de análise o papel dos progenitores em promover o superior interesse da criança.

É possível verificar que a legislação dá especial relevo aos direitos à intimidade e à vida privada, e preocupa-se mais especialmente com as crianças enquanto destinatários de políticas de proteção, fornecendo legislação específica para o reforço de efetividade dos direitos das crianças.

Na esfera privada e intrafamiliar, o papel precípua dos progenitores é o de garantia do superior interesse da criança, de modo que o exercício das responsabilidades parentais deve ser por ele pautado, e conformado pela legislação em vigor. Neste cenário, tendo em vista a imperativa realidade que emerge da internet, faz-se mister a ponderação dos pais quanto ao uso razoável das ferramentas e plataformas tecnológicas, a fim de que não se esteja a vulnerar os direitos fundamentais e de personalidade das crianças.

Não disporo os pais dos direitos de personalidade dos filhos, é dever dos progenitores a proteção máxima aos direitos das crianças e, ademais, estão também os progenitores sujeitos ao respeito às normas que regulam o uso da internet, normas estas que se ocupam em resguardar os direitos fundamentais e de personalidade de todas as pessoas singulares e, em especial, das crianças.

Neste sentido, para que haja um uso consciente e legalmente adequado da internet relativamente às crianças, é preciso se ter em conta novamente o superior interesse da criança, o respeito aos seus direitos fundamentais, e ponderar acerca dos possíveis riscos advindos da exposição virtual, evitando-se, na medida do possível, a divulgação desnecessária de imagens das crianças nas redes.

13 CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – *Lições de Direito da Família*. 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 2017, p. 126.

Gestação de substituição transfronteiriça à luz da jurisprudência do TEDH: algumas reflexões

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.10>

Diana Coutinho

Assistente Convidada da EDUM

1. Enquadramento

Nas últimas décadas assistimos ao crescimento exponencial da prática de gestação de substituição transfronteiriça¹. Esta prática caracteriza-se pela deslocação de casais ou pessoas sozinhas do seu país de origem para um país que permite a celebração de contratos de gestação de substituição, inclusive a título oneroso, com o único intuito de ter um filho com recurso a uma gestante de substituição. A diferença entre as legislações internas dos Estados, a ausência de um instrumento internacional que possa servir de critério uniformizador, a facilidade de deslocação entre países ou a ânsia desenfreada pelo desejo de ter um filho, entre outras razões, tornaram a gestação de substituição transfronteiriça uma das práticas mais procuradas de turismo reprodutivo.

São várias as questões jurídicas de Direito Internacional Privado em torno da gestação de substituição internacional. Face à dimensão do presente estudo apenas vamos abordar algumas questões em torno do estabelecimento e reconhecimento da filiação no âmbito de contratos de gestação de substituição transfronteiriços. É neste contexto que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem proferido algumas decisões, em particular à luz do direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem). Pretendemos apresentar algumas reflexões sobre os principais contributos do TEDH, com o intuito de perceber se a sua posição tem promovido uma mudança de paradigma nesta matéria.

2. Decisões judiciais

As decisões do TEDH sobre gestação de substituição internacional podem ser agrupadas em quatro grupos em virtude da similitude factual e jurídica².

1 O presente artigo tem por base a nossa tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas-Privatísticas subordinada ao tema “As problemáticas e desafios contemporâneos em torno da Gestação de Substituição”, entregue em fevereiro de 2021 e com provas públicas agendadas para 23 julho de 2021.

2 A dimensão do presente artigo não nos permite desenvolver a matéria factual e jurídica dos casos judiciais do TEDH. Todas as decisões estão disponíveis para consulta no site oficial do TEDH. [Consultado em 03.05.2021]. Disponível na WWW: < <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>>.

As decisões judiciais que integram o primeiro grupo referem-se a situações de recusa de transcrição de certidões de nascimento emitidas por autoridades estrangeiras, na sequência da celebração de contratos internacionais de gestação de substituição. Neste grupo de decisões, o TEDH discutiu o respeito pela vida privada e familiar dos beneficiários e das crianças, confrontando a liberdade dos Estados em legislar sobre esta matéria e intervenção da reserva de ordem pública internacional (ROPI) com a proteção do superior interesse da criança. Deste grupo fazem parte o caso *Menesson contra França* (2014); o caso *Labassee contra França* (2014); o caso *Foulon e Bouvet contra França* (2016) e o caso *Laborie contra França* (2017), os casos *C* e *E contra França* (2019) e o caso *D contra França* (2020).

O segundo grupo de decisões do TEDH tem como base comum a recusa da emissão de documentos de viagens por parte das autoridades do país de origem dos beneficiários de um contrato de gestação de substituição, ou seja, nas dificuldades enfrentadas pelos beneficiários para sair do país de nascimento da criança. Neste grupo destacamos o caso *D and Others contra Bélgica* (2014).

No terceiro grupo de decisões encontramos o caso *Paradiso et Campanelli contra Itália* (2015 e 2017), um dos casos mais polémicos em matéria de gestação de substituição transfronteiriça, com duas decisões distintas do TEDH sobre o reconhecimento da filiação constituída no estrangeiro quando não existe laço genético entre a criança e os beneficiários. O conceito de vida privada e familiar foi novamente chamado a debate, bem como a reserva de ordem pública internacional.

No último e quarto grupo, destacamos o caso *Lanzmann contra França* (2019), que trouxe à discussão do TEDH a questão da gestação de substituição *post mortem*, o direito à reprodução e o “direito” a ser avó.

3. Principais contributos do TEDH

A pronúncia do TEDH sobre questões em torno da prática da gestação de substituição internacional tem tido como foco a proteção dos interesses da criança nascida na sequência de um contrato de gestação de substituição transfronteiriço, sobretudo quanto ao seu direito à identidade e à vida privada familiar.

O TEDH ainda não se pronunciou sobre a admissibilidade ou proibição desta prática, uma vez que entende que os Estados têm liberdade para regulamentar essa matéria, embora considere que a diversidade de regulamentação não pode ser um fator de tratamento discriminatório e de desproteção do superior interesse da criança. Assim, o TEDH reconhece que este é um tema sobre o qual não há consenso e, por conseguinte, confere aos Estados uma ampla margem de apreciação para legislar sobre esta matéria. Além disso, o TEDH considera que não tem competência para se substituir às autoridades nacionais na definição das suas políticas legislativas³. Desta forma,

³ Por exemplo, v. o ponto 78 da decisão *Menesson contra França* ou ponto 37 da decisão *Labassee contra França*.

continuamos a desconhecer qual a posição do TEDH sobre questões importantes em torno desta prática, por exemplo, sobre a onerosidade destes contratos, o perigo e risco de venda de crianças, as consequências em caso de incumprimento contratual, a exploração da gestante, o exercício do direito ao arrependimento, o respeito pela dignidade humana da gestante e da criança⁴, entre tantas outras questões.

Apesar da liberdade dos Estados em fixar as regras quanto à admissibilidade ou proibição da gestação de substituição, o TEDH entende que a proibição da prática de gestação de substituição num determinado país não pode ser motivo idóneo para justificar o não reconhecimento do contrato validamente celebrado em país que o admita, em especial quanto aos efeitos da filiação. Por outras palavras, esta liberdade não permite aos Estados rejeitar o reconhecimento da filiação legalmente estabelecida no estrangeiro, em virtude da tutela do superior interesse da criança nascida na sequência de um contrato de gestação (em particular, do seu direito ao respeito pela vida privada na vertente de identidade pessoal, consagrado no art. 8.º da CEDH).

Nos primeiros casos judiciais apreciados pelo TEDH, este tribunal começou apenas por dar relevância à ligação genética estabelecida entre o beneficiário-pai intencional e a criança⁵, considerando que, sempre que exista esta ligação, deve ser reconhecida a filiação constituída legalmente no estrangeiro, pois a realização do direito à identidade da criança passa por ver reconhecidos os laços de filiação com quem se tem ligação genética.

Esta posição foi também manifestada no parecer consultivo emitido pelo TEDH em 2019^{6,7}. Em síntese, o TEDH entendeu, por unanimidade, que devem ser adotadas pelos Estados algumas orientações sobre o reconhecimento da filiação da criança nascida no estrangeiro na sequência de um contrato internacional de gestação de substituição, quando a criança foi concebida com gâmetas do beneficiário e óvulos doados e cuja relação de paternidade foi reconhecida no direito interno: (i) o direito da criança à vida privada nos termos do art. 8.º da CEDH impõe a obrigação aos Estados de reconhecerem a maternidade validamente constituída no estrangeiro em relação à mulher (tenha ou não contribuído com os óvulos) que consta na certidão de registo de nascimento como sendo a mãe legal; (ii) este direito não impõe a obrigação do reconhecimento se operar por via de registo do nascimento; os Estados têm liberdade de adotar um outro meio – como a adoção –, desde que seja um meio

4 Nas declarações de voto do caso *Paradiso e Campanelli* (2017), os juízes manifestaram a sua posição quanto à violação da dignidade humana decorrente da prática de gestação de substituição, independentemente da modalidade praticada, bem como consideraram que os contratos onerosos configuravam venda de crianças. Além disso, os Juízes consideraram que a decisão foi omissão na pronúncia sobre o tráfico de seres humanos e a referência aos instrumentos internacionais que regulam essa matéria, omissão que não deveria ter acontecido. Salientaram também a importância da ligação uterina e do parto e o direito da gestante se arrepender.

5 Nas decisões judiciais do primeiro grupo.

6 Na sequência de um pedido apresentado pelo Estado francês relativo ao caso *Menesson* contra França.

7 Em todos os casos (exceto o *Paradiso e Campanelli*) a criança tinha ligação genética com o beneficiário.

adequado, célere e efetivo, de acordo com o superior interesse da criança. Desta forma, o TEDH reconheceu o direito da criança ver reconhecida a filiação que foi legalmente estabelecida no estrangeiro, mesmo que só tenha ligação genética com o beneficiário-pai, o que é fundamental para garantir o seu bem-estar e o seu superior interesse, já que, sem tal reconhecimento, podem surgir inúmeras dificuldades de ordem prática que colocam a criança numa situação de insegurança jurídica⁸.

Conforme referimos *supra*, esta orientação do TEDH não obriga os Estados a transcrever para o seu registo civil a certidão de nascimento estrangeiro ou a reconhecer os efeitos da sentença estrangeira quanto à relação jurídica de maternidade, tão-só a proporcionar os meios para que tal reconhecimento seja efetivado. É uma solução que se assume como intermédia. Por um lado, pretenda acautelar os interesses da criança, reconhecendo a relação validamente constituída no estrangeiro, e, por outro lado, permite aos Estados (incluindo os que proíbem a prática no seu território) um controlo através da fixação dos meios para esse reconhecimento. Pode não constituir a solução ideal, mas consideramos que procura conciliar os interesses dos envolvidos, não deve ser vista como discriminatória em função do género, mas interpretada à luz dos critérios de estabelecimento da maternidade adotado pela generalidade dos Estados que justificam procedimentos adicionais para o reconhecimento⁹.

Neste contexto, referia-se que o TEDH ainda não se pronunciou sobre se o reconhecimento da relação legal de filiação, validamente constituída no estrangeiro, se aplica se o beneficiário (sem ligação genética com a criança) for um homem¹⁰. Porém, a pronúncia pode estar para breve, uma vez que se encontram pendentes dois processos judiciais (julgados em conjunto), a saber no caso *Schlittner-Hay contra Polónia*¹¹. Neste caso, os beneficiários do contrato de gestação de substituição celebrado nos Estados Unidos da América são um casal de homens, de nacionalidade polaca e polaca-israelense, com residência habitual em Israel. Na sequência do contrato celebrado nasceram duas crianças que adquiriram a nacionalidade norte-americana. O Sr. Schlittner é o pai genético dos gémeos. Por sentença emitida pelo tribunal da Califórnia foi transferida a parentalidade para os beneficiários, com direitos iguais, não reconhecendo qualquer direito à gestante de substituição. O litígio surge na sequência da atuação das autoridades polacas que se recusaram a atribuir a nacionalidade polaca aos gémeos, embora tivessem ligação genética com um nacional polaco (o Sr. Schlittner). As autoridades polacas também se recusaram a transcrever a certidão de nascimento norte-americana por constar o nome dos dois homens como

8 Por exemplo, dificuldades de obtenção da nacionalidade do país de origem da beneficiária, da permanência no país de residência habitual, direitos sucessórios, assunção das responsabilidades parentais, o destino da criança em caso de morte do progenitor masculino, entre outros.

9 A nosso ver o procedimento de reconhecimento deverá impor um comprovativo da prestação válida do consentimento da gestante, ou seja, deve comprovar-se que a gestante não se arrependeu e aceitou voluntária e livremente entregar a criança aos beneficiários.

10 Ou um casal de mulheres ou uma mulher sozinha, pois em relação ao homem sozinho que for pai genético, parece-nos que valerão as mesmas regras descritas *supra*.

11 Pedidos n.ºs 56846/15 e 56849/15. [Consult. 06.01.2021]. Disponível em WWW:<<http://media.aclj.org/pdf/Schlittner-Hay-v.-Poland,-Written-Observations,-ECLJ,-July-2019.pdf>>.

pais. Face ao exposto, o casal acusou as autoridades polacas de um comportamento discriminatório em razão da homossexualidade dos pais.

As decisões do TEDH têm afirmando também que a reserva de ordem pública internacional (ROPI), mecanismo excecional e exclusivo do Estado do foro, não pode ser usada constantemente como fundamento da recusa de reconhecimento de sentenças estrangeiras ou da transcrição de atos de registo civil lavrados no estrangeiro, quando da sua aplicação resulte a desproteção do superior interesse da criança. Em particular, o TEDH destaca a necessidade de proteção do direito ao respeito pela vida privada e também o respeito pela vida familiar dos beneficiários de um contrato de GS e da própria criança. Embora o TEDH reconheça a complexidade da matéria e as diferenças (legítimas) na regulamentação interna dos Estados em matéria de gestação de substituição¹². Assim, embora a ROPI permita aos Estados recusarem os efeitos da filiação constituída no estrangeiro quando tal reconhecimento afete princípios fundamentais da ordem jurídica do foro, inclusivamente pela margem de apreciação que é conferida para a ingerência na vida privada e familiar, nos termos do art. 8.º, n.º 2 da CEDH (em ponderação de interesses públicos), o TEDH tem entendido que a ROPI não pode atuar se estiverem verificadas três condições (i) o reconhecimento da filiação legal do progenitor geneticamente relacionado com a criança; (ii) a filiação legal tenha sido validamente estabelecida no país de nascimento; (iii) não exista qualquer alternativa através da qual a relação legal entre os beneficiários e a criança possa ser legalmente estabelecida no Estado de destino. Assim, este posicionamento do TEDH configura uma importante contribuição para a mudança de paradigma no tratamento das relações internacionais de gestação de substituição, em particular em nome dos direitos humanos da criança.

A jurisprudência do TEDH em matéria de gestação de substituição contribuiu para reforçar o conceito de vida privada e familiar do art. 8.º da CEDH. Desta jurisprudência resulta o reconhecimento que as famílias contemporâneas não são mais estáticas e fixadas num Estado, há problemas transfronteiriços, que impõem o reconhecimento das relações familiares para além das fronteiras de um Estado. Por conseguinte, o carácter de estraneidade das relações humanas familiares impõe uma interpretação dinâmica do conceito de vida privada e familiar do art. 8.º da CEDH, a análise casuística do caso concreto e a primazia pelo superior interesse da criança. Das decisões descritas *supra*, em particular do caso *Paradiso e Campanelli*, resulta que a imposição do reconhecimento da filiação não decorre do direito ao respeito pela vida familiar, mas do direito ao respeito pela vida privada da criança. No conteúdo do direito à vida privada da criança, inclui-se o direito à identidade e considera-se que existe um nexo entre o direito à vida privada das crianças e a determinação jurídica da sua filiação. Desta forma, para que haja respeito pelo direito à vida privada exige-se que todas as pessoas tenham direito à sua identidade, o que inclui o direito à filiação devidamente reconhecida.

12 O TEDH reconheceu que os Estados podem ter motivos legítimos para a recusa – desincentivar o turismo reprodutivo, proibir a prática por motivos éticos e evitar que os beneficiários defraudem as leis do seu Estado de origem –, porém esses motivos não podem prejudicar o superior interesse da criança.

Por último, da jurisprudência do TEDH tem resultado o reconhecimento do direito à reprodução, integrando-o no âmbito do direito ao respeito pela vida privada e familiar previsto no art. 8.º da CEDH, embora da CEDH não resulte um direito à reprodução ou a constituir família com recurso à gestação de substituição, mas apenas se reconhece a existência de famílias já constituídas, mesmo que sejam famílias de facto e independentemente do laço do casamento e da ligação genética. Porém, deste direito à reprodução não contempla o direito à reprodução assistida ou à gestação de substituição post mortem com o propósito de ter um neto.

4. Síntese conclusiva

A jurisprudência do TEDH tem constituído um precedente a observar pelos Estados aderentes à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Em suma, as decisões do TEDH têm contribuído para uma mudança de paradigma no tratamento de questões em torno da gestação de substituição transfronteiriça, particularmente quanto ao reconhecimento de efeitos de filiação constituída em país estrangeiro. O apelo ao critério do superior interesse da criança – para regular litígios que possam surgir no âmbito desta prática – ganha cada vez mais relevo em detrimento de interesses nacionais dos Estados.

Da jurisprudência do TEDH resulta uma posição diferenciada quanto ao reconhecimento de efeitos à filiação constituída no estrangeiro, consoante os beneficiários tenham ou não ligação genética com a criança, embora a exigência deste reconhecimento resulte sempre do direito ao respeito pela vida privada da criança (em especial, o seu direito à identidade). Desta forma, no caso de um casal heterossexual de beneficiários é suficiente que pelo menos um dos membros tenha ligação genética com a criança para que se possa considerar a prevalência do direito ao respeito pela vida privada da criança (direito à identidade). Este direito foi objetivamente reconhecido em relação ao progenitor genético, embora se ficcione o reconhecimento em relação ao membro do casal que não tem ligação genético, sem prejuízo dos Estados terem uma margem de apreciação para determinar os meios para efetivar este reconhecimento. Pelo contrário, na ausência de ligação genética entre os beneficiários e a criança, os Estados têm uma margem de apreciação para rejeitar o reconhecimento da relação de filiação, inclusive com base na reserva de ordem pública internacional, ressalvando o caso dessa recusa colocar em causa o princípio do superior interesse da criança. Entende-se que o direito à vida privada da criança deve ser apreciado de forma autónoma do direito à sua vida familiar. Neste último caso, apenas deve ser concedida à criança a possibilidade de viver com os beneficiários em condições normais e sem restrições. A ROPI deve ser afastada para favorecimento de uma situação já criada e efetiva, sempre que o não reconhecimento da relação de filiação constituída no estrangeiro implique uma violação do superior interesse da criança.

O papel do Ministério Público no processo de inventário na defesa dos interesses de herdeiros incapazes e ausentes – o antes e o após a Lei Nº 117/2019, de 13 de Setembro: uma reflexão

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.11>

Diana Leiras

Professora Adjunta Convidada do
Instituto Politécnico do Cávado e do Ave

Introdução

A Lei 117/2019, de 13 de setembro, em vigor desde 1 de janeiro de 2020, veio revogar o Regime Jurídico do Processo de Inventário (RJPI), aprovado pela Lei 23/2013, de 5 de março (arts. 15.º e 10.º da Lei 117/2019), que atribuía competência exclusiva aos cartórios notariais para a tramitação dos processos de inventário (art. 3.º do RJPI).

Por razões de ordem prática, na vigência desse Regime, a intervenção do M.P. para tutela dos interesses de herdeiros menores, maiores acompanhados e ausentes em parte incerta apenas se fazia a final, quando o processo era remetido ao tribunal judicial para efeitos de homologação da partilha (art. 66.º, n.º 2, do RJPI). No novo regime do inventário, a matéria da competência para o tratamento dos inventários foi novamente modificada, e com implicações no que respeita ao exercício da atribuição do M.P. de representação processual de tais herdeiros.

Com este texto, procuramos contribuir para a reflexão sobre se os interesses de herdeiros incapazes e ausentes em parte incerta estavam, nos regimes do inventário pretéritos, e estão, no regime do inventário atual, devidamente acautelados pelo órgão do Estado a quem está cometida a respetiva representação processual.

1. Breves notas sobre o atual enquadramento do processo de inventário

Até à entrada em vigor da Lei n.º 23/2013, de 5 de março (em 2 de setembro de 2013, cfr. art. 8.º dessa Lei), que aprovou em anexo o Regime Jurídico do Processo de Inventário (RJPI), o processo de inventário encontrava-se regulado no Código de Processo Civil de 1961 (CPC/61), e enquanto assim acontecia, a tramitação dos processos de inventário cabia, em exclusivo, aos tribunais judiciais (arts. 1326.º a 1406.º).

A morosidade na tramitação e resolução dos inventários nos tribunais judiciais esteve na génese da aprovação do RJPI, que desjudicializou estes processos mediante a atribuição aos notários de competência exclusiva para a respetiva tramitação¹. À luz desse Regime, ao juiz (apenas) competia aferir da legalidade dos atos praticados, da legalidade e da regularidade do processo, proferindo, a final, a sentença homologatória da partilha (cfr. arts. 3.º e 66.º do RJPI).

Ressalvada a modificação relativa à competência para o tratamento dos atos e termos do processo, e algumas particularidades que foram introduzidas, a maioria delas decorrentes daquela modificação, o RJPI introduziu a mesma tramitação que estava prevista no regime do inventário que constava do CPC/61. Como explicitaremos adiante, por respeitar ao tema de que trata este texto, o afastamento dos inventários dos tribunais judiciais teve necessárias implicações no exercício da atribuição do M.P. de representação dos incapazes e ausentes que sejam interessados diretos no inventário.

A desjudicialização dos processos de inventário perspetivava boas intenções, mas, na prática, ficou aquém das expectativas criadas. Na vigência do RJPI, constatou-se que a solução encontrada pelo legislador de substituição do juiz pelo notário na realização das diligências destes processos não foi a mais adequada. O RJPI não só não logrou alcançar os resultados de celeridade, eficiência e eficácia a que se propôs, como foi causa da instalação do caos que se gerou em relação a estes processos, com inerente prejuízo para os direitos dos interessados.

Foi nesse panorama que foi aprovada a Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro, que veio reconstruir e recodificar o processo de inventário no atual Código de Processo Civil (arts. 1082.º a 1135.º²), ripristinando a competência dos tribunais judiciais para a realização de partilhas litigiosas. Ainda que estabelecendo a repartição de competências entre os tribunais judiciais e os cartórios notariais, consagrando, portanto, o inventário judicial e o inventário notarial, essa Lei veio prever casos em que o processo tem necessariamente de ser instaurado no tribunal judicial, e, fora esses casos, quando o inventário tenha sido requerido num cartório notarial, a possibilidade, observados certos pressupostos, de o processo ser remetido para o tribunal judicial competente (cfr. art. 1083.º). Desta feita, do novo regime do inventário resulta uma competência primacial dos tribunais judiciais para o tratamento dos inventários, consagrando a desjudicialização destes processos, que outrora foi imperativa, num segundo plano.

1 A desjudicialização destes processos já havia sido consagrada no Regime Jurídico do Processo de Inventário aprovado pela Lei n.º 29/2009, de 29/06, no qual se incumbia aos notários, e também os serviços de registo (a definir por portaria), as funções de tramitação do processo de inventário. Porém, face às dificuldades que se anteviram na aplicação prática da desjudicialização total que esse regime consagrava, o mesmo não chegou a produzir efeitos Cfr. a Proposta de Lei n.º 105-XII – Proposta de Lei que deu origem à Lei n.º 23/2013, de 05/03, disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=37329> (acesso em 9/5/2021).

2 Pertencem ao Código de Processo Civil aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho na sua redação atual (conferida pela Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro) todos os preceitos indicados sem menção da respetiva fonte.

2. A atuação do M.P. em representação de herdeiros incapazes e ausentes na vigência do RJPI

Logo no início da vigência do RJPI, pelo facto de os inventários serem tramitados nos cartórios notariais e não nos tribunais judiciais, surgiram dúvidas quanto à intervenção do M.P. nestes processos para defesa dos interesses de herdeiros incapazes e ausentes.

Na altura, ainda se encontrava em vigor o anterior Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de outubro, que tal como o atual, aprovado pela Lei n.º 68/2019, de 27 de agosto, estabelecia, em concretização do art. 209.º, n.º 1, da CRP, a competência do M.P. para representar os incapazes e ausentes (arts. 1.º e 3.º, n.º 1, al. a)), pressupondo a sua intervenção, seja a título principal ou acessório, a pendência de uma causa em juízo nos tribunais estaduais, (tribunais judiciais ou tribunais administrativos e fiscais) (arts. 5.º, n.º 1, al. c), e n.º 4, e 6.º).

Neste âmbito, levantou-se também a questão sobre a legitimidade do M.P. para requerer inventário no caso em que a herança se deferia a incapaz ou ausente. O RJPI não continha uma norma análoga à al. b) do n.º 1 do art. 1327.º do CPC/61 que expressamente estipulava essa legitimidade, e segundo o art. 4.º, n.º 1, do RJPI, apenas tinham legitimidade para requerer os “interessados diretos na partilha” (al. a), e “quem exerce as responsabilidades parentais, ao tutor ou ao curador, consoante os casos, quando a herança seja deferida a incapazes ou ausentes em parte incerta” (al. b)). O problema residia essencialmente na articulação do regime processual com o disposto no art. 2102.º, n.º 2, do Código Civil, do qual resulta que a partilha se realiza por inventário “quando o Ministério Público entenda que o interesse do incapaz a quem a herança é deferida implica aceitação beneficiária” (al. b)), e “nos casos em que algum dos herdeiros não possa, por motivo de ausência em parte incerta ou de incapacidade de facto permanente, intervir em partilha realizada por acordo”,

Apesar do silêncio do legislador quanto à legitimidade para requerer do M.P., o mesmo já não ocorria em relação à legitimidade para intervir, a qual decorria dos arts. 17.º, n.º 1 e 66.º, n.º 2, RJPI.

Apesar de alguma doutrina resistir a tais orientações, a verdade é que a letra da lei evidenciava que, sendo a herança deferida a tais interessados, o M.P. não tinha legitimidade para intervir no processo enquanto o mesmo se encontrava a correr termos no cartório notarial e também não tinha legitimidade para requerer.

A intervenção do M.P. junto dos cartórios notariais foi expressamente rejeitada no Parecer n.º 5/2014, da Procuradoria Geral da República, publicado em Diário da República, 2.ª série, de 30 de junho de 2014, e, no seguimento do mesmo, na Diretiva n.º 3/2014, também da PGR, tendo a questão ficado clarificada para bem da certeza e segurança jurídicas, pelo menos. Portanto, na vigência do RJPI, contrariamente ao que sucedia no âmbito do regime do inventário que constava do CPC/61, em consequência da falta de competência do M.P. para atuar no âmbito dos cartórios notariais,

estava prejudicada a possibilidade de decorrer perante notário qualquer inventário em que o M.P. figurasse como requerente, e, na pendência do inventário, este órgão do Estado estava impedido de tutelar de modo próximo os interesses dos incapazes e ausentes, os quais ficavam à mercê da atuação dos seus representantes legais.

A intervenção do M.P. fazia-se a final no momento em que o processo ingressava em juízo para que fosse proferida a decisão homologatória da partilha. O M.P. tinha a função de examinar toda a tramitação processual para determinar se a legalidade foi respeitada e se os interesses dos incapazes e ausentes foram devidamente respeitados, e o dever de promover ou dizer o que se lhe oferecesse e requerer a não homologação da partilha caso concluísse que a atuação dos representantes legais desses interessados tinha sido deficiente (art. 66.º, n.º 2, do RJPI).

Sucedo que esse exercício da competência de representação de tais interessados fora do processo de inventário não estava em consonância com o disposto no E.M.P., e podia não assegurar as mesmas garantias jurisdicionais para os interessados em causa.

3. A restauração da legitimidade do M.P. para intervir no processo de inventário na defesa dos interesses de herdeiros incapazes e ausentes pela Lei n.º 117/2019

No regime atual do inventário, que foi reintroduzido no Código de Processo Civil pela Lei n.º 117/2019, nos casos em que a herança é deferida a incapazes ou ausentes, o processo de inventário é da competência exclusiva dos tribunais judiciais, não tendo, portanto, o requerente a opção de requerer inventário notarial.

Efetivamente, nos termos do art. 1083.º, n.º 1, al. a), o inventário tem de ser requerido no tribunal judicial nos casos previstos nas alíneas b) e c) do n.º 2 do Código Civil, os quais como já referimos estão relacionados com a necessidade de aceitação beneficiária da herança pelo herdeiro incapaz ou ausente e com a impossibilidade de a partilha se realizar por acordo no caso de herdeiros se encontrarem ausentes ou em situação de incapacidade de facto permanente. Ademais, da alínea c) do referido preceito (art. 1083.º, n.º 1), resulta que qualquer inventário em que seja requerente o M.P. tem de ser requerido no tribunal judicial.

Nessa sequência, a Lei n.º 117/2019 veio restaurar a legitimidade do M.P. para requerer e para intervir, a título principal, em todos os atos e termos do processo quando a herança seja deferida a interessados diretos que sejam menores, maiores acompanhados ou ausentes (art. 1085.º, n.º 1, al. b)), estando, portanto, hoje, estabelecida de forma diversa da que resultava do RJPI, e de forma similar à que constava do CPC/61, a competência do M.P. de tutela dos direitos desses interessados, em obediência ao disposto no art. 219.º, n.º 1 e no E.M.P. aprovado pela Lei n.º 68/2019, de 27/08 (arts. 2.º e 4.º, n.º 1, al. a), 8.º, n.º 1, al. c), e 3, e 10.º).

O M.P., quando tenha legitimidade como parte principal, intervém no inventário logo após ser proferido despacho liminar que admita o prosseguimento do processo (arts. 1100.º, em especial n.º 1, al. c)), podendo após a sua citação exercer as faculdades previstas no n.º 1 do art. 1104.º. A sua legitimidade aparece ainda referenciada numa série de outros preceitos legais, que respeitam a diferentes atos e termos do processo: o art. 1106.º, n.º 2, que determina que o M.P. pode opor-se ao reconhecimento vinculante das dívidas estabelecido no n.º 1 do mesmo artigo, para os interessados menores, maiores acompanhados ou ausentes; o art. 1110.º, n.º 1, al. b), que dispõe sobre a notificação do M.P. para propor a forma da partilha; o art. 1111.º, n.º 2, que exige a concordância do M.P. para a realização da composição dos quinhões por acordo unânime dos interessados; e art. 1120.º, n.º 1, quanto à notificação do M.P. para apresentar proposta de mapa da partilha.

A opção do legislador de atribuir competência exclusiva aos tribunais judiciais para a tramitação de inventários em que sejam interessados diretos menores, maiores acompanhados ou ausentes incidiu inclusivamente sobre os processos que à data da entrada em vigor da Lei n.º 117/2019 (1 de janeiro de 2020, cfr. art. 15.º desta Lei) estavam pendentes. O legislador ordenou a remessa oficiosa desses processos pelo notário ao tribunal judicial competente, e com isso a submissão da tramitação subsequente do processo remetido ao regime estabelecido para o inventário judicial no Código de Processo Civil, que por regra, só é aplicada aos processos novos (arts. 11.º, 12.º, n.º 1, e 13.º da Lei n.º 117/2019). Portanto, em relação a esses inventários a remessa do processo a juízo foi estabelecida como uma obrigação do notário e não como uma opção de qualquer interessado direto, solução que, por sua vez, foi adotada quanto aos processos que se encontravam suspensos ao abrigo do art. 16.º do RJPI e que estavam parados, sem realização de diligências úteis, há mais de seis meses (art. 13.º, n.º 2, da Lei n.º 117/2019).

Neste âmbito, chamamos à colação para o recente Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25/02/2021, processo n.º 594/20-4T8PDL-B.L1-6, que, em relação a um inventário que transitou officiosamente do cartório notarial para o tribunal atenta a existência de um interessado menor, decidiu do seguinte modo: “Encontrando-se o processo numa fase inicial do seu desenvolvimento quando transitou para o tribunal judicial – decorrido o prazo da oposição ou impugnação posterior à citação dos interessados – a intervenção do Ministério Público não deve ficar subordinada à conduta omissiva do representante legal do menor no que toca à reclamação contra a relação de bens”.

Destarte, visando pôr fim ao défice que o inventário notarial implicava para a tutela dos interesses de herdeiros incapazes e ausentes, a Lei assegura que todos os inventários em que existam tais interessados, mesmo os que tenham sido instaurados na vigência do RJPI, são tramitados no tribunal judicial, portanto, sob a alçada de um juiz, e com intervenção principal do M.P., que é citado para todos os atos e termos do processo.

Conclusão

O novo regime do inventário atribui competência exclusiva aos tribunais judiciais para o tratamento do processo de inventário quando sejam interessados diretos menores, maiores acompanhados ou ausentes, restabelecendo a atuação do M.P. em juízo na defesa imediata e efetiva dos direitos desses interessados, tal como acontecia na vigência do anterior Código de Processo Civil.

O facto de o legislador ter ordenado a transição oficiosa dos processos pendentes nos cartórios notariais aos tribunais competentes quando existam interessados diretos em tais condições de incapacidade ou ausência, constitui, para nós, um assumir de que a tramitação desses processos nos cartórios notariais sem a intervenção do M.P. não constituía garantia de que efetivamente os direitos desses interessados estavam acautelados no regime anterior.

Por último, salientamos que o fim da desjudicialização destes processos e a atuação do M.P. na pendência do processo favorecem a utilidade dos atos processuais ao suprimirem a hipótese, que o RJPI admitia, de não homologação da partilha pelo facto de na pendência do processo não terem sido devidamente salvaguardados os interesses dos incapazes e ausentes pelos respetivos representantes legais.

Processo de inventário. Reflexões sobre o novo regime jurídico – Lei n.º 23/2013, de 5 de março, Coimbra Almedina, 2014.

CÂMARA, Carla (e outros), *Regime Jurídico do Processo de Inventário anotado*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013.

CARDOSO, Augusto Lopes, *Partilhas judiciais*, volume I, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2015;

CARDOSO, João António Lopes, e CARDOSO, Augusto Lopes, *Partilhas judiciais*, vol. I, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2006;

GERALDES, António Santos Abrantes (e outros), *Código de Processo Civil anotado. Processo de execução, processos especiais e processo de inventário judicial*. Vol. II, Coimbra, Almedina, 2020;

LEIRAS, Diana, *Um Olhar sobre... as Principais Alterações ao Regime do Processo de Inventário* – Lei n.º 23/2013, de 5 de março. in “Solicitadoria e Ação Executiva – Estudos” # 2, Câmara dos Solicitadores, outubro 2014, pp. 17-29.

PAIVA, Eduardo Sousa, e CABRITA, Helena, *Manual do processo de inventário à luz do novo regime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

PAIVA, Eduardo Sousa, *O novo processo de inventário. Traves mestras da reforma. Tutela Jurisdicional. Algumas questões*, in “Julgar Online”, setembro/2014, N.º 24, disponível na Internet em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/09/06-Eduardo-Paiva-Traves-Mestras-reforma-invent%C3%A1rio.pdf>;

RAMIÃO, Tomé D` Almeida, *Novo regime do processo de inventário judicial e notarial anotado e comentado*, Lisboa, Quid Iuris, 2020;

REGO, Carlos Lopes do, *A recapitulação do inventário*, in “Julgar Online”, dezembro/2019, N.º 15, disponível na internet em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/12/20191216-ARTIGO-JULGAR-A-Recapitula%C3%A7%C3%A3o-do-Invent%C3%A1rio-revis%C3%A3o-Carlos-Lopes-do-Rego-v5.pdf>;

SOUSA, Miguel Teixeira de (e outros), *O novo regime do processo de inventário e outras alterações na legislação processual civil*, Coimbra, Almedina, 2020.

O papel dos tribunais ordinários no âmbito da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: a articulação entre a interpretação pro homine e o controlo de convencionalidade?

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.12>

Filipe Venade de Sousa

Professor Convidado na Escola de Lisboa da
Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
e na Escola Superior de Educação do Instituto Politécnico de Coimbra

1. Introdução

O presente artigo pretende contribuir, a partir da análise da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)¹, para as reflexões relevantes acerca da essência do controlo de convencionalidade que surge, essencialmente, como resultado da jurisprudência do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, especialmente no *caso Almonacid Arellano vs. Chile* (2006)². Recentemente, o Tribunal Constitucional espanhol tomou em consideração este conceito interamericano explanando-o no alcance das faculdades *in casu* dos tribunais ordinários, como por exemplo, na sentença n.º 140/2018 (20 de dezembro de 2018)³. E em Portugal? A resposta seria razoavelmente afirmativa. Explicaremos adiante.

1 O presente texto foi adaptado com base nos meus estudos desenvolvidos: SOUSA, Filipe Venade de – *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com deficiência no ordenamento jurídico português: contributo para a compreensão do estatuto jusfundamental*. Coimbra: Almedina Editoria, novembro de 2018; “*O ius conventionale commune e o controlo de convencionalidade das atuações internas do Estado Parte*”. in COSTA, Pablo (org.). *Controle de convencionalidade*, Brasil: Arraes Editores, 2019; *A bússola do Direito Constitucional dialógico: atualização e efetividade dos direitos fundamentais*. “Revista Católica Law Review, Direito Público”, vol. 3, n.º 1, 2019, pp. 13-28; “*O controlo de convencionalidade como elemento característico da responsabilidade internacional do Estado*”. in PEREIRA, Maria de Assunção do Vale (Coord.), *Questões de Responsabilidade Internacionais*. Braga: Atas da Conferência realização na Escola de Direito da Universidade do Minho no dia 4 de dezembro de 2015. Setembro de 2016, pp. 157-171.

2 Para mais informações, consulte sua jurisprudência. [consultado em 2021-04-23]. Disponível na WWW: <https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=335>.

3 Sentencia 140/2018, de 20 de diciembre (BOE núm. 22, de 25 de janeiro de 2019). ECLI:ES:TC:2018:140: “(...) La noción de control de convencionalidad surge formalmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 26 de septiembre de 2006 (asunto Almonacid Arellano y otros c. Chile) (...) Nuestro texto constitucional no contiene previsión expresa alguna relativa a la exigencia de que los jueces ordinarios formulen dicho control de convencionalidad; y tampoco existe esta previsión en relación con el Tribunal Constitucional. Esta ausencia hace preciso verificar si, a pesar de esa constatación inicial, tal control tiene vinculación con algún precepto constitucional y expresa en

2. O significado e função do controlo de convencionalidade

Para começar, o controlo de convencionalidade é um instrumento idóneo e fundamental para os tribunais nacionais e é um mecanismo jus processual destinado à aferição de compatibilidade das atuações e normas do direito interno, praticadas pelas autoridades nacionais em relação aos tratados internacionais dos direitos humanos, como é exemplo o caso da CDPD. Este controlo implica a existência da obrigação de adequação das autoridades nacionais que devem ter em consideração o *corpus iuris* da Convenção, por exemplo. A principal finalidade deste controlo é a garantia, efetividade e adequação da observância das atuações estatais em conformidade com o Direito da Convenção, que tem eficácia normativa e interpretativa da tutela dos direitos e liberdades fundamentais.

A pergunta que fazemos é se existe ou não a obrigação das autoridades nacionais de compatibilizar suas atuações à luz da CDPD. Parece-nos que sim. Porquê? Pelo facto de estar prevista a obrigação estatal de que suas atuações nacionais têm de estar em conformidade com a Convenção (*cf.* art. 4.º, n.º 1, al. d) da CDPD). Tal acontece, pois, por um lado, a *primeira frase* do artigo 4.º, n.º 1, al. d) implica que é uma obrigação estatal de abster a violação das atuações incompatíveis com o Direito da Convenção. Trata-se de um conceito *negativo* do controlo de convencionalidade. Isso revela que o Direito da Convenção define claramente a *obrigação de resultado*, *i.e.*, obrigação estatal de respeitar os princípios e as normas estabelecidas pelo Direito da Convenção inerente ao catálogo dos direitos e liberdades fundamentais, mediante adoção de medidas necessárias para assegurar a compatibilidade das suas atuações, sob pena de incorrer na violação da Convenção.

Por seu turno, a *segunda frase* do mesmo artigo consiste em corresponder a um conceito *positivo* do controlo de convencionalidade. Isto implica que é uma obrigação de agir em conformidade com a Convenção, mediante a adoção de todas e quaisquer medidas consideradas pertinentes, a fim de assegurar a efetividade da Convenção no ordenamento jurídico nacional. A obrigação de agir em conformidade com a Convenção implica, por um lado, a adoção de medidas necessárias à luz do art. 4.º, n.º 1, al. a) e d) da Convenção, nomeadamente, para revogar, modificar ou derogar as normas e as práticas em geral, incluindo a eliminação de obstáculos ao gozo ou exercício de direitos protegidos, que violem as disposições convencionais pertinentes. Por outro lado, implica a obrigação de garantir que o seu direito interno assegura, efetivamente,

su caso, cuál es el órgano jurisdiccional competente para formularlo y cuál debe ser su alcance.[...] El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. (...) En suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE (...)."

o gozo e exercício dos direitos protegidos, bem como, promover práticas que garantem a efetiva observância da Convenção. O Estado Parte tem a obrigação de verificar se o direito interno está ou não conforme à CDPD e, caso esteja desconforme, tem a obrigação de modificar, derrogar ou desaplicar as normas ou atos desconformes. Seja qual for a origem ou a natureza das medidas, deve visar a efetividade dos direitos tutelados pela Convenção, e proceder com vista à sua implementação prática.

A adequação do direito interno conforme a Convenção deve garantir – *princípio de effet utile* – a efetividade dos direitos tutelados por esta e, sobretudo, o cumprimento pleno, excluindo razões de qualquer natureza teórica ou ilusória invocadas pelo Estado, das suas obrigações de acordo com a mesma. E, ainda, mais importante, o princípio interpretativo *pro homine* (ou *pro personae*). A interpretação *pro homine* da proteção dos direitos e liberdades fundamentais tem como base principiológica o artigo 4.º, n.º 4 da CDPD. A interpretação do direito interno tem em consideração o Direito da Convenção para complementar e reforçar a tutela judicial dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência. O princípio interpretativo *pro homine* consiste em afirmar que deve prevalecer a fonte do Direito, interno ou convencional, se se verificar que esta tem um alcance *mais protetor e menos restritivo*, devendo, pois, proceder-se a um entendimento de cláusula *pro homine* e não fazendo prevalecer critérios *hierárquicos*. Dado a especificidade da Convenção, tal como noutros tratados internacionais de direitos humanos, a *solução* para as antinomias *não passa*, necessariamente, pela aplicação de um *critério hierárquico*, mas, sobretudo, pela *compatibilização, harmonização e integração* dos catálogos dos direitos e liberdades fundamentais.

3. A função dos tribunais ordinários: aferição de convencionalidade

3.1. Considerações gerais

O art. 204.º da Constituição da República Portuguesa tem em consideração a finalidade do artigo 16.º da mesma Constituição. Para acompanhar esta lógica, os tribunais ordinários não podem excluir do Direito da Convenção para ter em consideração o catálogo dos direitos e liberdades fundamentais, agindo em conformidade com os princípios e normas da Convenção em virtude do art. 4.º, n.º 1, al. d) da CDPD. Assim, os tribunais atuam, também, como “juízes de convencionalidade”, para estarem vinculados às normas formalmente constitucionais, no sentido de garantir a sua efetividade no ordenamento jurídico português, por meio do exercício da faculdade-dever de aplicar, com base na CDPD, e conjuntamente com a Constituição da República Portuguesa, os “feitos submetidos a julgamento”, em virtude do art. 204.º da Constituição da República Portuguesa. Nesse sentido, quando o tribunal *a quo* desaplica uma norma do direito infraconstitucional tendo como fundamento a sua inconvenção, no caso concreto e em particular, com efeitos *inter-partes*, passando a aplicar a norma da Convenção, ainda é suscetível o recurso ao Tribunal Constitucional para apreciar as *questões materiais de inconstitucionalidade* (a CDPD

faz parte da Constituição material), no âmbito recursal do art. 70.º, al. a) e b) da Lei do Tribunal Constitucional ou através do art. 70.º, al. i) da Lei do Tribunal Constitucional relativo às *questões formais de inconstitucionalidade*, i.e., só se pronunciando, sobre as questões formais de vigência e de vinculação das disposições convencionais.

O Tribunal Constitucional tem a função particular de assegurar a *eficácia jurídica da Convenção* – quanto à efetividade e integridade dos direitos protegidos – nos casos concretos submetidos à fiscalização do Tribunal Constitucional, sobre as decisões de tribunais ordinários que se recusem a aplicar a lei, desconforme com a Convenção. Cabe, sobretudo, ao tribunal *a quo*, não ao Tribunal Constitucional, resolver as *questões “materiais” de inconvencionalidade* das normas legais e dos atos que vulnerem os seus direitos protegidos, desaplicando, segundo o art. 204.º da CRP, as normas legais contrárias à CDPD.

A interpretação desta norma torna claro que os tribunais ordinários têm o dever de desaplicar as normas incompatíveis com a própria Convenção, respeitando e garantindo os direitos protegidos pela Convenção, devendo aplicar, segundo critérios *pro homine*, e tendo em conta o objeto e o fim da CDPD, as disposições convencionais nos casos concretos aplicáveis com efeitos *inter-partes*. Acima de tudo, os juízes nacionais têm o papel de garantia da Convenção, o que implica a faculdade-dever de interpretar e aplicar as normas aplicáveis ao caso concreto *secundum conventionem* e não *contrario sensu*, na medida em que, os juízes nacionais têm a obrigação de desaplicar qualquer disposição interna contrária à CDPD, sob pena de responsabilidade internacional do Estado.

3.2. *O parâmetro de convencionalidade e sua articulação com a Constituição da República Portuguesa*

A própria CRP incorpora o catálogo dos direitos tutelados pela Convenção, assumindo o estatuto materialmente constitucional, fazendo parte do bloco de constitucionalidade. Com efeito, no art. 16.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, o bloco de constitucionalidade é dialogicamente interativo e horizontalmente constituído por normas formalmente constitucionais e pelo Direito da Convenção. Desta forma, em virtude do art. 16.º da Constituição da República Portuguesa, o Tribunal Constitucional pode basear e referenciar as normas da CDPD juntamente com as normas formalmente constitucionais, para fundamentar e declarar a inconstitucionalidade das normas jurídicas ou interpretações normativas que por elas são inconstitucionais, estando a assumir um controlo de convencionalidade de forma complementar a função primária de controlo de constitucionalidade.

Partindo do raciocínio aplicado no exemplo de Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 352/98, de 12 de maio de 1998, adaptado ao presente objeto de estudo, a CDPD deve ser perspectivada num sentido de aplicação direta, em complemento com as normas da Constituição da República Portuguesa, no ordenamento jurídico nacional, sendo essencial não omitir que as normas formalmente constitucionais não retiraram, em todas as suas vertentes, tanto na dimensão normativa como na dimensão

interpretativa, o sentido e o alcance que se encontra naquela Convenção. Consequentemente, a própria Convenção acrescenta e revela o sentido e alcance das normas formalmente constitucionais. Tal é fundamental e relevante, pois a Constituição deve assumir, em virtude do art. 16.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, o catálogo dos direitos tutelados pela CDPD, por ter força e valor materialmente constitucional, complementando, por meio de integração normativa-interpretativa, o catálogo dos direitos fundamentais constituídos no seio de bloco de constitucionalidade. Sendo que, na apreciação do invocado vício de inconstitucionalidade, necessita o Tribunal Constitucional, e os tribunais ordinários, de apelar e referenciar as normas da CDPD.

A validade das normas infraconstitucionais tem de ser duplamente (e interativamente) verificada em relação à Constituição da República Portuguesa e à CDPD. Caso a norma legal esteja *de acordo* com as normas formalmente constitucionais, mas *não* com a CDPD, em virtude do art. 16.º, n.º 1 da CRP, esta não pode ser *válida*, é *materialmente inconstitucional*. Tendo em conta o estatuto materialmente constitucional da CDPD, o art. 277.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa exige uma dupla compatibilidade de validade das normas legais – em relação ao bloco de constitucionalidade, incluindo, também, a CDPD. Trata-se de uma questão “material” de inconstitucionalidade, exercendo um controlo de constitucionalidade. A inconveniência de forma complementar é assumida pelo próprio controlo de constitucionalidade, o que significa que tem uma interação dialógica entre a própria Constituição e a CDPD, a nível horizontal, para controlar a constitucionalidade das normas legais.

4. Conclusões

A CDPD deve constituir um parâmetro *material* de constitucionalidade na ordem jurídica portuguesa. Por que os direitos tutelados pela Convenção têm relevância constitucional através do art. 16.º da Constituição da República Portuguesa. A extensão do catálogo constitucional de direitos fundamentais complementa-se, mediante garantia de nível de proteção elevadora da fundamentalidade, com “expressão prática”⁴ de catálogo dos direitos consagrados pela Convenção, tanto na dimensão normativa como na dimensão interpretativa, como reconhece o Tribunal Constitucional, “o valor heurístico”⁵ dos instrumentos internacionais de direitos humanos “operam como meio complementar de interpretação e desenvolvimento do catálogo constitucional”⁶.

A relevância prática da Convenção é pertinente, por três ordens de razão: em primeiro lugar, o catálogo constitucional de direitos fundamentais complementa-se, devido

4 *cf.* Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus. Relatório de Portugal *Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais: Catálogos Internacionais, Supranacionais e Nacionais no Século 21* elaborado por Gonçalo de Almeida Ribeiro (Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional), Joana Fernandes Costa (Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional) e António Manuel Abrantes (Assessor do Tribunal Constitucional), 2021, p. 5. [consultado em 2021-04-23]. Disponível NA WWW: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctceu_2021_xviii.pdf>.

5 *Idem*, p. 5.

6 *Idem*, p. 11.

especificidades dos direitos das pessoas com deficiência, com o Direito da Convenção que reforça a expressão prática no texto constitucional; em segundo lugar, o catálogo de direitos convencionalmente tutelados reforça a salvaguarda constitucional do catálogo de direitos fundamentais que tem como finalidade a garantia da dignidade da pessoa humana e a igualdade e não discriminação, por exemplo, em virtude do artigo 71.º da Constituição da República Portuguesa; em terceiro lugar, tendo em consideração a força jurídica própria da Convenção na ordem jurídica portuguesa em virtude do artigo 16.º da Constituição, o Direito da Convenção tem claramente um propósito de contribuir, mesmo com valor “heurístico”, ao catálogo constitucional dos direitos fundamentais.

Os tribunais ordinários têm o papel fundamental da garantia do Direito da Convenção; ou seja, têm faculdades pertinentes de cognição em matéria de conformidade do direito ordinário com a Convenção, por exemplo, a alínea i) do art. 70.º da Lei do Tribunal Constitucional admite que “a garantia da eficácia das normas convencionais cabe exclusivamente aos tribunais ordinários”⁷. Trata-se de uma essência norteadora do controlo de convencionalidade.

7 *Idem*, p. 4.

O Direito Internacional Privado e a proteção do consumidor em serviços de transporte aéreo

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.13>

Inez Lopes

Professora associada de Direito Internacional Privado e Público da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB)

1. Introdução

Mais de quatro bilhões de passageiros voaram em 2018 e 2019 pelo mundo, segundo a Organização de Aviação Civil Internacional (OACI). Nas últimas duas décadas, o número de consumidores de serviços de transporte aéreo mais do que dobrou, passando de 1,6 bilhão em 2000 para 4,5 bilhões de passageiros em 2019. Esses números foram afetados pela pandemia do coronavírus. O declínio no número de passageiros em 2020 em razão da pandemia foi de 60% e estima-se que somente a partir de 2025 o mercado volte ao patamar de 2019, considerando até lá vacinação em massa em escala global.

O crescimento exponencial do setor da aviação civil foi possível a partir da adoção da Convenção de Varsóvia para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional de 1933, que criou um regime uniforme entre os Estados para facilitar a navegação aérea ao também limitar a responsabilidade das transportadoras aéreas em caso de danos a passageiros, a cargas e a bagagens por perda, destruição ou avarias, evitando problemas em face de pluralidade regulatória e até mesmo *forum shopping* para países com indenizações robustas. Cada acidente aéreo poderia levar a falência da empresa transportadora.

Dada a necessidade de modernizar a Convenção de Varsóvia e os instrumentos conexos, os Estados aprovaram a Convenção de Montreal em 1999, com o objetivo de maior harmonização e codificação de certas regras que regulam o transporte aéreo internacional, incluindo as normas de direito internacional privado e estabelecer um regime uniforme decorrente das obrigações contratual e extracontratual entre o consumidor e a transportadora aérea.

A harmonização dessas normas fixou limites de responsabilidade às companhias aéreas, uma vez que a Convenção é a lei aplicável a todo transporte internacional de pessoas, bagagem ou carga, efetuado em aeronaves. A harmonização não impediu os Estados de adotarem normas de proteção ao consumidor em todas as relações de

consumo, nacional e transfronteiriça. Alguns países adotaram leis especiais para a proteção do consumidor nos serviços de transporte aéreo.

Este artigo objetiva estudar os efeitos da proliferação de normas e decisões nacionais e regionais nas relações de consumo na prestação de serviços de transporte aéreo, por meio do método qualitativo para analisar os problemas jurídicos onde se observa que, de um lado os consumidores reivindicam direitos não prestados efetivamente pelas transportadoras, de outro, as companhias reclamam de não aplicação da norma internacional.

2. O Direito Internacional Privado da Aviação Civil: a pluralidade das fontes

O direito internacional privado da aviação civil aborda questões relacionadas às obrigações contratuais e não contratuais decorrentes das relações jurídicas relacionadas ao transporte aéreo. Este artigo restringe-se a estudar as relações jurídicas nacionais e transnacionais entre consumidores e empresas de transporte aéreo e a lei aplicável a essas relações jurídicas bem como os limites de responsabilidade das empresas em contexto comparativo.

Nota-se uma crescente “proliferação de regimes de direitos dos passageiros aéreos em todo o mundo”¹, tanto em nível nacional quanto internacional. O direito internacional privado se caracteriza pela coexistência da pluralidade de normas estatais e não-estatais. Para alguns Estados, a aviação é um “símbolo de aspirações nacionais de orgulho, prestígio e penetração global”². Por outro lado, as normas internacionais no setor de transporte aéreo se fundamentam em normas uniformizadas que estabelecem limites em relação à responsabilidade das companhias aéreas.

2.1. Normas internacionais

O direito internacional público aéreo regula as atividades da aviação civil internacional, por meio de uma gama de fontes de direito, entre eles, tratados, princípios e costume internacionais, que objetivam estabelecer a cooperação entre os Estados, assim como uma harmonização legislativa transnacional, de modo a garantir a segurança internacional da navegação aérea.

Considerando que a aviação civil é “inerentemente internacional em escopo”³, as principais fontes de direito internacional público são as convenções multilaterais, os acordos bilaterais, o direito costumeiro internacional, as decisões internacionais, os Padrões e *Práticas Recomendadas* pela Organização da Aviação Civil Internacional,

1 TRUXAL, Steven – *Consumer protections and limited liability: Global order for air transport?*. “Journal of International and Comparative Law”, 1(1), pp. 133-140 (2014), p. 133.

2 DEMPSEY, Pau Stephen – *Public International Law*. Ed. McGill University, 2017, p. 1.

3 *Ibid*, p. 2

(OACI) entre outros. A Convenção sobre Aviação Civil Internacional, adotada em Chicago em 7 de dezembro de 1944 é a magna carta que regula as atividades do setor.

Por seu turno, a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999⁴ (Convenção de Montreal), é o principal instrumento jurídico que unifica as normas relativas à responsabilidade do transportador e fixa medidas da indenização do dano. Estabelece critérios de harmonização para a responsabilidade em caso de morte e lesões dos passageiros (artigo 17), dano à bagagem (artigo 17), dano à carga (artigo 18), atrasos no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga (artigo 19), bem como os casos de exoneração de responsabilidade (artigo 20). Esta convenção é aplicável e prevalecerá sobre toda regra que se aplique ao transporte aéreo internacional.

A Convenção de Montreal fixa limites de responsabilidade para as companhias aéreas nas relações de consumo doméstico ou internacional. O valor para a indenização em caso de morte ou lesões dos passageiros é de até 128.821 Direitos Especiais de Saque (DES)⁵ por passageiro, o equivale a aproximadamente US\$ 184.90. A indenização em face da responsabilidade por danos relativos ao atraso da bagagem e da carga é limitada a 5.346 DES (US\$ 7.670) em razão do *dano causado por atraso no transporte de pessoas*. Já o transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.288 DES (US\$ 1838). No transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 22 DES (US\$ 31.59) por quilograma. O passageiro poderá registrar a bagagem por meio de uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino. O limite da indenização é uma soma que não exceda o valor declarado pelo passageiro.

A convenção fixa critérios sobre jurisdição internacional para determinar que a ação de indenização deve ser iniciada à escolha do autor, seja perante o tribunal do domicílio do transportador, da sede da matriz da empresa, ou onde possua o estabelecimento por cujo intermédio se tenha realizado o contrato, seja perante o tribunal do lugar de destino. Nas relações de consumos, é competente o tribunal do lugar onde o consumidor está domiciliado ou de sua residência habitual.

2.2. A OACI e os Princípios Básicos Relacionados à Proteção do Consumidor

Durante a Sexta Conferência Mundial de Transporte Aéreo, realizada em Montreal em 2013, a OACI reconheceu a proliferação de normas jurídicas adotadas pelos Estados

4 Aprovada pelo o Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 59, de 18 de abril de 2006; Decreto de Promulgação nº 5.910, de 27 de setembro de 2006.

5 Direito Especial de Saque (DES) é um instrumento monetário internacional fixados pelo Fundo Monetário Internacional e representa ativo de reserva internacional. Esses valores são revisados pela OACI e os valores acima mencionados estão atualizados conforme o *2019 Revised Limits of Liability Under the Montreal Convention of 1999*. Trata-se de valores uniformizados para a responsabilidade das transportadoras aéreas nas relações de consumo.

regulando as relações de consumo no transporte aéreo, principalmente no que tange ao aos direitos dos passageiros. A proposta para a adoção de *Princípios Básicos Relacionados à Proteção do Consumidor* foi aprovada pelos Estados durante a 38ª Sessão da Assembleia Geral da OACI⁶.

Em termos de técnica normativa, estes princípios tem uma abordagem de harmonização horizontal direcionadas tanto aos Estados quanto às transportadoras aéreas em favor da proteção do consumidor por ser a parte mais vulnerável neste setor econômico. Destina-se às partes interessadas da indústria em lidar com questões de proteção ao consumidor passageiro. Este instrumento estabelece que as autoridades governamentais devem ter flexibilidade para desenvolver regimes de proteção ao consumidor que alcancem o equilíbrio certo entre a proteção do consumidor e a competitividade da indústria, considerando as diferentes características sociais, políticas e econômicas de cada Estado.

Os modelos de regulação da OACI refletem o que Teubner definiu como “fronteiras funcionais dos regimes transnacionais”, segundo o qual “tanto a jurisdição internacional como os conflitos internacionais de leis devem ser transformados de conflitos entre ordens jurídicas nacionais em conflitos entre regimes setoriais”⁷. O regime transnacional no setor de transporte aéreo busca estabelecer por meio de normas cogentes de direito internacional e por normas de *soft law* a formulação de políticas e práticas regulatórias e operacionais.

Os regimes nacionais e regionais de proteção ao consumidor devem, segundos os princípios, refletir sobre o princípio da proporcionalidade; permitir que o impacto de grandes interrupções seja levado em consideração; e ser compatível com os regimes dos tratados internacionais relativos às responsabilidades das transportadoras aéreas estabelecidos pela Convenção de Montreal.

Além disso, os Princípios Básicos da OACI estão divididos em três partes da relação jurídica entre consumidor e companhias aéreas: antes, durante e depois da viagem. Antes da viagem, os passageiros devem ter acesso a informações sobre os seus direitos e orientações claras sobre os direitos contratuais, sobre as características do produto de transporte aéreo que procuram, antes da compra. Durante a viagem, os passageiros devem ser informados regularmente ao longo da viagem sobre quaisquer circunstâncias especiais que afetem seu voo, especialmente em caso de interrupção do serviço; devem receber a devida atenção em casos de interrupção do serviço, tais como reembolso, por exemplo; e as pessoas com deficiência devem ter acesso ao transporte aéreo de forma não discriminatória e à assistência adequada. Além disso, em circunstâncias extraordinárias que ensejam interrupções massivas deve-se garantir que os passageiros recebam atenção e assistência adequadas.

6 ICAO. Economic Commission, *Agenda Item 40, Economic Development of Air Transport, Policy*, A38-WP/186, [consultado em 12-05-2021]. Disponível em https://www.icao.int/Meetings/a38/Documents/WP/wp186_en.pdf.

7 TEUBNER, Gunther – *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Translated by Gareth Norbury. Oxford University Press, 2012, p. 155.

Depois da viagem, os passageiros devem poder contar com procedimentos eficazes de tratamento de reclamações e ser informado de tais procedimentos.

2.3. A IATA e o Princípios Essenciais de Proteção do Consumidor

A Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) é uma associação não-governamental de caráter comercial das companhias aéreas do mundo, representando cerca de 290 companhias aéreas ou 82% do tráfego aéreo total⁸. A associação reconhece que a regulamentação beneficia os consumidores e a indústria ao fornecer clareza e certeza para todos⁹.

Em 2013, a 69ª Assembleia Geral Anual da Associação Internacional de Transporte Aéreo aprovou os Princípios Essenciais para Consumidores por meio da IATA AGM Resolution IATA Core Principles on Consumer Protection¹⁰. Trata-se, portanto, de norma não estatal.

De acordo com este instrumento autorregulatório, as legislações nacional e regional devem ser consistentes e estar de acordo com os regimes dos tratados internacionais sobre a responsabilidade das transportadoras aéreas, estabelecidos pela Convenção de Varsóvia de 1929 (e seus instrumentos de emenda) e a Convenção de Montreal. Além disso, a legislação sobre direitos dos passageiros (consumidores), de acordo com a Convenção de Chicago de 1944, deve ser aplicada apenas a eventos ocorridos dentro do território do Estado legislador, ou fora desse território, com relação a aeronaves nele registradas.

Entre outros princípios, reconhece que a legislação sobre os direitos dos passageiros deve permitir às companhias aéreas a possibilidade de se diferenciarem por meio de ofertas de serviços individuais ao cliente, dando assim aos consumidores a liberdade de escolher uma companhia aérea que corresponda aos seus padrões de preço e serviço desejados. A indústria do setor aéreo reconhece o direito de reencaminhamento, reembolso ou indenização em casos de recusa de embarque e cancelamentos, quando as circunstâncias estão sob o controle da transportadora. A indústria reconhece o direito de reencaminhamento, reembolso ou cuidado e assistência aos passageiros afetados por atrasos quando as circunstâncias estão sob o controle da transportadora.

Nota-se que os princípios acima mencionados, bem como os demais contidos na norma autorregulatória são convergentes com os princípios adotados no âmbito da OACI.

8 IATA, *About us*, [consultado em 12-02-2020]. Disponível em: <<https://www.iata.org/en/about/>>.

9 IATA. *Consumer & Passenger Issues*, [consultado em 12-02-2020]. Disponível em <<https://www.iata.org/en/policy/consumer-pax-rights/>>.

10 [consultado em 12-02-2020]. Disponível em: <<https://www.iata.org/contentassets/771d2065c8914f80b1adc8a06bdb59ed/agm69-resolution-passenger-rights.pdf>>.

2.4. As normas nas integrações económicas regionais

Na União Europeia, o Regulamento (CE) n. 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de fevereiro de 2004, estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque (como overbooking, por exemplo) e de cancelamento ou atraso considerável dos voos.

Com relação aos atrasos, o artigo 6º estabelece critérios objetivos para determinar atraso, interface com o percurso do voo. Neste sentido, o artigo 7º que trata do direito à indemnização do passageiro, fixa o valor da indemnização nos termos seguintes:

“1. Em caso de remissão para o presente artigo, os passageiros devem receber uma indenização no valor de:

- a) 250 euros para todos os voos até 1500 quilómetros;
- b) 400 euros para todos os voos intracomunitários com mais de 1500 quilómetros e para todos os outros voos entre 1500 e 3500 quilómetros;
- c) 600 euros para todos os voos não abrangidos pelas alíneas a) ou b)”.

O artigo 19 na Convenção de Montreal diz que o transportador é *responsável pelo dano ocasionado por atrasos no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga*. Entretanto, o transportador não será responsável pelo dano ocasionado por atraso se provar que ele e seus prepostos adotaram todas as medidas que eram razoavelmente necessárias para evitar o dano ou que lhes foi impossível, a um e a outros, adotar tais medidas. Truxal ressalta que termo “o dano ocasionado pelo atraso” não é definido pela convenção¹¹.

Neste sentido, nos Casos C-581/10 e C-629/10, processo apensos (Emeka Nelson e outros v. Deutsche Lufthansa AG (C-581/10), o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que “a perda de tempo subjacente a um atraso de voo, que constitua um inconveniente na aceção do Regulamento n. 261/2004 e não seja qualificável de «dano que resulte de um atraso», na aceção do artigo 19 da Convenção de Montreal, não pode entrar no âmbito de aplicação do artigo 29 da referida Convenção.” (§55). Além disso, o tribunal reconheceu que “o dever que resulta do Regulamento n. 261/2004 e que visa indemnizar os passageiros de voos com atrasos consideráveis afigura-se compatível com o artigo 29da Convenção de Montreal (§56)¹².

No âmbito do Mercosul, inexistente regulamentação sobre a norma aplicável às relações de consumo ou relacionada aos limites de transporte aéreo, aplicando -se as normas nacionais e a Convenção de Montreal.

11 TRUXAL, *Op. Cit.*, p. 137.

12 O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção), de 23 de outubro de 2012. [consultado em 12-02-2020]. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CJ0581&from=EN>>.

2.5. As normas nacionais

A proliferação de normas de proteção do consumidor tem buscado oferecer maior equilíbrio entre as relações jurídicas entre consumidor e companhias aéreas tanto em voos domésticos quanto internacionais. Recentemente, no Canadá, o *Air Passenger Protection Regulations* SOR/2019-150 (Canada Transportation Agency), foram aprovados 22 de maio de 2019. Os regulamentos exigem das companhias aéreas o cumprimento de certas obrigações para com os passageiros, garantindo-se, por exemplo, uma indenização de até 2.400 dólares canadenses se as companhias aéreas negarem o embarque de um passageiro por motivos dentro do controle corporativo e até 2.100 dólares canadenses nos casos de perda ou danos na bagagem¹³.

3. O dano moral nas relações de consumo na prestação de serviços de transporte aéreo

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da Convenção de Montreal nas relações jurídicas entre passageiros e transportadoras aéreas tem sido alvo de grandes debates jurídicos. No que tange à jurisdição, a autoridade judiciária brasileira é competente para julgar litígios decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil, nos termos do Código de Processo Civil.

A Resolução nº 400/2016 da Agência nacional de Aviação Civil¹⁴ regula as condições gerais aplicáveis ao transporte aéreo regular de passageiros, doméstico e internacional. A resolução estabeleça a compensação financeira ao passageiro em caso de atraso e o dever de assistência material para satisfazer as necessidades dos passageiros de acordo com as horas de atraso. Entretanto, não avançou para fixar critérios indenizatórios em moldes semelhantes à União Europeia para determinar a indenização estabelecida no artigo 19 para o dano ocasionado por atraso, com fundamento em critérios objetivos e limitadores da responsabilidade.

Com relação à norma aplicável, no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário (RE) 636331 e do RE com Agravo (ARE) 766618, relacionados aos conflitos que envolvem extravios de bagagem e prazos prescricionais ligados à relação de consumo em transporte aéreo internacional de passageiros, o Supremo Tribunal Federal decidiu que devem ser resolvidos pelas regras estabelecidas pelas convenções internacionais sobre a matéria, ratificadas pelo Brasil. Assim, é aplicável a Convenção de Montreal e não o CDC para danos materiais.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua vez tem decidido que a Convenção de Montreal não é aplicável para limitar a indenização devida a passageiros em caso

13 CANADA. *New Air Passenger Protection Regulations now in force*. News Release July 15, 2019, [consultado em 12-05-2021]. Disponível em: <<https://www.canada.ca/en/transportation-agency/news/2019/07/new-air-passenger-protection-regulations-now-in-force.html>>.

14 ANAC. *Resolução n. 400*. [consultado em 12-02-2020]. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Compilado%20at%C3%A9%20RA2017-0434.pdf>.

de danos morais decorrentes de atraso de voo ou extravio de bagagem, uma vez que o aludido acordo abrange apenas as hipóteses de dano material. Segundo o STJ, no Caso Recurso Especial n. 1.842.066-RS: “as indenizações por danos morais decorrentes de extravio de bagagem e de atraso de voo não estão submetidas à tarifação prevista na Convenção de Montreal, devendo-se observar, nesses casos, a efetiva reparação do consumidor preceituada pelo CDC”.

Essa interpretação, estabelece dois sistemas distintos na relação entre consumidor e companhias aéreas: aplica-se a Convenção de Montreal para os direitos materiais em razão dos custos realizados pelo consumidor pelo extravio ou atraso da bagagem e/ou do atraso do voo e é aplicável o CDC para o *dano moral ocasionado por atrasos* no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga.

4. Conclusões

As normas de direito internacional privado para as relações contratuais e extracontratuais nas relações de consumo no transporte aéreo têm por objetivo oferecer segurança e previsibilidade, tornado claras as regras sobre o direito aplicável e o tribunal competente para dirimir os eventuais litígios.

O pluralismo jurídico existente regulando as relações jurídicas entre consumidor e transportadora aérea, quer em voos domésticos ou internacionais nem sempre ensejam conflitos de leis, mas de interpretações normativas. A pluralidade das fontes, como destacado por Truxal, demonstra que os legisladores e os tribunais nacionais de diversos países podem recorrer a interpretações menos textuais e mais teleológicas das disposições da Convenção de Montreal.

Conseqüentemente, a proliferação de normas ou de decisões judiciais em favor da proteção do consumidor passageiro, revelam a necessidade de uma revisão da Convenção de Montreal para regras mais claras no que diz respeito à indenização por danos morais para uniformizar a interpretação do artigo 19 quanto ao *dano ocasionado por atrasos* no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga. Os Princípios Básicos para a Proteção do Consumidor da OACI e o Princípios Essenciais da IATA são paliativos para responder à lacuna existente de forma a trazer equilíbrio entre a proteção do consumidor passageiro e os limites de responsabilidade das transportadoras aéreas, por meio do diálogo das fontes.

O enfraquecimento de princípios constitucionais através de comunicações estratégicas: analisando o impacto da operação Lava-Jato na modulação dos efeitos do princípio da “Presunção de inocência” no Brasil

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.14>

João Araújo Monteiro Neto

Doutor em Direito

Professor da Universidade de Fortaleza

1. Combate à corrupção e a ascensão da operação lava-jato

As narrativas da corrupção brasileira estão profundamente enraizadas na história do país e são utilizadas de forma ambígua para justificar a falta de desenvolvimento económico, as desigualdades sociais ou o surgimento de movimentos e partidos políticos. As origens das práticas de corrupção sistêmica do país estão romanticamente ligadas ao processo de colonização europeia e às primeiras conexões feitas entre os povos indígenas e os exploradores. Mais de quinhentos depois esta lógica está bem arraigada na sociedade brasileira e durante as últimas três décadas transformou-se retoricamente em um dos mais poderosos artefatos políticos. Não surpreendentemente, foi a narrativa da luta contra a corrupção a pedra angular da ascensão da extrema direita e dos conservadores ao poder no Brasil. A narrativa difundida pela Lava Jato influenciou de forma direta as recentes eleições brasileiras e foi usada por uma infinidade de candidatos sem qualquer experiência política ou de serviço público para reivindicar um na estrutura política nacional.

É importante destacar que a cruzada contra a corrupção está diretamente ligada ao processo de redemocratização iniciado na década de 1980 uma vez que durante a ditadura militar e seu regime baseado na violência não havia espaço para questionar quaisquer irregularidades governamentais ou políticas. Não surpreendentemente, logo após a promulgação da Constituição Federal em 1988, durante as primeiras eleições presidenciais diretas em 1989, um político inexpressivo e desconhecido, representando um pequeno estado do Nordeste, ascendeu meteoricamente à presidência da república com a promessa de caçar marajás¹. Desde então, a narrativa de combate à corrupção se instalou no centro do discurso e da prática política brasileira.

1 Forma utilizada para descrever funcionários públicos corruptos que se tornaram milionários.

Vale destacar que as narrativas em torno da corrupção foram politicamente lateralizadas, em virtude do desenvolvimento experimentados, durante os mandatos presidenciais de Fernando Henrique Cardoso e Luís Inácio Lula Silva. A narrativa de combate à corrupção retornou de forma avassaladora durante a presidência de Dilma Rousseff. Foi o apelo à punição do governo corrupto de esquerda e dos membros do Partido dos Trabalhadores que fundamentou o surgimento de um movimento de centro-direita que levou ao impeachment de Rouseff e promoveu grande parte da campanha de outro político, até então, inexpressivo e desconhecido para a presidência.

Nesse momento o uso da corrupção como discurso político foi reformulado pelo surgimento de um conjunto inesperado de novos agentes, oriundos não do espectro político, mas da Justiça. O poético apelo da sociedade por um super-herói, um paladino contra a corrupção foi inicialmente corporificado na figura de Joaquim Benedito Barbosa Gomes. Juiz do Supremo Tribunal Federal e primeiro negro a ocupar a presidência da corte, Barbosa foi indicado ao STF por Lula, e ganhou destaque no imaginário público, durante o julgamento de um caso de corrupção de grande repercussão ocorrido durante o mandato do presidente que o indicou. Durante o julgamento do Processo do Mensalão, Barbosa fez uma abordagem muito crítica à corrupção e ao relatar o caso apontou sentenças severas a todos os políticos envolvidos no escândalo de corrupção. Não surpreendentemente, ele foi associado ao super-herói Batman e também apontado como candidato à presidência da república (Fig. 1)².

Figura 1

Notícia de 2012.



A passagem da narrativa política para a jurídica foi posteriormente reforçada e consolidada por meio da operação Lava Jato e da ascensão de dois novos heróis anti-corrupção, o Juiz Federal responsável pelo caso, Sergio Moro, e o coordenador da operação, o Procurador da República Deltan Dallagnol. A ascensão dos novos atores político-jurídicos, principalmente sob a lógica dos cruzados da corrupção e do mito do Messias, foram os elementos-chave fundamentando as atividades da Lava Jato.

Combinadas com a estratégia de divulgação ilegal de documentos e informações judiciais, que normalmente são sigilosas essas narrativas foram fundamentais para

2 PINHONI, Marina. Barbosa, o Batman brasileiro, é o novo presidente do STF. "Revista Exame" [consultado em 2021-04-19]. Disponível em <https://exame.com/brasil/barbosa-o-batman-brasileiro-e-o-novo-presidente-do-stf/>.

enfraquecer garantias constitucionais importantes ao mesmo tempo que fortaleceram discursos políticos de extrema direita que culminaram como o movimento de eleição de Jair Bolsonaro, um político da velha guarda que passou a defender veementemente políticas anticorrupção.

Esses movimentos políticos apontaram para uma mudança interessante no uso da narrativa de combate à corrupção, que apesar de agora contar com um novo locus, o judiciário e o processo criminal, não abandonou completamente seu objetivo primordial, o empoderamento político. Entretanto, desta vez os atores envolvidos nesse processo utilizaram a narrativa de combate à corrupção concretizada na operação Lava-Jato e direcionada contra um novo inimigo: a Constituição.

3. Operação Lava Jato, Comunicação Estratégica e Enfraquecimento da Presunção de Inocência

Esta sessão apresenta como o Ministério Público Federal e o Juiz Sérgio Moro, desenvolveram um conjunto de táticas de comunicação estratégica para promover uma narrativa que sustentava que a regra de presunção de inocência era um dos principais motivos a apoiar os elevados níveis de crimes de corrupção constatados no país e a principal causa de impunidade dos processos criminais relacionados à corrupção.

Embora o estudo da comunicação estratégica tenha sua origem nas áreas de defesa e militar, a literatura atual indica a sua crescente utilização por diferentes atores governamentais e não governamentais, como por exemplo a sociedade civil³. Geralmente conceituado como o estudo de como as organizações, instituições e outros atores usam a comunicação propositadamente para cumprir seus objetivos estratégicos⁴ ou como um “conjunto de práticas empreendidas para reforçar, subverter, minar, oprimir ou substituir um discurso preexistente sobre um assunto significativo tanto para o público quanto para o comunicador”⁵, a utilização desses mecanismos pode ser observada recentemente como um dos grandes motores da dinâmica atual.

Exemplos dessas práticas de estratégia de comunicação podem ser observados em programas executados pelas Nações Unidas, Banco Mundial⁶ ou em movimentos para “aumentar a influência do Islã moderado e diminuir a influência daqueles classificados

3 PRICE, Monroe E. – *Free Expression, Globalism, and the New Strategic Communication*. 1.^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

4 HEIDE, Mats; VON PLATEN, Sara; SIMONSSON, Charlotte; FALKHEIMER, Jesper – *Expanding the Scope of Strategic Communication: Towards a Holistic Understanding of Organizational Complexity*. *International Journal of Strategic Communication*, 12:4 (2018), p. 452-468. FRANDSEN, Finn; JOHANSEN, Winni – *Strategic Communication in SCOTT, Craig; LEWIS, Laurie (Editors) – The International Encyclopedia of Organizational Communication*, 1.^a ed. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2017. ISBN 9781118955604

5 PRICE, Monroe E. *Free Expression, Globalism, and the New Strategic Communication*. 1.^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 19.

6 HALLAHAN, Kirk; HOLTZHAUSEN, Derina; VAN RULER, Betteke; VERČIČ, Dejan; SRIRAMESH, Krishnamurthy – *Defining Strategic Communication, International Journal of Strategic Communication*. 1:1, 3-35, 2007. DOI: 10.1080/15531180701285244.

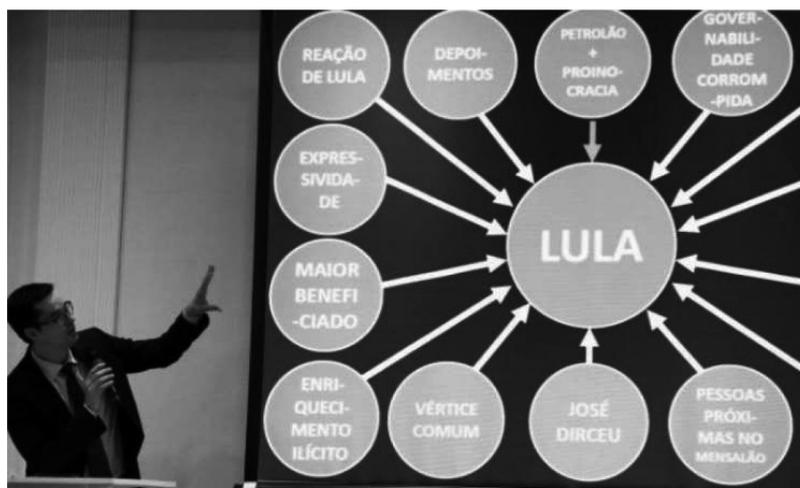
como fundamentalistas na África e em esforços para promover a democracia na ex-União Soviética⁷. Nesse contexto, este artigo entende a comunicação estratégica como um mecanismo importante para desenvolver práticas de comunicação proposital com o objetivo de moldar uma agenda ou interesse predeterminado e englobar a necessidade de observar tópicos como gestão de comunicação, planejamento, segmentação de audiência, design de mensagem, construção de relacionamento, campanhas e avaliação⁸.

Nesse contexto pode-se observar que o elemento-chave que fundamentou a lógica legal da operação Lava Jato foi uma mudança de discurso. Percebendo a necessidade de influenciar a opinião pública, os coordenadores da operação passaram a criar uma narrativa de comunicação estratégica fundada em três elementos principais: a) selecionar um inimigo público, um indivíduo emblemático para ser o rosto da corrupção no país, em particular um que pudesse chamar a atenção e simbolizar a necessidade de reforma do sistema político e jurídico; b) deslocar a atenção pública da figura dos corruptos direcionando-a para o sistema jurídico, deixar de realçar o aspecto humano e todos os seus aspectos éticos etéreos, e mirar em algo mais concreto, mundano e tangível, o sistema jurídico; c) usar mídias sociais e apresentações públicas para promover abertamente essa estratégia e criar apoio a seus objetivos jurídicos e políticos.

Mais precisamente, a operação criou dois inimigos muito tangíveis e sensíveis que poderiam ser facilmente captados pela opinião pública: o ex-presidente Lula e a narrativa de que o principal elemento de apoio à corrupção no Brasil era a falta de aplicação das disposições anticorrupção da lei criminal, sendo que este fenômeno era causado principalmente pela garantia constitucional de presunção de inocência. Esses dois elementos foram amplamente promovidos por meio de canais de mídia social e conferências de imprensa, conforme apontado na figura abaixo.

Figura 2

Apresentação pública dos resultados da investigação realizada pelo Sr. Dallagnol.



7 PRICE, Monroe E. – *Free Expression, Globalism, and the New Strategic Communication*. 1.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 20.

8 PRICE, Monroe E. – *Free Expression, Globalism, and the New Strategic Communication*. 1.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

Mudar as lentes dos corruptos para o sistema legal, particularmente apontando para a Constituição e suas garantias como fatores-chave para a promoção da corrupção foi um elemento chave do funcionamento da Lava Jato. Essa mudança foi o resultado de uma estratégia de comunicação muito bem desenhada que percebeu que a abordagem tradicional que vinculava a punição à corrupção à falha ética do político não estava sendo eficaz e, ao mesmo tempo, não causava mais reações significativas na opinião pública. Não por acaso prevaleceu por um bom período de tempo no Brasil a lógica de aceitação do “rouba, mas faz” (o político é corrupto, mas desenvolve boas políticas em favor de suas comunidades).

Ao mesmo tempo, a Constituição, em particular a regra de presunção de inocência, foi constantemente associada por alguns juristas, policiais e atores jurídicos mais inclinados à guerra ao crime e à doutrina de punição severa aos altos níveis de criminalidade, à falta de fiscalização das disposições do direito penal e do sentimento público de impunidade. Essa percepção aos poucos ganhou a opinião pública e promoveu o apoio a um ditado popular tradicional de que “Bandido bom é bandido morto. Sob essa ótica, ganha força a idéia de que não há necessidade de promover a presunção de inocência.

Uma vez que a narrativa foi definida, a operação começou a sinalizar para o público seus argumentos usando uma “abordagem de apito de cachorro” alimentada por postagens em mídias sociais, conferências de mídia e comunicados de imprensa. A investigação tem sua própria página na web onde exibe não apenas suas atividades, mas também comunicados de imprensa bem elaborados que promovem suas realizações. Essa abordagem foi um elemento fundamental para promover a racionalidade da operação e pôde ser observada claramente na forma como foi replicada em veículos de comunicação e mídias sociais⁹. Em sua pesquisa, Ciocari investigou quantas vezes o Lava Jato apareceu na capa de um dos mais importantes jornais do país, o Folha de S. Paulo. Em um período de 13 meses, o Lava Jato apareceu na primeira página mais de 60 vezes¹⁰. Não é de surpreender que as notícias sobre Lava Jato só tenham saído da primeira página durante o período de maio a julho de 2014, quando o país sediava a Copa do Mundo da Fifa.

Essa estratégia também alimentou uma prolífica e muito ativa rede de perfis e comunidade em redes social como Facebook e Twitter. Apenas uma página do grupo, a “Operação Apoiamos a Lava Jato” (Fig. 3) tem atualmente mais de 270.000 seguidores. As contas no Twitter de Deltan Dallagnol e Sérgio Moro, o antigo coordenador da operação e o juiz federal responsável pelo caso, têm mais de 1,3 milhão e 3,3 milhões de seguidores ativos e mais de 12.000 tweets somados. Esses mecanismos de comunicação foram elementos fundamentais para promover a ideia de que a Constituição, em particular a garantia da presunção da inocência, e não dos corruptos, era o elemento central da promoção da corrupção no Brasil. Essa estratégia

9 CIOCCARI, D. – *Operação Lava Jato: escândalo, agendamento e enquadramento*. “Revista Alterjor”, 12:2 (2018), 58-78.

10 *Idem*

também promoveu um alto nível de engajamento público e manifestações sociais fundamentadas em apoio à operação sempre que suas narrativas e práticas ilegais eram questionadas por políticos, acadêmicos ou mesmo em contestações legais.

Figura 3

Comunidade no Facebook de apoio à Lava Jato (<https://www.facebook.com/ApoiolavaJato/>).



Esses mecanismos de comunicação foram elementos fundamentais para promover a ideia de que a Constituição, em particular a garantia da presunção da inocência, e não dos corruptos, era o elemento central da promoção da corrupção no Brasil e funcionou como uma forma inovadora de aplicar no contexto jurídico a “abordagem do apito do cão” tradicionalmente usada na política¹¹. Os atores principais que idealizaram a operação usaram todas as estratégias de comunicação para apontar os inimigos aos seus seguidores, e a multidão, seguindo suas orientações por diferentes canais, gerou a pressão social necessária para que os objetivos dos articuladores da operação fossem alcançados. De certa forma, a Lava Jato criou um mecanismo alternativo de forçar a transformação de como o Direito e a Lei operavam.

Essa abordagem foi posta à prova em 2016, tendo um excepcional efeito, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, sob pressão social e da mídia, anulou sua orientação anterior, enfraquecendo os efeitos da garantia de presunção de inocência e passou a permitir a prisão provisória dos réus que ainda podiam apresentar recursos. Não surpreendentemente, o caso que operou essa mudança foi o julgamento de denúncias de corrupção contra o ex-presidente Lula, e teve grande impacto nas eleições presidenciais de 2018 uma vez que reforçou o impedimento a candidatura de Lula¹².

11 LÓPEZ, Ian Haney – *Dog Whistle Politics: How Coded Racial Appeals Have Reinvented Racism and Wrecked the Middle Class*. Oxford, Oxford University Press, 2015. ISBN 978-0190229252

12 RODRIGUES, Fabiana Alves – *Lava jato: Aprendizado institucional e ação estratégica na justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1ª ed., 2020. ISBN 978-6586016314

4. Considerações finais

A regra de presunção de inocência é garantia prevista formalmente no art. 5º, IV da Constituição. Ela afirma que “ninguém será considerado culpado até que a sentença final tenha sido proferida” e vinha sendo historicamente interpretada como um impedimento a execução provisória de uma sentença condenatória penal. Seguindo esse princípio constitucional, o Tribunal Constitucional brasileiro desenvolveu um entendimento jurisprudencial proibindo a execução de uma sentença criminal, especialmente aquelas que estabelecem prisão, até que a decisão seja irrecorrível.

A “Operação Lava Jato” foi originalmente implantada para investigar uma organização criminoso usando uma rede de postos de gasolina e empresas de lavagem de carros para lavar recursos ilícitos. Rapidamente se transformou em uma importante operação de aplicação da lei com o objetivo de combater organizações criminosas que praticam lavagem de dinheiro e corrupção, especialmente, visando crimes praticados por redes estabelecidas entre políticos, funcionários do governo e empresários.

Durante a operação o Ministério Público Federal desenvolveu uma estratégia de comunicação para promover que o princípio da “presunção de inocência” era um dos principais motivos para a prática de crimes de corrupção no Brasil e que a garantia constitucional deveria ser modulada para autorizar a execução de decisões apeláveis. Essa narrativa estratégica influenciou o Tribunal Constitucional brasileiro durante o polêmico caso envolvendo o ex-presidente brasileiro “Lula” em 2016. A pressão social causada pelo uso de ferramentas de comunicação estratégica foi crucial para levar o tribunal a anular sua orientação anterior de permitir a prisão provisória dos réus ainda capaz de apelar.

Apesar de toda a estratégia utilizada, a Operação Lava Jato vem sofrendo constantes derrotas, principalmente após o vazamento de conversas pelo aplicativo Telegram, que envolveu o ex-ministro Sérgio Moro e os promotores públicos que atuaram em processos criminais. Em função desse vazamento, a defesa do ex-presidente Lula ingressou com pedidos judiciais no Supremo Tribunal Federal solicitando a anulação de todas as condenações impostas a Lula, demonstrando que tais conversas violam a regra de julgamento que deve ser proferida por um juiz imparcial. As medidas judiciais foram julgadas recentemente e resultaram na anulação das condenações. O que não está claro é se a derrota imposta à Operação Lava Jato resulta apenas da correção de decisões judiciais recentes ou se houve um cansaço por parte da mídia ao constatar que nem a corrupção nem a impunidade foram resolvidas por Lava Jato.

Mecanismos alternativos de resolução de litígios em matéria fiscal internacional

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.15>

João Sérgio Ribeiro

Professor Associado da Escola de Direito da
Universidade do Minho

Introdução

As situações em que diferentes Estados interpretam ou aplicam de forma diferente as disposições dos acordos ou convenções para eliminar a dupla tributação, no âmbito da tributação do rendimento e património, podem criar uma carga fiscal excessiva para as empresas. São, além disso, suscetíveis de criar distorções e ineficiências económicas. Por esse motivo, é necessário que existam mecanismos que garantam uma resolução eficaz desses litígios.

Depois de vermos como o problema é abordado no domínio da Convenção Modelo da OCDE em matéria de impostos sobre o rendimento e sobre o património (CMOCDE), devotaremos a nossa atenção à Diretiva Europeia relativa aos mecanismos de resolução de litígios em matéria fiscal para dar conta, em linhas gerais, das soluções que propõe. Terminaremos com a sugestão de uma via alternativa, no plano do *de iure condendo*, para resolver as problemáticas analisadas.

1. A solução no domínio da CMOCDE

O recurso mais prático, e às vezes a única possibilidade, para resolver conflitos, no domínio da CMOCDE, é o *procedimento por mútuo acordo* (PMA). Este mecanismo, consubstanciado no artigo 25.º da CMOCDE, é um procedimento bilateral por meio do qual o contribuinte tem a possibilidade de apresentar o seu caso às autoridades competentes dos Estados envolvidos, quando considerar que a aplicação das disposições fiscais não foi feita de acordo com a convenção. Para isso, não é necessário que os impostos já tenham sido cobrados, bastando que o contribuinte presuma que os impostos serão cobrados de forma contrária ao tratado.

Embora popular, a eficácia do PMA tem vindo a ser questionada por várias razões.

Em primeiro lugar, o PMA termina muitas vezes sem êxito, ou seja, sem que se chegue a um acordo, o que é potenciado pelo facto de, ao abrigo do Artigo 25.º, n.º 2,

da CMOCDE, as autoridades competentes terem apenas de “envidar esforços” para resolver o caso. Não estando, portanto, obrigadas a resolver o diferendo.

Em segundo lugar, existe a desvantagem de, mesmo que o resultado seja um acordo, ele não ter de ser alcançado dentro de um prazo específico.

Em terceiro lugar, existe outro inconveniente, concretamente o envolvimento limitado do contribuinte no PMA que parece restringido, na maioria das situações, ao direito de o iniciar. Sendo, depois disso, improvável que a participação do contribuinte continue no procedimento.

Por último, também é problemático que o PMA não seja transparente e que o contribuinte não tenha conhecimento dos motivos que estão na base do acordo.

Essas e outras características insatisfatórias do PMA levaram a uma alteração importante ao artigo 25.º, na atualização da CMOCDE de 2008, através da inclusão de uma cláusula de arbitragem no artigo 25.º, n.º 5, da CMOCDE. Essa disposição passou a determinar que, após a apresentação do caso pelo contribuinte nos termos do artigo 25.º, n.º 1, da CMOCDE, e na eventualidade de as autoridades competentes não conseguirem chegar a um acordo para o resolver, no prazo de dois anos, as questões pendentes devem ser submetidas à arbitragem. A introdução da arbitragem como um mecanismo de resolução de litígios foi reforçada com a versão de 2017 da CMOCDE que a converteu em mecanismo obrigatório (muito por influência do Plano de Ação da OCDE *Base Erosion na Profit Shifting*).

Convém salientar, porém, que este tipo particular de arbitragem não foi concebido como um mecanismo independente ou automático de resolução de litígios, mas, sim, como um procedimento auxiliar, complementar do PMA, a que só se pode recorrer quando, no âmbito daquele, as autoridades competentes não conseguirem chegar a um acordo.

Conforme estabelecido pelo artigo 25.º, n.º 5, alínea b), da CMOCDE, outras características importantes desse tipo de arbitragem são: (i) uma solicitação de arbitragem não pode ser feita se uma decisão sobre as questões não resolvidas já tiver sido proferida por um tribunal ou tribunal administrativo de qualquer um dos Estados; (ii) via de regra, o contribuinte, para exercer a arbitragem, também deve renunciar ao seu direito a recursos internos sobre a mesma questão¹ e (iii) o procedimento dessa arbitragem deve ser decidido por mútuo acordo e a decisão decorrente da arbitragem será vinculativa para ambos os Estados contratantes.

Do que foi descrito acima, pode concluir-se que existe uma grande diferença entre esse tipo de arbitragem e a arbitragem normalmente concebida em outros contextos, como a arbitragem comercial ou a solução de controvérsias no contexto da Organização Mundial do Comércio.

1 Ver comentário ao artigo 25.º, n.º 5, §82, da CMOCDE.

2. A solução trazida pela Diretiva relativa aos mecanismos de resolução de litígios em matéria fiscal na União Europeia

A União Europeia tem uma longa história em termos de utilização da arbitragem como ferramenta para resolver litígios fiscais. Não podemos esquecer a Convenção de Arbitragem 90/436 CEE, de 23 de julho de 1990, sobre a Eliminação da Dupla Tributação em Relação à Correção de Lucros das Empresas Associadas. No entanto, este instrumento tinha um alcance muito limitado, na medida em que abrangia principalmente questões de preços de transferência. Além disso, a Convenção de Arbitragem não era um instrumento jurídico ao abrigo do direito da União Europeia, o que implicou que não fosse automaticamente adotada por todos os Estados-Membros. Em consequência desta última característica, o Estado-Membro tem sempre a possibilidade de denunciar unilateralmente a Convenção de Arbitragem.

Com a aprovação da Diretiva 2017/1857 do Conselho, de 10 de outubro de 2017, relativa aos mecanismos de resolução de litígios em matéria fiscal na União Europeia, sem prejuízo de se aproveitar a experiência da Convenção de Arbitragem, tenta-se superar muitas de suas lacunas e também ir para além do seu escopo. Independentemente de alguma sobreposição com a Convenção de Arbitragem, a Diretiva não foi criada para a revogar, tal como resulta de vários momentos do seu preâmbulo.

A Diretiva 2017/1857 tem muitas semelhanças com os desenvolvimentos que analisámos no quadro da OCDE. Da mesma forma que a arbitragem, no âmbito da OCDE, foi integrada no PMA, também no contexto da Diretiva, uma fase em tudo semelhante a uma arbitragem (por via de uma Comissão Consultiva ou de uma Comissão de Resolução Alternativa de Litígios) foi integrada no congénere PMA. Só podendo, por consequência, ser solicitada quando, no âmbito deste, não se consegue resolver o litígio.

A Comissão Consultiva corresponde aproximadamente ao Painel de Árbitros da OCDE quando a arbitragem é adotada. A Comissão de Resolução Alternativa de Controvérsias é diferente da Comissão Consultiva, em termos de composição, e representa uma porta de entrada para outras formas de resolução de litígios, como a arbitragem de “oferta final”, conciliação e mediação.

Assim, caso o litígio não seja resolvido entre as autoridades competentes no PMA, o contribuinte pode solicitar a constituição de uma Comissão Consultiva. A Comissão Consultiva é composta pelas autoridades competentes dos Estados-Membros em litígio e por três personalidades independentes (uma das quais preside). Essas pessoas são selecionadas a partir de uma lista elaborada para fins específicos, para a qual são nomeadas, pelos Estados-Membros, em conformidade com a Diretiva.

As autoridades competentes com assento na Comissão Consultiva devem chegar a acordo sobre as regras do procedimento e divulgá-las. Uma vez estabelecida, a Comissão Consultiva deve emitir o seu parecer no prazo de 6 meses.

Depois de a Comissão Consultiva emitir o seu parecer, este é notificado às autoridades competentes. Com base neste parecer, as autoridades dos Estados-Membros em causa tomam uma decisão final. Se não conseguirem chegar a um acordo sobre uma decisão final atempadamente, o parecer torna-se vinculativo para essas autoridades. A decisão definitiva é aplicada sob reserva de o interessado ou interessados aceitarem essa decisão e renunciarem ao direito a qualquer recurso nacional².

Os detalhes das decisões são publicados *online*.

Apesar das semelhanças, diríamos que a Diretiva incorpora uma versão mais refinada dos desenvolvimentos da OCDE, garantindo que a resolução de litígios sugerida pelos planos de ação da BEPS é implementada de forma organizada, harmonizada e sólida na União Europeia. Há, porém, algumas diferenças, como as que se seguem.

O PMA proposto na Diretiva tem um prazo de dois anos³, o que é uma melhoria face ao tradicional PMA da CMOCDE, impedindo que este se estenda indefinidamente.

As regras sobre a forma das reclamações e as informações que devem ser fornecidas⁴, assim como as regras sobre a resolução de litígios (incluindo o envolvimento da Comissão Consultiva e o seu trabalho na resolução dos litígios) também são mais detalhadas, o que aumenta a segurança jurídica.

As decisões finais são sempre publicadas na íntegra ou, no mínimo, sob a forma resumida⁵.

Os direitos do contribuinte também parecem estar mais garantidos, na medida em que a participação é muito maior. Os contribuintes, com o consentimento das autoridades competentes dos Estados-Membros, comparecem ou são representados perante a Comissão Consultiva ou a Comissão de Resolução Alternativa de Litígios⁶.

A diferença mais relevante é a opção que é dada aos Estados-Membros de beneficiarem de mecanismos alternativos de resolução de litígios, como a mediação, a conciliação, em vez da arbitragem.

É verdade que também no contexto da OCDE, nos termos do artigo 25.º, n.º 4 CMOCDE (versão de 2017), há margem para admitir mecanismos alternativos, o que é reforçado pelos parágrafos 86 e 87 do comentário a esse artigo, ao permitir, abertamente, outros mecanismos de resolução suplementares. No entanto, essa opção é muito mais evidente no contexto da Diretiva, onde tem um valor jurídico totalmente diferente, no sentido de que não é considerada apenas *soft law*, mas *hard law*.

2 Ver artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2017/1857 do Conselho, de 10 de outubro de 2017, doravante Diretiva.

3 Ver artigo 4.º da Diretiva.

4 Ver artigo 3.º da Diretiva.

5 Ver artigo 18.º da Diretiva.

6 Ver artigo 13.º, n.º 2, da Diretiva.

Uma das implicações do reforço do valor jurídico da Diretiva é o facto de prevalecer sobre outros instrumentos, nomeadamente os tratados fiscais, em geral. O que significa que se esses procedimentos tiverem sido iniciados simultaneamente com os da Diretiva, devem ser encerrados assim que a Comissão Consultiva ou a Comissão de Resolução Alternativa de Litígios for nomeada⁷.

3. Outra solução possível

Não obstante as evoluções positivas no âmbito da CMOCD e consideráveis progressos no âmbito da Diretiva que acabámos de abordar, parece-nos que a resolução dos litígios poderia beneficiar grandemente com outro tipo de desenvolvimentos. Vejamos.

A melhor solução, mesmo que não seja uma panaceia para todos os desafios, seria que, paralelamente à arbitragem, existisse um tribunal internacional para resolver litígios relativos aos tratados fiscais. Podendo, no contexto específico da União Europeia, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) desempenhar esse papel.

A inspiração pode ser tirada do tratado entre a Alemanha e a Áustria e da decisão do TJUE, C-648/15, de 12 de setembro de 2017, que foi desencadeada no âmbito desse tratado.

A convenção entre a Áustria e a Alemanha é única em que, nos termos do seu artigo 25.º, n.º 5, em caso de dificuldades ou dúvidas quanto à interpretação ou aplicação das suas disposições, para as quais não seja possível encontrar solução no âmbito de um PMA entre as autoridades competentes, no prazo de três anos a contar do início desse procedimento, os Estados são obrigados, a pedido do contribuinte, a submeter o litígio ao TJUE. Deverão fazê-lo, no âmbito de um procedimento de arbitragem, nos termos do artigo 273.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

O aspeto mais interessante do processo C-648/15 não é a questão material em causa, mas o facto de o TJUE, ao reconhecer a sua competência nos termos do artigo 273.º do TFUE para decidir o caso, ter funcionado como tribunal arbitral.

Pensamos que esta solução é bastante inspiradora e capaz de garantir um bom grau de harmonização no domínio da resolução de litígios. Isso sem prejuízo de poderem ser apresentados vários argumentos contra ela, designadamente o facto de poder dizer-se que os juízes do TJUE não são especialistas em tratados tributários, ou até, que, na maioria dos casos, tentam proteger as liberdades fundamentais a todo o custo, muitas vezes colocando uma pressão insustentável sobre os princípios universais de direito tributário.

7 Ver comentário ao artigo 25.º, n.º 5, *mutatis mutandis*, § 67, da CMOCD.

Essas observações não devem ser suficientes para rejeitar o envolvimento dos juízes do TJUE em questões tributárias, existindo também muitos argumentos a seu favor. Vejamos alguns deles⁸.

Gostaríamos de lembrar, a título de contraponto, que O TJUE lidou com essas questões várias vezes e o número crescente de processos fiscais certamente desenvolverá a familiaridade dos juízes com esses casos.

Além disso, uma abordagem mais geral das questões relativas aos tratados tributários pode ter vantagens, pois os juízes, não obstante a excelente capacidade de adaptação às diferentes áreas do direito têm, ainda assim, uma visão menos condicionada dos assuntos fiscais. Isto é, estão geralmente mais livres de pré-compreensões.

Ao contrário, os árbitros são especialistas na área, o que implica que tenham pré-entendimentos e posicionamentos já enraizados, sendo muito provável que os continuem a seguir no caso de serem envolvidos. Além disso, eles são muitas vezes selecionados pelas posições que reiteradamente vão seguindo, o que pode tornar o envolvimento de juízes profissionais, o mais apropriado.

Os procedimentos seguidos pelo TJUE são mais estáveis, o que gera uma maior segurança para os contribuintes. Contrariamente, os procedimentos de arbitragem são muito diversos e nem sempre fáceis de harmonizar com o direito interno.

Ressalta-se, ainda, que a execução de decisões arbitrais nem sempre é fácil, tendo em vista que os contribuintes dispõem de meios para recusar uma decisão arbitral, tanto nas convenções que seguem o Modelo da OCDE⁹, como na Diretiva relativa aos mecanismos de resolução de litígios em matéria fiscal¹⁰; que contrasta claramente com a execução de decisões do TJUE que não podem ser recusadas pelos contribuintes.

Depois, as decisões do TJUE, além de vinculativas para os contribuintes, são vinculativas também para os Estados que não podem recusá-las, mesmo que delas discordem. O mesmo não acontece no contexto da Convenção Modelo da OCDE¹¹ ou da Diretiva sobre resolução de litígios¹², porque os Estados podem decidir desviar-se da opinião da decisão arbitral.

Por fim, é importante destacar que o envolvimento do TJUE tem um efeito dissuasor em relação ao não compromisso por parte do Estados, pois o tratado entre a Áustria

8 Ver STARINGER, Claus, *Austria: CJUE Pending Case from Austria – Austria/ Germany (C-648/15)*, in LANG, Michael et al (eds), "CJUE Recent Developments in Direct Taxation – 2016", Linden, Viena, 2017, págs. 1-10, que seguimos muito de perto.

9 Ver artigo 25.º, n.º 5., alínea b), da CMOCDE.

10 É necessário que decisão seja aceite pelos interessados. Ver artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva.

11 Ver artigo 25.º, n.º 5., alínea b), da CMOCDE.

12 Ver artigo 15.º, n.º 2, da Diretiva.

e a Alemanha, embora em vigor há 19 anos¹³, só relativamente há pouco tempo é que desencadeou o envolvimento do TJUE como tribunal arbitral.

Por tudo o que foi dito, a criação de um tribunal fiscal internacional ou, enquanto esta ideia não se concretizar, a participação do TJUE no contexto estrito dos Estados-Membros da União Europeia pode ser considerada como uma solução interessante, a ponderar.

Conclusão

Os desenvolvimentos recentes ocorridos, quer no domínio da OCDE quer da União Europeia, afirmaram a arbitragem como um mecanismo alternativo de resolução de litígios em matéria fiscal internacional. Sem prejuízo de estas evoluções se caracterizarem por conferirem à arbitragem uma lógica de acessoriedade e de dependência face aos PMAs, não deixam, ainda assim, de ser louváveis.

Consideramos, todavia, que estes progressos devem ser complementados pelo envolvimento crescente de verdadeiros tribunais supranacionais, sendo o exemplo da Convenção Alemanha/Áustria, e consequente intervenção do TJUE, um importante primeiro passo. Dominado ainda pela lógica da arbitragem, é certo, mas, apesar de tudo, muito válido.

13 Celebrada em 24 de agosto de 2000, em vigor desde 2002.

O tratamento xurisprudencial dos dereitos da personalidade en chave de xénero

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.16>

Julia Ammerman Yebra

Doutora en Dereito Civil pola
Universidade de Santiago de Compostela

1. Introducción

No ordenamento xurídico español, os dereitos da personalidade aparecen regulados no art. 18.1 da Constitución, e na Lei Orgánica 1/1982, de protección civil do dereito á honra, á intimidade personal e familiar e á propia imaxe. Este precepto aparece numerosas veces invocado perante os tribunais, chegando moitos casos ata a sala primeira do Tribunal Supremo (Sala do Civil) e ata o Tribunal Constitucional. Facendo un percorrido por estes casos dende antes da promulgación da LO 1/1982, apreciamos que nin a casuística dos concretos dereitos da personalidade invocados é a mesma cando o dereito vulnerado pertence a un home ou a unha muller, nin o razoamento ó que chegan ós membros destes dous altos tribunais (ambos compostos maioritariamente por homes) segue as mesmas pautas nuns casos e noutros.

Así, por unha banda, temos observado que as mulleres deben facer fronte en moitas máis ocasións ás intromisións na súa vida privada ou a usos da súa imaxe, usualmente cunha carga sexual ou de consumo, mentres que os homes tratarán de protexer sobre todo violacións que teñan que ver coa súa vida profesional ou estima social. Esta situación cremos que xurde xa cos primeiros casos de protección da personalidade que se dan tanto en Europa como en EEUU a finais do século XIX, polo que será por este extremo polo que debamos comezar a nosa análise.

2. Perspectiva histórica da xurisprudencia sobre dereitos de imaxe no dereito comparado

Comezando por Francia, o caso Rachel, de 1858¹, é o que se considerou tradicionalmente que dá nacemento ao dereito á propia imaxe. Nel, a famosa actriz francesa da época Elisabeth Fénix (Rachel) foi retratada no seu leito de morte mediante un debuxo a lapis realizado, a pedimento dos seus familiares, por un fotógrafo, e cuxo único fin era preservar o debuxo como memoria privada da familia. Cando posteriormente apareceu

1 Tribunal civil de la Seine, de 16/6/1858, *Caso Rachel*, Dalloz, 3.^a parte, Dalloz, 1858, p. 62

o retrato nun xornal, a familia demandouno e o Tribunal civil da Seine sentenciou a favor da familia, argumentando que ninguén podía reproducir e distribuír publicamente os trazos dunha persoa no seu leito de morte sen o expreso consentimento dos familiares, independentemente de que a retratada fose famosa e de que en vida fixese públicos moitos dos seus actos. Declarou como absoluto o dereito para opoñerse á reprodución, dereito que tiña o seu fundamento no respecto á dor da familia, que en caso contrario vería vulnerados os seus sentimentos máis íntimos.

Máis coñecido é o caso de Sarah Bernhardt², famosa actriz da época que dera permiso para que un coñecido perfumero comercializase unha fragancia baixo o seu nome e co seu retrato no envoltorio. Outro comerciante de perfumes procedeu de igual modo, pero sen o permiso da artista. Curiosamente, non é ela a que expuxo a demanda, senón o perfumero autorizado. Tanto en primeira instancia como en apelación desestímase a petición sobre a base de que só a actriz e o autor da fotografía estarían lexitimados para demandar. Ademais, tamén se argumenta que o perfumero non tería a titularidade exclusiva nin do nome nin da fotografía (Sarah aceptara “con gran pracer ser a madriña dese perfume marabilloso”, pero nada se dicía sobre que non podía ceder o seu nome e imaxe a outros).

En Italia tamén se deron casos similares aos comentados a finais do século XIX e comezos do século XX. Nun deles comercializáronse postais coa imaxe dunha coñecida cantante sen o seu consentimento, sentenciando o tribunal que é un acto ilícito, que causa un dano á artista xa que a persoa posúe “*libérea ed esclusiva disposizione do proprio aspetto*”³.

En Alemaña un dos primeiros litixios coñecidos foi o resolto polo Reichsgericht, sala do penal, en 1898, no que unha muller foi fotografada, ás agachadas, cando estaba con roupa de baño. As fotografías foron utilizadas nuns pisapapeles destinados á venda e, tras a denuncia da muller, o tribunal dispuxo que os feitos eran constitutivos dun delito de difamación porque os potenciais compradores do pisapapeles asumirían que a muller pousara voluntariamente para as fotografías⁴.

Finalmente, no Dereito anglosaxón tamén atopamos varios litixios sobre vulneración dos dereitos de imaxe entre finais do século XIX e comezos do XX. En 1890 o caso de Marion Manola, famosa actriz da época, foi coñecido en todo EEUU⁵. Ela negouse a que lle realizasen fotografías durante unha función –unha ópera cómica na que era a protagonista– por aparecer vestida con roupa lixeira e medias, e aínda que fixo público este desexo, durante unha función apreciáronse varios flashes. Demandada a compañía, e aínda que as fotografías nunca saíron á luz, o tribunal de Nova York ditou un *preliminary injunction* contra o uso das mesmas.

2 Tribunal comm. Seine 8/6/1886, *Annales de la propriété industrielle*, 1894, pp. 349-353.

3 Trib. Civ. De Milano 27 de maio de 1903, *Giurisprudenza italiana*, 1903, I, pp. 713-716.

4 RGSt 29/11/1898, caso recollido por GÖTTING, Horst Peter, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995, p. 18, nota 30.

5 *Marion Manola v. Stevens & Myers, N.Y. Supreme Court*, “New York Times” June 15, 18, 21, 1890.

En 1902, a Corte de Apelacións de Nova York tivo que decidir sobre un caso, *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* no que o rostro da “nova e atractiva” Abigail Roberson fora utilizado sen o seu consentimento para protagonizar un anuncio de fariña, co lema “Fariña da familia” (“*Flour of the Family*”)⁶ que tivera alcance tanto local (o que máis dano fixo a Abigail, xa que a recoñeceron os seus achegados) como internacional. Iso xeroulle crises nerviosas que requiriron de tratamento, e solicitou na demanda 15.000 dólares polos danos sufridos e a prohibición de que se continuase utilizando a súa imaxe na publicidade. O tribunal ditaminou que a súa imaxe, “debido á súa beleza”, tiña un gran valor como marca ou como recurso publicitario, polo que constituía “un dereito de propiedade que só a ela pertencía”, pero finalmente decidiu, por catro votos fronte a tres, que o “*Right to privacy*” aínda non tiña acomodo na xurisprudencia norteamericana, pois preocupaban os cotos que podía supoñer á liberdade de expresión. A resolución non tivo boa acollida entre o público xeral, e mesmo xerou que un dos xuíces do tribunal escribise meses máis tarde un artigo doutrinal no que se defendía da opinión popular⁷. En definitiva, unha porcentaxe moi alta dos primeiros casos nos que se aprecian intromisións ilexítimas nos dereitos de imaxe teñen como protagonistas ás mulleres, branco prioritario das novas cámaras fotográficas. Isto, como vimos, foi unha constante tanto en Francia, primeiro país do que temos constancia dun caso de dereitos de imaxe, como en Italia e Alemaña, con varios casos coñecidos e, notablemente, en Estados Unidos. De feito, nos anuncios estadounidenses daquela época dunha coñecida marca de cámaras fotográficas reforzábbase a idea de masculinidade dos fotógrafos mostrando a homes cazando ou viaxando, a miúdo mediante analogías entre os disparos dunha arma e os dunha cámara. Outra empresa fotográfica anunciaba unha nova patente de cámaras “detectivescas” –nas que a imaxe tomada correspondía aos suxeitos situados no ángulo dereito onde aparentemente apuntaba a cámara, e non á fronte como sería de supoñer–, coa representación dun fotógrafo (home), e dúas mulleres situadas no ángulo ditoso, que non se decataban de que estaban a ser fotografadas. Este e outros exemplos serven de base no Dereito estadounidense para explicar, por parte dun sector doutrinal⁸, o nacemento do *Right to Privacy* (en cuxo concepto se engloban tamén os dereitos de imaxe) en clave de xénero, como mecanismo de protección das imaxes das mulleres. Neste sentido,

6 Os anunciantes están xogando coa pronunciación de “Flour” (fariña en inglés), xa que é a mesma que para “Flower” (flor en inglés). Polo que a frase podería entenderse como “Flor da familia”, representando Abigail Roberson esa “flor”.

7 O xuíz foi Denis O’Brien, quen escribiu “*The Right of Privacy*” no *Columbia Law Review* de Novembro de 1902, opinando na p. 438 que cando “un xornal [The New York Times] xeralmente tan xusto e razoable nas discusións sobre cuestións públicas, daba unha idea tan desafortunada do que realmente dicía a sentenza, á vez de errónea (...) debíase aceptar que o xornalismo non sempre era unha guía segura (...) para analizar o alcance e efecto das decisións xudiciais”. O certo é que a opinión tanto deste xuíz como do relator resultan un tanto hipócritas, sobre todo a deste último, pois un ano despois de ditada a sentenza, e con motivo da súa presentación como candidato á presidencia, emitiu un comunicado á prensa dicindo que non ía tolerar fotografías e xornalistas omnipresentes que captasen calquera momento da súa vida ou da da súa familia, ao que Abigail Roberson respondeu nunha carta ao *New York Times* titulada “Paker Taken to Task by an Indignant Woman – If I Can Be Photographed, Why Not You? Ask Miss Roberson”, 27 July 1904.

8 LAKE, Jessica, *The Face That Launched a Thousand Lawsuits. The American Women who Forged a Right to Privacy*, Yale University Press, Connecticut, 2016.

a doutrina postula que, aínda que WARREN e BRANDEIS non consideraron o tema como algo feminino, os debates que lles levaron a escribir o seu famoso artigo “The Right to Privacy” eran sobre como protexer ás “señoritas” que eran fotografadas sen o seu consentimento. Mesmo chegou o tema, en 1885, a tocar á Primeira Dama de entón, pois tras a celebración do seu matrimonio co presidente de EEUU, a súa imaxe comezou a aparecer en todo tipo de anuncios publicitarios, desde xabóns ata tabaco e pianos. Iso xerou que se tratase de aprobar unha lei, “A Bill to Protect Ladies”, que prohibise utilizar as imaxes das mulleres sen o seu consentimento nos anuncios. No preámbulo da lei dicíase que o propósito da mesma era prohibir o uso da imaxe de mulleres con fins propagandísticos por ser as esposas, fillas, nais ou irmás de cidadáns americanos, e quen o fixese incorrería en falta grave e debería pagar unha multa de entre \$500 e \$5000. Nótese que se supeditaba a protección para ser as “esposas de”, “fillas de”, etc., claro exemplo de que as mulleres non eran cidadás de pleno Dereito, pero protexíallas en tanto que estivesen sometidas a un home, o que leva tamén á conclusión de que o obxectivo non era só protexer a imaxe da muller, senón máis ben a reputación ou honra do home con quen tiña un vínculo familiar.

Finalmente, e debido á oposición dos fotógrafos (na súa maioría, homes), nunca chegou a aprobarse a lei. Pero pouco despois, en 1902, a Corte de Apelacións de Nova York tivo que decidir sobre o caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*⁹, no que, aínda que a muller non conseguiu que se lle recoñecese ningún dereito, o caso si favoreceu a que se aprobasen as primeiras leis de EEUU sobre protección da privacidade. Segundo LAKE, as mulleres como Abigail Roberson empezaron a usar o concepto de Right to Privacy como instrumento para cuestionar as prerrogativas masculinas dos dereitos de *copyright*, argumentando que o valor contido nun “bonito retrato” estaba tanto no rostro da persoa como no papel sobre o que se imprimía. Así, di a autora que o *Right to Privacy* enténdese mellor como parte da loita das mulleres por alcanzar os dereitos cidadáns ao comezo do s. XX.

3. Perspectiva histórica da xurisprudencia sobre o dereito á honra no dereito español

Se ben non nos constan sentenzas protexendo o dereito a imaxe no caso español entre finais do século XIX e comezos do XX, o que si que atopamos a partir da segunda década do século XX é unha protección do dereito á honra que non é igual dependendo de se estamos ante a honra dun home ou ante a dunha muller. Esta diferente concepción da honra, segundo estivésemos ante deshonoras –ou intromisións no dereito á honra, en terminoloxía actual–, de homes ou mulleres, xa se pode apreciar nas fontes anteriores, por exemplo cando as Leis de Partidas establecían unha concepción da honra das mulleres que recollía básicamente a moral sexual da

⁹ *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, 65 NYS 1109.

época, e por outra banda unha idea de honra dos homes como cualidade caballeresca ou heroica¹⁰.

Como dicimos, o diverso tratamento do dereito á honra continuou nos séculos vindeiros, e cremos que se aprecia claramente nas primeiras sentenzas que recollen unha protección civil da honra das persoas no noso ordenamento. Empezando pola coñecida sentenza do Tribunal Supremo do 6 de decembro de 1912¹¹, os danos morais que se conceden, por vez primeira, no noso ordenamento son precisamente a causa do dano á “honra dunha doncela”. A deshonra viña dada pola difusión no xornal *O Liberal* da falsa noticia do rapto dunha “bellísima señorita” de quince anos por parte dun frade, “de quen xa tivera escandalosa sucesión tres meses antes”, e que tras ser descuberto se suicida. Aínda que o xornal se desdixo tras recibir un telegrama do corresponsal de Totana, concello onde acontecían os feitos e que se mostraba indignado “contra a infame noticia dada por outros individuos contra o bo nome de persoas prestixiosas”, o pai da menor, por certo alcalde do citado municipio, interpuxo unha demanda contra o xornal pedindo unha indemnización de 150.000 pesetas polo dano inflixido “á honra dunha doncela por culpa ou negligencia civil”. Aínda que non negamos as boas intencións do pai, a circunstancia de que o mesmo fose alcalde, sumado ao devandito polo citado corresponsal de que se atentaba contra “o bo nome de persoas prestixiosas”, fainos pensar que moi seguramente tamén se estaba tratando de protexer a honra do rexedor, cuxo cargo podería verse comprometido con tales feitos.

Tras esta citadísima sentenza promulgáronse outras, tamén do Tribunal Supremo, que tiveron por obxecto a protección da “honra ou da boa fama”, como dicía DE CASTRO. Así, este autor recolle, á vez do de 1912, outro caso do 12 de marzo de 1928 sobre a honra e bo nome dunha rapariga; e por outra banda, os casos do 14 de decembro de 1917, no que se protexeu “a fama e reputación profesional dun médico”, e outros sobre “o crédito e boa fama dun comerciante” (SSTS do 31 de marzo de 1930, 25 de xuño de 1945, 27 de febreiro de 1959 e 7 de febreiro de 1962)¹². Como se aprecia, estamos ante criterios diferentes á hora de medir a honorabilidade das persoas: mentres que no primeiro e feminino os criterios son exclusivamente referidos á moral sexual imperante na época (e que aínda hoxe non conseguiu erradicarse), os segundos e masculinos refírense á reputación profesional do agraviado.

10 Para afondar na diferente concepción da honra na Idade Media, *vid.* AMMERMAN YEBRA, Julia, *A bill to protect ladies: los derechos de la personalidad desde una perspectiva feminista*, “Mujer como motor de innovación jurídica y social”, TOMÁS, Gema / VIDU, Ana (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 57-72.

11 Recollida por DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Los llamados derechos de la personalidad*, “Anuario de Derecho civil”, Vol. 12, núm. 4, 1959, pp. 1269-1271.

12 DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Temas de Derecho Civil*, Marisal, Madrid, 1972, p. 18. O autor tamén menciona outras dúas sentencias nas que non podemos apreciar se estamos ante a honra dun home ou dunha muller, pois refírese á “difamación nun periódico e á reparación debida á familia” (STS de 7 de novembro de 1919) e á “querrela criminal inustificada” (SSTS de 13 de xuño de 1950 e de 7 de febreiro de 1962).

4. O tratamento xurisprudencial do dereito á honra e á imaxe por parte dos tribunais españois na actualidade

Tomando como punto de partida o ano 1982, por promulgarse en maio dese ano a LO 1/1982, realizamos un varrido polas Sentenzas do Tribunal Constitucional e da Sala Primeira do Tribunal Supremo desde entón e ata hoxe, ditadas en materia de dereitos de imaxe (introducindo o criterio “dereito á imaxe” na base de datos Westlaw-Aranzadi), así como dereitos de honra e intimidade cando estes gardan relación con aquel. *Grosso modo* podemos dicir que foron case medio centenar as sentenzas que versaban sobre divulgacións inconsentidas de imaxes de mulleres. Delas, a metade correspondíanse a imaxes nas que se apreciaban partes íntimas do seu corpo por ser tomadas en praias ou en lugares privados. En cambio, son menos de media ducia as sentenzas nas que se condenan vulneracións do dereito á propia imaxe de homes en bañador ou mostrando partes íntimas do seu corpo, e só dous nas que se ve violado este dereito por tomarse as fotografías en lugar privado ou por modificar a imaxe dun ciclista profesional¹³.

Tras a análise xurisprudencial anterior, apréciase como son as mulleres as que en moitas máis ocasións deben facer fronte a intromisións na súa vida privada ou a usos da súa imaxe cunha carga sexual, erótica ou de consumo, cousa que sucede en moita menor medida coas imaxes dos homes, que no que se refire a dereitos da personalidade alegarán fundamentalmente vulneracións da súa honra ou reputación, é dicir, a cuestións que teñen que ver coa súa vida profesional ou a súa estima social, pero non tanto coa súa intimidade ou imaxe. Así, mentres que os homes preocupáranse máis por controlar a información divulgada sobre a súa persoa, as mulleres terán que protexerse en maior medida de violacións á súa imaxe, á súa integridade e, en definitiva, á súa dignidade como mulleres. Na nosa opinión, os dereitos á honra e á propia imaxe non deberían ter significados ou connotacións diferentes segundo estemos ante un home ou unha muller; polo que esperamos que esta denuncia dos sesgos de xénero que todavía seguen presentes na xurisprudencia española, contribúan dalgunha maneira a erradicalos.

13 Póde consultarse a relación de sentencias en AMMERMAN YEBRA, Julia, *A bill... op.cit.*, pp. 70-71.

O Direito brasileiro no mundo globalizado: os desafios do Poder Judiciário ao promover o bem estar social e os direitos humanos em suas decisões

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.17>

Karine Somavilla Manfio

Bacharel em Direito pela Universidade Franciscana/ Brasil
e Pós-Graduada em Direito dos Contratos e Consumo pela
Universidade de Coimbra

1. Introdução

O presente trabalho objetiva analisar a jurisdição brasileira no contexto de um mundo globalizado, os seus desafios como promotora do bem estar social do país, levando em consideração cada vez mais os direitos humanos nas suas decisões. Essa temática aborda a questão de como pode ser conectada a tutela jurisdicional de um direito de bem estar social ao desenvolvimento económico do Brasil.

É sobre essa problemática que versa a presente investigação. Elaborado a partir de um método de procedimento monográfico utilizando doutrinas, leis e decisões judiciais, bem como, a aplicação de um método de abordagem dedutivo, visto que a investigação se dará a partir de uma norma geral para o caso concreto.

A aplicação desse método resultou na divisão do trabalho em três partes: primeiramente analisar as diversas vertentes sobre o tema globalização, pois esta afeta as influências internacionais, devido à informatização, comunicação, transcendendo fronteiras.

No segundo momento, apresentamos a tarefa do poder judiciário brasileiro em efetivar os direitos sociais e assegurar os direitos humanos para garantir aos cidadãos à dignidade humana, o mínimo existencial, a saúde, a educação, o lazer, entre outros, elencados no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por fim, verificar que o Estado não atua apenas como prestacionista de direitos, ele também deve concretizá-los. Nesse sentido, é imprescindível a análise de quatro decisões que fomentam a prestação jurisdicional dos direitos sociais e à isonomia material.

2. Desenvolvimento

Inicialmente, cabe salientar que a globalização, cuja língua portuguesa entende ser um processo económico e político que visa a integração entre economias e mercados de diferentes países, está intrinsecamente ligada nos dias atuais a tudo que nos cerca. Porém, mais do que apenas um método económico e político, encontram-se o viés social e cultural, o qual faz permitir que direitos sejam reconhecidos universalmente.

Dessa maneira, o efeito da globalização na esfera jurídica introduz direitos traduzidos como de igualdade, dando início à fase de um estado social. Recepcionados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos económicos, sociais e culturais, devem ser ao máximo assegurados, para que seja possível garantir a sua concretização. Aos olhos de Cordeiro¹, o Estado deve garantir aos seus membros, um padrão de vida minimamente decente, atendendo ao direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, entre outros, positivados no seu Artigo 6.^{o2}. Conforme Carvalho, “é preciso entender o direito de bem estar, como direito de cunho coletivo, no sentido de, embora passível de apropriação individual, interessar à coletividade, razão de sua classificação como público”³.

É nesse contexto que além de possuir positivação e de ser prestacionado pelo Estado, o Poder Judiciário deve encontrar espaços para concretizar em todas as decisões valores constitucionais. Bem como, deve resguardar valor à dignidade da pessoa humana, considerada como um valor absoluto da natureza racional e como critério de construção de identidade de cada sujeito, preocupando-se com o bem estar, premissa deste Estado.

Dessa forma, como pode ser conectada a tutela jurisdicional de um direito de bem estar social atrelada com o desenvolvimento económico do Brasil, sendo atribuição de um Estado prestacionista proteger o direito de bem estar, por um lado, e efetivar tais direitos pela jurisdição, de outro. Entende Carvalho⁴ que a atividade jurisdicional deve praticar uma conduta construtiva e comprometida com a construção da efetividade dos conteúdos dispostos no ordenamento com a proteção dos valores tutelados, não apenas com o objetivo de fornecer de modo formal, mas sim de se implementar.

1 CORDEIRO, Karine da Silva – *Direitos Fundamentais Sociais: Dignidade da Pessoa humana e mínimo existencial - O papel do Poder Judiciário*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2012, p. 94.

2 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

3 CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira – *Jurisdição no Estado do Bem estar e do desenvolvimento*. Dissertação (Mestrado em Direito), Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2008, p. 154.

4 *Idem*, p. 156.

Assim, o Judiciário deve definir os parâmetros e caminhos para a efetivação dos direitos na vida real, atuando como co-gestor. É o que se vem notando, na participação do Judiciário na realização de políticas públicas em toda a seara nacional, em habitação – a Lei Federal 10.257 de 2001 (Estatuto da Cidade), a Lei Federal 13.465 de 2017 (Regularização Fundiária Urbana), Lei Federal 11.977 de 2009 (Programa Minha Casa Minha Vida); na área da saúde – o SUS (Sistema Único de Saúde); em assistência social – a Política Nacional de Assistência Social (PNAS-2004); em segurança – a Política Nacional de Segurança Pública (PNaSP); em educação – o programa de Educação para Jovens e Adultos (EJA); Programa Universidade Para Todos (PROUNI), Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (FUNDEB), entre outras.

Não obstante a promoção dos direitos acima referidos, o direito brasileiro guarda segurança ao princípio da igualdade ou isonomia material, ao procurar tratar os desiguais na medida das suas desigualdades, ao passo que o Direito tem a função de oferecer um recurso diferenciado que assegure a igualdade. Dessa forma, mais uma vez, o Judiciário entra como precursor de uma garantia humana estabelecendo proteção e garantindo a efetividade de direitos em suas decisões. Abarcados por esse princípio, esclarece Sarlet: “estes direitos fundamentais caracterizam-se, por outorgarem ao indivíduo, direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. [...] Estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade forma nasceram abraçados ao princípio da igualdade, entendida esta num sentido material”⁵.

Deste modo, os direitos aqui referidos encontram-se em harmonia e são compreendidos como parte de um todo. Pois, da mesma forma que ocorre com os direitos sociais, a igualdade material para ser alcançada plenamente depende de prestação do Estado. Isso vem sendo concretizado pelas ações afirmativas, ou seja, são políticas públicas que buscam a igualdade de oportunidade para todos, como é o caso da destinação de vagas em diversos níveis de ensino concursos públicos para pessoas com deficiência, negros, pardos, índios, e baixa renda, bem como, reserva de vagas prioritárias em programas de habitação, estímulo à contratação de indivíduos de grupos sociais discriminados, entre outras.

Diante do exposto, essa postura do Judiciário em controlar os atos do poder público gera efetividade, pois a sociedade reconhece que os direitos de bem estar, sejam eles coletivos ou individuais, se cumprem com a segurança jurídica, e acabam por se ampliar.

Assim, a tarefa do Poder Judiciário em efetivar os direitos sociais e a isonomia material não apenas fica a mercê de políticas públicas, também se concretizam diante das decisões emanadas pelos órgãos judiciais.

5 SARLET, Ingo Wolfgang – *Constitucionalismo e democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 51.

Demonstrada a importância da investigação, a escolha dos casos deu-se por meio de pesquisa jurisprudencial, nos sites Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sendo que foram pesquisadas as palavras chaves “REURB” e “saúde”. Desse modo serão analisados, um Agravo de Instrumento de nº 0862305-96.2013.8.13.0000 e uma Apelação de nº 70084748730 relativas às políticas públicas de habitação e saúde, respectivamente. Assim como, procedeu-se a pesquisa nos sites do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, as quais foram pesquisadas as palavras chaves “isonomia material” e “igualdade material”. Dessa forma, serão analisados um Recurso Inominado de nº 0701005-97.2017.8.07.0018 e um Recurso Ordinário de nº 0160700-92.2012.5.17.0013 relativos à isonomia material, respectivamente.

O primeiro caso a ser abordado versa sobre um recurso de Agravo de Instrumento de nº 0862305-96.2013.8.13.0000, proveniente da comarca de Belo Horizonte/MG, julgado em 27 de julho de 2014, pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sob a relatoria da desembargadora Sandra Fonseca⁶. A parte agravante – Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais – inconformada com a decisão que indeferiu o pedido de liminar para a concessão de viabilização de programa de plano global para a regularização fundiária da Vila Acaba Mundo, interpôs agravo de instrumento para a concessão da referida liminar.

Esclarecendo os factos, em apertada síntese, a ação originária (Ação Civil Pública) tem a finalidade de regularizar uma área de aglomeração de baixa renda consolidada desde 1930, denominada Vila Acaba Mundo. Ocorre que, em 2009, o poder executivo da cidade de Belo Horizonte editou o Decreto Municipal nº 13.519/2009 declarando o interesse social e a utilidade pública para fins de desapropriação de 19 lotes correspondentes a moradia de 71 famílias, sem adotar as medidas pertinentes para a regularização fundiária dos imóveis. Dessa forma, requer a ora agravante o direito à moradia em observância a função social da propriedade, bem como, da referida regularização da área.

A relatora fundamentou a presente decisão no sentido de preservar o princípio da dignidade da pessoa humana por meio do direito à moradia às pessoas de baixa renda, eis que cumprida por eles a função social da área. Transcreve-se o presente parâmetro da relatora, “[...] por constituir-se como direito essencial a alcançar os objetivos do Estado Democrático de Direito e pressuposto de existência dos fundamentos deste, o direito à moradia digna deve atuar como instrumento norteador de todo e qualquer programa habitacional e de erradicação da pobreza a ser adotado pelos entes públicos” (fl.5), dependendo de política pública de urbanização e regularização por meio de medida administrativa a ser realizada pelo ente municipal (fl. 6).

⁶ Agravo de Instrumento de nº 0862305-96.2013.8.13.0000. [consultado em 2021-04-30]. Disponível na WWW: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=C77814B%20DD013D9BC6EE1BFB966F779B8.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=1%200&numeroUnico=0862305-96.2013.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar.

Por fim, ressaltou que “a requerida regularização fundiária da região, em princípio, é procedimento complexo, que demanda a atuação integrada de diversos órgãos públicos do Poder Executivo Municipal, e, inclusive do Poder Legislativo” (fl.9), mantendo a decisão do juízo originário, ao passo que deve ser aguardada a completa instrução processual do feito.

Demonstra-se assim, que o Poder Judiciário deve intervir, caso haja necessidade, por meio de decisões, ou por meio de políticas públicas de interesse social, a fim de que sejam asseguradas as garantias fundamentais dos cidadãos, proteger os direitos de bem estar social.

O próximo caso a ser analisado trata-se de um recurso de Apelação de nº 70084748730 proveniente da comarca de Santa Maria/RS, julgado em 21 de janeiro de 2021, pela 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob a relatoria do desembargador Miguel Ângelo da Silva⁷. A parte apelante, inconformada com a sentença que julgou extinto o processo interpôs o recurso para que seja fornecida internação em caráter de urgência em unidade de tratamento intensivo (UTI) à autora em decorrência de acidente vascular cerebral, reconhecendo a solidariedade dos entes da federação no que se refere à saúde.

Em sua fundamentação, o relator motivou-a pelo direito ao acesso à saúde incumbindo o poder judiciário sanar com decisão judicial o cumprimento das prestações contidas nas políticas públicas, “[...] o exame da suficiência das políticas públicas, inclusive das alusivas à saúde pública e correspondentes prestações, não escapa da apreciação casuística do Poder Judiciário, quando chamado a decidir acerca de postulações individualizadas. E há de atuar, em situações tais, com o escopo de assegurar o conteúdo mínimo de proteção que o direito fundamental de acesso à saúde exige” (fl.10). Dessa forma, o recurso foi provido para prosseguir o feito.

Diante do exposto, demonstra-se que não basta apenas que o Estado reconheça em sua Constituição o direito, ele deve garantir e respeitar integralmente esse bem indisponível, dando acesso à assistência médico-hospitalar de forma universal e igualitária.

Merece atenção os dois últimos casos escolhidos para a presente investigação referentes à isonomia material. O primeiro caso destina-se a um Recurso Inominado de nº 0701005-97.2017.8.07.0018 proveniente da comarca de Brasília, julgado em 07 de março de 2018 pela 2ª Turma Recursal do Juizado Especial da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, sob relatoria do Desembargador Edilson Enedino das Chagas⁸. A demanda originária reconheceu o direito da parte autora (mulher) a permanecer em concurso para cargo de Perito Criminal da Carreira de Polícia Civil do Distrito Federal, por conta de ilegalidade de teste de capacidade física.

7 Apelação de nº 70084748730. [consultado em 2021-04-30]. Disponível na WWW: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>.

8 Recurso Inominado nº 0701005-97.2017.8.07.0018. [consultado em 2021-04-30]. Disponível na WWW: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

O relator asseverou que “no caso em análise, cerca de 168 homens e 72 mulheres realizaram o teste de aptidão física. Deste total de homens, houve reprovação de 2 candidatos, o que equivaleria a pouco mais de um por cento dos candidatos masculinos. Contudo, a mesma proporcionalidade se observa quanto as candidatas mulheres, considerando que houve reprovação de mais 17 delas, o que equivaleria a 23% do total de participantes do teste de barra fixa. VIII. Da análise é inquestionável que o teste de barra fixa dinâmica revela gritante inconstitucionalidade, de sorte que tal critério se mostra discriminatório, pois impede a isonomia de gênero no concurso posto em análise”.

O ultimo caso versa sobre um Recurso Ordinário de nº 0160700- 92.2012.5.17.0013 proveniente da comarca de Vitória/ES, julgado em 14 de maio de 2015 pela 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, sob a relatoria da Desembargadora Wanda Lúcia Costa Leite França Decuzzi⁹. A ora recorrente inconformada com a decisão que julgou procedente os pedidos do autor tenta a reforma da mesma para afastar a responsabilidade quanto ao pedido de assédio moral.

Em breve síntese, o recorrido (autor) teve o pedido de assédio moral concedido, em razão de ter sido contratado para a função de piloto de jumbo na vaga destinada à cota para deficientes físicos, por ser portador de lesão definitiva no membro inferior decorrente de acidente automobilístico ocorrido em 1999 e que logo após ser admitido na empresa, passou a ser alvo de discriminação dentro da empresa, inclusive sendo perseguido por seu superior imediato. Dessa feita, a relatora aduz que “para assegurar o exercício pleno e equitativo dos direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente, torna-se imperioso conferir mecanismos capazes de assegurar real paridade de oportunidades entre os trabalhadores, imprimindo-se ações afirmativas com vistas a atingir a igualdade efetiva de tratamento entre os trabalhadores deficientes e os demais empregados” (fl. 22).

Restam demonstrado que as ações afirmativas são meios viáveis para suprir as desigualdades, bem como, a legitimidade do Poder Judiciário perante tais ações com o bojo de dar proporcionalidade e adequação ao caso concreto. Não se discute mais a constitucionalidade das ações afirmativas, posto que seja aferida por um complexo de proporcionalidade, onde há resolução de colisões entre os princípios constitucionais. Ademais, tais políticas tem o condão de promover a igualdade de oportunidade para todos, o que não legitima a desigualdade, só efetiva suas causas.

3. Considerações finais

O Brasil traça em rumo à institucionalização do Estado Democrático de Direito, onde se tenha uma boa parcela de participação da sociedade civil e grande democratização a fim de se efetivar os direitos sociais. Diante disso, a globalização vem com o

⁹ Recurso Ordinário nº 0160700-92.2012.5.17.0013. [consultado em 2021-04-30]. Disponível em: <https://www.trtes.jus.br/principal/publicacoes/leitor/474957558?formato=pdf>.

intuito de criar mecanismos para o crescimento do país, seja na forma econômica e política, seja na ordem jurídico constitucional.

Destarte, a globalização trouxe situações que dependem de normas para serem asseguradas, e da criação de políticas públicas em conjunto com o Poder Judiciário para que sejam aplicadas. É o caso dos direitos sociais, dispostos no artigo 6º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, os quais se encontram regulamentados no texto normativo, mas dependem de uma política pública para sua efetividade. Bem como, dos direitos que necessitam de uma ação afirmativa para que sejam contemplados com igualdade de oportunidades, que é o caso das reservas vagas para pessoas com deficiência, baixa renda, negros, em concursos e ensino, por exemplo. Dessa forma, o tratamento deve ser diferenciado para que seja propiciado a maior igualdade entre os desiguais.

Dessa maneira, o Poder Judiciário entra como instituidor e regente dessas políticas, pois ainda há muita desigualdade na sociedade brasileira, conforme análise dos casos jurisprudenciais envolvendo as matérias. Portanto, o desafio deste poder é encontrar espaços para concretizar os direitos humanos e sociais de bem estar em suas decisões.

Assim, conclui-se que o Estado e o Poder Judiciário, atuando em conjunto e exercendo papéis de gestores, podem construir um direito que se apresente através de uma linguagem aberta, que envolva os diversos níveis comunitários, promovendo a harmonia social, a cidadania, e garantindo a dignidade humana e os direitos humanos.

Cooperação judiciária internacional entre países lusófonos em matéria probatória civil e comercial – estado da arte e perspectiva futura

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.18>

Lurdes Varregoso Mesquita

Doutora em Direito

Professora Auxiliar do Departamento de Direito da Universidade Portucalense

Professora Adjunta do Instituto Politécnico do Porto

Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense

1. Nota introdutória

A prova é um elemento fundamental no processo. Tomada na acepção de actividade processual adstrita aos fins da instrução, a prova tem por função a demonstração da realidade dos factos, como decorre do artigo 341.º do Código Civil¹. Qualquer alegação factual ficará esvaziada se não for provada.

Assim, o direito à prova, ou seja, o direito à apresentação das provas que visam demonstrar a realidade dos factos alegados em juízo, constitui um direito fundamental integrado no *due process* ou processo equitativo. Este imperativo constitucional consagra o direito fundamental de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva, onde se inclui o direito de acção ou direito de agir em juízo. Por sua vez, o direito de acção efectiva-se através de um processo equitativo que inclui várias vertentes, entre elas o direito à prova² (art. 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa).

A litigância internacional não é um fenómeno recente mas vem ganhando cada vez mais importância no mundo globalizado onde proliferam as relações jurídicas plurilocalizadas, que provocam a necessidade de obtenção de provas no estrangeiro. Neste contexto, o presente estudo pretende fazer uma breve incursão pelos meios de obtenção de prova no estrangeiro, conforme os respectivos modelos adoptados, referindo o regime interno, de carácter supletivo, e o regime europeu, onde a matéria está mais desenvolvida. No âmbito dos Países de Língua Portuguesa, mostra-se o estado da arte da cooperação judiciária em matéria de prova, olhando para a

1 Doravante designado, abreviadamente, CC.

2 Sobre as vertentes do princípio do processo equitativo, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes; VITAL MOREIRA; *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I – Artigos 1º a 107º, 4.ª edição Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 406-419.

perspectiva futura, resultante da criação da Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa.

2. Obtenção de prova no estrangeiro à luz da lei processual civil

2.1. Contexto e regime geral

Não é rara a necessidade de instruir um processo com elementos de prova cuja obtenção tem de ser efectuada fora da área de jurisdição dos tribunais portugueses. O exemplo mais comum está relacionado com a tomada de declarações de testemunhas que residem no estrangeiro ou de depoimento de parte, mas há outros casos, como por exemplo: colheita de material genético ou amostras de sangue para análise de DNA; informação ou relatório sobre a situação económica e social de uma pessoa; localização da situação dos bens de uma pessoa; localização do paradeiro de uma pessoa; obtenção de documentos que certifiquem factos, a situação legal de uma pessoa ou de um bem, emitidos por entidades públicas do Estado requerido (ex.: situação registral, estabelecimento da paternidade).

A lei processual civil consagra um regime geral de obtenção de provas no estrangeiro e disciplina os pedidos de realização de actos probatórios no Estado de destino, assim como o recebimento desses pedidos em Portugal. Esse regime tem carácter supletivo e tem aplicação apenas nas situações não abrangidas por regulamento europeu, tratado ou convenção que disponha em contrário.

Vigora, assim, o método clássico de «formas de requisição e comunicação de actos» através de carta precatória e de carta rogatória, consagrado no art. 173.º, n.º 1, do CPC³. A distinção assenta na qualidade do destinatário. É usada a carta precatória quando se solicita a realização do acto a um tribunal ou a um cônsul português e a carta rogatória quando a solicitação é feita a uma autoridade estrangeira.

Quanto ao modo de expedição, de acordo com o art. 177.º do CPC, está prevista a regra da expedição directa à entidade ou tribunal estrangeiro. Regra essa que será afastada quando: i) o Estado em causa impuser a via diplomática ou consular como via de comunicação, caso em que a carta é entregue ao Ministério Público para que siga pelas vias competentes – que pode ser um longo percurso: Procuradoria Geral da República/Ministério da Justiça/Ministério dos Negócios Estrangeiros/Embaixada de Portugal no Estado rogado/Ministério dos Negócios Estrangeiros do Estado rogado/Ministério da Justiça/Tribunal do destino; ii) o Estado respectivo não receba

3 As normas sobre a comunicação dos actos são instrumentais à matéria probatória, porquanto auxiliam, facilitam e/ou permitem a produção da prova fora do tribunal em que corre termos a causa. No ordenamento português, são os arts. 172.º a 185.º do CPC que disciplinam a comunicação dos actos. Sobre esta matéria, consultar as respectivas anotações aos artigos em: FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel; *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 1º – Artigos 1º a 361º, 3.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014; GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de; *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I – Artigos 1º a 702º, Coimbra: Almedina, 2018.

cartas por via oficial, circunstância em que estas são entregues ao interessado, em modelo que não permita duvidar da sua autenticidade.

2.2. Portugal enquanto Estado rogado

Não havendo fundamento para a recusa legítima, o Estado português cumpre a carta rogatória e realiza o acto rogado de acordo com a lei processual interna (art. 182.º, do CPC). São motivos de recusa: incompetência para o ato requisitado; proibição absoluta do acto rogado; a carta não estar legalizada, salvo se houver sido recebida por via diplomática ou se houver tratado, convenção ou acordo que dispense a legalização; o acto ser contrário à ordem pública portuguesa; a execução da carta ser atentatória da soberania ou da segurança do Estado; o acto importar execução de decisão de tribunal estrangeiro sujeita a revisão e que se não mostre revista e confirmada (cfr. arts. 179.º e 180.º, do CPC).

Quanto ao regime de recebimento, o Estado português aceita qualquer das vias, seja a via directa (de tribunal a tribunal), a via particular ou a via diplomática ou consular (art. 181.º, n.º 1, do CPC). Recebida a carta rogatória, o juiz decide sobre o seu cumprimento, após visto do Ministério Público, a quem compete pronunciar-se sobre o cumprimento, podendo opor-se por razões de interesse público. É ao Ministério Público que compete promover os termos das cartas que hajam sido recebidas por via diplomática (art. 181.º, n.º 2, do CPC).

3. Obtenção de prova no espaço europeu de justiça ao abrigo da legislação europeia

A cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros da União Europeia, no que diz respeito à obtenção de provas em matéria civil ou comercial, encontra-se disciplinada no Regulamento 1206/2001, de 28 de Maio de 2001⁴. Nesta matéria, deve ainda ser considerado o Regulamento 4/2009, de 18 de Dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares, onde se prevê, nas funções específicas das autoridades centrais: - ajudar a obter provas documentais ou outras, sem prejuízo do Regulamento 1206/2001; - prestar assistência para determinar a filiação, se tal for necessário (art. 51.º do Regulamento 4/2009). Em processos de regulação, alteração ou incumprimento de responsabilidades parentais ou em processos de promoção dos direitos de protecção das crianças, pode ser obtida prova da situação laboral, económica e social do pai ou da mãe que resida no estrangeiro, através de pedido formulado à Divisão de Cooperação Judiciária Internacional da Direcção Geral da Administração da Justiça.

À luz do Regulamento 1206/2001 e de acordo com o seu artigo 1.º, a obtenção de provas entre os Estados-Membros pode dar-se por uma de duas modalidades,

4 JO L 174/1 de 27.6.2001. Aplicável aos Estados-Membros da União Europeia, com excepção da Dinamarca.

a saber: i) obtenção de provas através do tribunal requerido (arts. 10.º a 16.º); e, ii) obtenção direta de provas pelo tribunal requerente (art. 17.º)⁵. Neste caso, o tribunal requerente pretende realizar directamente o acto probatório. Na primeira modalidade, o responsável pelo procedimento de obtenção de provas é o tribunal requerido; enquanto que na segunda modalidade é o próprio tribunal requerente, havendo de obter autorização do Estado-Membro onde as provas serão obtidas. Esta diferença não exclui a possibilidade de o tribunal que não tenha a responsabilidade de obter as provas poder participar nas diligências (cfr. arts. 12.º e 17.º, n.º 4). Além disso, na produção da prova, por exemplo testemunhal, esta pode ser obtida por intermédio de meios técnicos locais e à distância, sendo incentivado o uso da videoconferência (arts. 10.º, n.º 4 e 17.º, n.º 4).

Para a eficácia da obtenção de prova noutro Estado-Membro é disponibilizado um conjunto de informações no Portal Europeu de Justiça que auxilia as autoridades no recurso a este regime e que serve a articulação do Regulamento 1206/2001 com o ordenamento interno. No caso português, foram prestadas as informações seguintes: as autoridades competentes para efeitos do art. 2.º do Regulamento (tribunal requerido) são os tribunais de comarca (tribunais de 1.ª instância); a entidade central para efeitos do art. 3.º do Regulamento é a Direcção Geral da Administração da Justiça, onde existe uma Direcção de Serviços Jurídicos e Cooperação Judiciária Internacional e uma Divisão de Cooperação Judiciária Internacional⁶; as línguas que podem ser utilizadas para o preenchimento dos formulários, para efeitos do art. 5.º do Regulamento são o português ou o espanhol; para efeitos do art. 6.º do Regulamento, os meios aceites para a transmissão dos pedidos e outras comunicações são: como meios de recepção de pedidos e outras comunicações são aceites a via postal, a telecópia e os meios telemáticos; em casos urgentes, pode utiliza-se o telegrama, a comunicação telefónica (seguida de documento escrito) ou outro meio análogo de comunicações; para efeitos do art. 17.º do Regulamento, para apreciação dos pedidos de obtenção directa de provas é competente a Entidade Central, isto é, a Direcção Geral da Administração da Justiça; nos termos do art. 21.º, n.º 2 do Regulamento, Portugal comunicou o Acordo entre a República Portuguesa e o Reino de Espanha relativo à Cooperação Judiciária em Matéria Penal e Civil⁷, como sendo um Acordo destinado a facilitar mais a obtenção de provas, compatível com o Regulamento.

Nesta matéria, a União Europeia está em processo de evolução. A partir de 1 de julho de 2022, o Regulamento 1206/2001 é revogado e substituído pelo Regulamento

5 Sobre a matéria da obtenção de provas entre os Estados-Membros, ver MARINHO, Carlos M. G. de Melo – *Textos de Cooperação judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 7-47. VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa – *Obtención de pruebas en otros Estados de la Unión Europea*, in LA OLIVA SANTOS, Andrés de (Dir.); CALDERÓN CUADRADO, María Pía (Coord.); “Derecho Procesal Civil Europeo - Acceso a la Justicia y Auxilio Judicial en la Unión Europea”, Volume II, Navarra: Editorial Aranzadi, 2011, pp. 297-365. Ver, ainda, *Guia Prático sobre a Aplicação do Regulamento Relativo à Obtenção de Provas*, elaborado pela Comissão Europeia e disponível em https://e-justice.europa.eu/content_ejn_s_publications-287-pt.do?init=true .

6 Consultar: <http://www.cji-dgaj.mj.pt>.

7 Cfr. DL 14/98, de 27 de Maio, Aviso 274/98 e Listagem n.º 73/2000.

2020/1783, de 25 de novembro⁸, através do qual a União Europeia visa simplificar e racionalizar os procedimentos de obtenção de provas. Pretende-se que os pedidos sejam feitos em formulários próprios e remetidos electronicamente e de forma directa, através de plataformas seguras e interoperáveis (por exemplo, ao abrigo do projecto e-Codex⁹). Além disso, a utilização dos meios tecnológicos são privilegiados na obtenção directa de prova, que deverá ser realizada por videoconferência ou por meio de outra tecnologia de comunicação à distância. O novo Regulamento dedica a esta questão os Considerandos 21, 22 e 23, assim como introduz uma disposição própria (o art. 20.º) sobre a mesma, onde estipula que “[s]e a produção de prova consistir na audição de uma pessoa presente noutro Estado-Membro e o tribunal requerer a obtenção directa de prova, nos termos do artigo 19.º, esse tribunal obtém as provas por videoconferência ou por meio de outra tecnologia de comunicação à distância, desde que essa tecnologia esteja à disposição do tribunal e este considere adequado utilizar tal tecnologia em função das circunstâncias do caso”.

4. Obtenção de prova noutros Estados

À escala mundial, a Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, concluída em 18 de Março de 1970¹⁰, é o instrumento que suporta esta matéria¹¹ e também prevalece sobre o que dispõe a lei interna. Por aplicação da Convenção, os pedidos instrutórios seguem, à semelhança do que se encontra previsto na legislação de processo, por via de carta rogatória remetida às entidades centrais, podendo também haver comunicações por via consular ou diplomática. No caso português, a entidade central é igualmente a Direcção Geral da Administração da Justiça. Noutras informações, Portugal declara aceitar apenas a língua portuguesa e admite a videoconferência.

Internamente, já foi implementada a tramitação electrónica dos Processos de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Civil e Comercial. Por Ofício Circular 4/2017 [DSJCI/DCJI de 13 de Fevereiro de 2017] foram eliminadas, definitivamente, as comunicações em suporte de papel, usadas só a título excepcional. A comunicação entre os tribunais e a Direcção Geral da Administração da Justiça é feita utilizando apenas suporte electrónico, o que demonstra um progresso e uma intenção de harmonização entre processos internos e processos transfronteiriços.

8 JO L 405 de 2.12.2020, pp. 1-39.

9 O art. 7.º, n.º 1, do novo Regulamento, determina que “[o]s pedidos apresentados e comunicações feitas nos termos do presente regulamento são transmitidos por meio de um sistema informático seguro, fíavel e descentralizado, no pleno respeito dos direitos e das liberdades fundamentais. Esse sistema informático descentralizado deve ter por base uma solução interoperável, como o e-CODEX”.

10 Aprovada pelo Estado português através do Decreto Lei n.º 764/74, de 30 de Dezembro.

11 Sobre este instrumento, ver ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *La Cooperación Judicial Internacional en Matéria Civil*, “Dereito”, 2001, pp. 7 e ss. (concretamente pp. 25 a 29).

5. O caso especial do espaço lusófono

Portugal, além da sua dimensão europeia, tem uma dimensão lusófona que o liga, intimamente, aos países de língua oficial portuguesa, com os quais mantém relações fortes e que se pretendem frutíferas, nas suas várias vertentes. Nessa medida, a cooperação judiciária é um suporte essencial nas relações entre os vários Estados da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP). Essa consciência levou a que, no fim de 2005, a “Conferência de Ministros dos Países de Língua Portuguesa” tomasse a iniciativa de criar uma Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa¹². Com este projecto pretende-se, à semelhança da União Europeia, criar uma rede de pontos de contacto para a cooperação jurídica e judiciária internacional (quer na área penal, quer na área civil) entre os países lusófonos.

A mais recente iniciativa, neste âmbito, foi a criação do Atlas Judiciário Lusófono¹³, onde se presta informação em todas as áreas de cooperação judiciária e através do qual se identificam as autoridades competentes para receber e executar um pedido de cooperação judiciária internacional. O portal já dispõe de muito material de apoio aos profissionais e às entidades cooperantes, permitindo identificar qual o instrumento legal aplicável à cooperação, por área de actuação, e disponibilizando o texto legal e os formulários necessários aos pedidos, seja de citação, notificação ou obtenção de prova.

As relações de cooperação judiciária entre os vários países lusófonos assentam em acordos bilaterais¹⁴ ou, no caso do Brasil, na convenção de Haia. O mais recente e mais avançado instrumento é o Acordo com Cabo Verde, aprovado pela resolução da Assembleia da República n.º 6/2005, de 9 de dezembro de 2004¹⁵. Neste já existe a designação de uma entidade central (Direcção Geral da Administração da Justiça em Portugal e Procuradoria-Geral da República em Cabo Verde) e as cartas rogatórias são feitas com base em formulários próprios. E está prevista a inquirição por teleconferência sempre que existam os meios técnicos necessários (art. 17.º, do referido Acordo).

No geral, os intervenientes na relação de cooperação são os mesmos: Tribunal Requerente e Tribunal Requerido; Agentes Diplomáticos e Consulares; Autoridades Centrais (formalmente definida apenas no caso de Cabo Verde). Todos os Acordos bilaterais admitem a remessa directa de cartas rogatórias pelo Tribunal de um dos

12 Criada através de instrumento aprovado na Praia, em de Novembro de 2005. Composta por Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor Leste.

13 Disponível em <https://www.atlascplp.csm.org.pt/>.

14 Designadamente: Acordo Judiciário entre Portugal e S. Tomé e Príncipe, de 5 de Julho de 1976; Acordo de Cooperação Jurídica entre a República Portuguesa e a República da Guiné-Bissau, de 5 de Julho de 1988; Acordo de Cooperação Jurídica e Judiciária ente a República Portuguesa e a República Popular de Moçambique, de 12 de Abril de 1990; Acordo de Cooperação Jurídica e Judiciária entre a República Portuguesa e a República de Angola, de 30 de agosto de 1995; Acordo de Cooperação Jurídica e Judiciária entre a República Portuguesa e a República de Cabo Verde, de 2 de dezembro de 2003.

15 Publicada no Diário da República, I Série, de 15 de fevereiro de 2005.

países ao Tribunal do outro. No entanto, na prática, há entidades nacionais que são chamadas à respectiva tramitação: o Tribunal Supremo, no caso de Angola; o Ministério da Justiça no caso de Moçambique, Guiné-Bissau e S. Tomé e Príncipe; e como já se disse, a Procuradoria-Geral da República de Cabo Verde. Assim, apesar do circuito previsto nos instrumentos internacionais ser directo, os circuitos praticados não diferem do que é habitual, ou seja: Tribunal requerente; Entidade requerente; Entidade requerida; Tribunal requerido.

Se se tratar de actos praticados por agentes diplomáticos e consulares, é expedida carta precatória para a sua prática, remetida a um Cônsul ou Agentes Diplomáticos do Estado requerente sediados no Estado requerido.

6. Considerações finais

Apesar de a lei processual portuguesa consagrar um regime de comunicações para obtenção de prova estrangeiro que assenta num modelo clássico, este tem carácter subsidiário face aos regulamentos europeus e aos acordos e tratados internacionais.

No espaço europeu de justiça, o regime de obtenção de prova está consolidado e tende a evoluir, especialmente com a aplicação de meios tecnológicos. Na produção de prova, é notório que a videoconferência será a ferramenta do futuro. Por isso, é indispensável que os tribunais e as vias diplomáticas e consulares possuam os equipamentos e os meios técnicos que proporcionem a efectiva produção de prova da forma mais célere e eficaz, sem diminuição das garantias das Partes, devendo ser adoptadas as mais modernas práticas¹⁶.

Fora do espaço europeu, as dificuldades agravam-se e a morosidade na obtenção de repostas sobre a execução dos pedidos é o ponto mais frágil. A criação do atlas judiciário e o desenvolvimento da Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa contribuirá muito positivamente. Mas falta todo um trabalho de compatibilização dos instrumentos legais de cooperação com as novas práticas.

Não há dúvida dos progressos e do sério propósito de agilização do modelo e das práticas. Isso promoverá a tendencial estabilidade social, económica e política dos países. Porém, à presente data, ainda são muitas as dificuldades em fazer cumprir um pedido transfronteiriço, por cuja execução se pode aguardar muito tempo. É imperioso investir em recursos e nos meios necessários para operacionalizar os pedidos, com vista a uma maior agilidade das comunicações. Só assim os Estados cumprem a sua função de administração da justiça e promovem o acesso à justiça.

¹⁶ Cfr., a este propósito, as Recomendações do Conselho para «Promover a utilização e a partilha de boas práticas sobre a videoconferência transfronteiras no domínio da justiça nos Estados-Membros e a nível da UE», JO C 250, de 31.7.2015.

A segurança no tratamento de dados no sistema judicial, em Portugal e no Brasil

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.19>

Manuel David Masseno

Professor Adjunto e Encarregado da Proteção de Dados do
Instituto Politécnico de Beja

1. Enquadramento

Em matéria de tratamento de dados pessoais nos respetivos sistemas judiciais, os Ordenamentos português e brasileiro passam por vicissitudes semelhantes, ainda que em termos simétricos.

1.1. Assim, ambos assentam em regimes gerais, os dispostos pelo Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) – RGPD, e pela Lei n.º 13.709, de 14 agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, de cujo âmbito objetivo excluem a justiça criminal (Art.ºs 2.º n.º 1, 9.º n.º 1 f), 37.º n.º 1 a) e 55.º n.º 3, bem como o *Considerando* 20, do RGPD e Arts. 1.º e 4.º III d), este *a contrario*, da LGPD).

Com efeito, para o tratamento de tais dados estão previstas disciplinas próprias. Em Portugal, pela Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto, que aprova as regras relativas ao tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais (transpondo a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho), no Brasil ainda estando por efetivar (Art. 4.º III d) da LGPD).

De igual modo, ambos os Ordenamentos postulam a Segurança no tratamento dos dados como um dos seus “Princípios” (o da «integridade e confidencialidade» do Art.º 5.º n.º 1 f) do RGPD, subentendido no Art.º 4.º n.º 2 n.º 1 f) da Lei n.º 59/2019, assim como Art. 6.º VII da LGPD).

1.2. Porém, os pontos de partida são muito distintos. Assim, em Portugal vigorava, e vigora ainda, a Lei n.º 34/2009, de 14 de julho, que estabelece o regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial, especificando a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, a Lei da Proteção Dados Pessoais, a qual transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dados pessoais e à livre circulação desses dados, embora esta não pretendesse ter um tal alcance (Art.º 3.º n.º 2). Por seu turno e na falta de uma Lei sobre proteção de dados pessoais, no Brasil estas questões foram reguladas pela Resolução n.º 215, de 16 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe, no âmbito do Poder Judiciário, sobre o acesso à informação e a aplicação da Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011.

1.3. Entretanto, ambas as disciplinas passaram e passam por períodos de transição. Assim e para tanto, em Portugal e em julho de a última Legislatura, a Assembleia da República aprovou o Decreto n.º 333/XIII, alterando a Lei n.º 34/2009, o qual foi “devolvido sem promulgação” pelo Presidente da República, no final de julho, ainda que por razões não relacionadas com a segurança no tratamento de tais dados. Porém, não havendo sido reapreciado pelo Parlamento até ao final da Legislatura, a iniciativa caducou. No Brasil e porque a *LGPD* apenas entraria em vigor em agosto de 2020 (Art.º 65.º II, embora essa vigência haja ocorrido no dia 18 de setembro desse ano, após a devido à aprovação pelo Senado da MP 959/2020 (PLV 34/2020) e ao declarado regimentalmente pelo Presidente deste), o Conselho Nacional de Justiça, pela Portaria n.º 63, de 26 de abril de 2019, começou por criar um Grupo de Trabalho destinado à elaboração de estudos e propostas voltadas à política de acesso às bases de dados processuais dos tribunais.

2. A segurança na proteção de dados nos sistemas judiciais

2.1. em geral.

Em Portugal e como referimos, continua vigente a Lei n.º 34/2009, na medida em que não contrarie o disposto no *RGPD*. Ao estar explícito que “os Estados-Membros deverão poder manter ou aprovar disposições mais específicas para adaptar a aplicação das regras previstas no presente regulamento” (*Considerando* (19)). O que coloca problemas especialmente complexos e controversos, sobretudo no respeitante à determinação do(s) responsável(eis) pelo tratamento do dados, com a(s) correspondente(s) responsabilidade(s) proativa(s) (*accountability*, Art.º 5.º n.º 2, 24.º, 25.º e 32.º do *RGPD*) e a inerente imputabilidade das responsabilidades civil (Art.º 82.º do *RGPD* e Art.º 33.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, a segura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679) e contraordenacional (Art.º 83.º do *RGPD*, Art.ºs 37.º a 45.º da Lei n.º 58/2019 e, ainda, a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas).

No entanto, se nos circunscrevermos ao nosso objeto, a questão resulta menos difícil, embora evidencie as consequências de uma decisão de base no que se refere ao funcionamento do Sistema Judicial português, a do controle dos meios materiais afetos ao Órgão de Soberania tribunais por parte do Governo, através do Ministério da Justiça.

Em qualquer caso e conforme ao disposto no *Código de Processo Civil* (Art.º 132.º n.º 4, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 97/2019, de 26 de julho, cujo regime é também aplicável nos Tribunais Administrativos e aos Tribunais Tributários, *ex vi*, Arts. 1.º e 2.º c) e e) dos respetivos *Códigos de Processo*), é necessário ter presente que:

“A tramitação eletrónica dos processos [a regra, sendo excecional e transitória a práticas de atos em papel] deve garantir a respetiva integralidade, autenticidade e inviolabilidade, bem como o respeito pelo segredo de justiça e pelos regimes de proteção e tratamento de dados pessoais e, em especial, o relativo ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial”

Mas, começando pelo regime material, temos que o disposto no *RGPD* quanto à “Segurança do tratamento” (Art.º 32.º) é, perfeitamente, passível de ser compatibilizado o regime relativo às “Medidas de segurança” previstas na Lei n.º 34/2009 (Art.º 42.º), acrescentando a estas sobretudo no que se refere às análise de risco e ao nível exigível quanto às “medidas técnicas e organizativas adequadas para assegurar um nível de segurança adequado ao risco”.

Retomando a questão inicial e como foi repetidamente evidenciado aquando do processo legislativo conducente à aprovação parlamentar do Decreto n.º 333/XIII, designadamente pelo CSM – Conselho Superior da Magistratura, os meios informáticos afetos ao Sistema Judicial continuam sob a dependência do Ministério da Justiça, especificamente do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I.P., e não dos Tribunais ou do binómio CSM / CSTAF – Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, por força da respetiva Lei Orgânica (Decreto-Lei n.º 123/2011, de 29 de dezembro, Art.ºs 2.º n.º 1 i) e 14.º n.º 2 j) e l). O que é confirmado pela Lei n.º 34/2009, quanto às infraestruturas físicas, incluindo as linhas de transmissão e o arquivo eletrónico (Art.º 43.º n.º 1).

Por isso mesmo e em atenção ao critério presente no *RGPD* para identificar o «Responsável pelo tratamento», *i.e.*, além das “finalidades”, determina “os meios” e aplica as “medidas técnicas e organizativas que forem adequadas para assegurar e poder comprovar que o tratamento é realizado em conformidade com o presente regulamento”, em especial no atinente aos riscos de segurança (Art.ºs 4.º 7), 24.º n.º 1, 25.º e 32.º n.º 1), este apenas pode ser o Ministério da Justiça, com a inerente assunção de responsabilidades, com a intervenção específica da respetiva Encarregada da Proteção de Dados (Designada pelo Despacho n.º 5643/2018, de 6 de julho). O que ocorrerá em termos dissociados das demais funções dos responsáveis pelo tratamento, sejam estes os Tribunais, o CSM ou o CSTAF.

Por sua vez, no Brasil, a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, explicita que (Art. 12, *caput* e § 1º):

“A conservação dos autos do processo poderá ser efetuada total ou parcialmente por meio eletrônico.

§ 1º Os autos dos processos eletrônicos deverão ser protegidos por meio de sistemas de segurança de acesso e armazenados em meio que garanta a preservação e integridade dos dados, sendo dispensada a formação de autos suplementares.”

O que pode facilmente ser enquadrado na *LGPD*, em articulação com o Princípio da “segurança” (Art. 6º VII) e a disciplina que o densifica (Arts. 46 a 49). Porém, os poderes aí conferidos à ANPD – Autoridade Nacional de Proteção de Dados, nomeadamente para a definição de “padrões técnicos mínimos” (Arts. 55-J XIII e 46 § 1º), terão de considerar-se como prejudicados pelas competências regulamentares do CNJ, devido ao disposto na *Constituição Federal*, com o objetivo de garantir a autonomia do Poder Judiciário (Art. 103-B § 4º I). No mesmo sentido e em especial, a antes referida Lei nº 11.419 determina que “Os órgãos do Poder Judiciário regulamentarão esta Lei, no que couber, no âmbito de suas respectivas competências” (Art. 18), também em função do previsto na Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, a *Lei Orgânica da Magistratura Nacional*.

Embora, um tal entendimento não afaste uma articulação entre a ANPD e o CNJ, até por maioria de razão relativamente ao disposto na *LGPD* a propósito das “autoridades reguladoras públicas” ou dos “outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais” (Arts. 55-J XXIII e 55-K parágrafo único, embora não podendo ser neste domínio a ANPD “o órgão central de interpretação desta lei e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação”).

Aliás, o CNJ, através da sua Resolução nº 185 de 18 de dezembro de 2013, que instituiu o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento, já estabelecera regras sobre a autenticação segura no acesso aos sistemas e a segurança destes (Arts. 4º, 6º, 27 e 28, nomeadamente).

Sempre por iniciativa do CNJ, está em andamento a aplicação da Resolução nº 363 de 12 de janeiro de 2021, que estabelece medidas para o processo de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais a serem adotadas pelos tribunais, a qual vai além do previsto na Recomendação nº 73 de 20 de agosto de 2020, que recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a adoção de medidas preparatórias e ações iniciais para adequação às disposições contidas na Lei Geral de Proteção de Dados (em especial, Art. 1º I d) e f) e III 8).

Neste sentido, a nova Resolução prevê a tomada de “medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou

qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito, nos termos do art. 46 e seguintes da LGPD”, pelos Tribunais (Art. 1º XI). Sendo estes a assumirem a qualidade de controladores, nos termos e para os efeitos previstos na *LGPD* (Art.s 5º VI e 37), com o apoio de um Comitê Gestor de Proteção de Dados Pessoais, com funções explícitas em matéria de segurança (Art. 1º I e XI b), cabendo-lhes ainda “designar o encarregado pelo tratamento de dados pessoais” (Art.º 1º II).

Cabe ainda acrescentar que o Supremo Tribunal Federal segue uma via paralela, com a aprovação da Resolução nº 724, de 2 de março de 2021, que institui o Comitê Executivo de Proteção de Dados para identificar e implementar as medidas necessárias à adequação do Supremo Tribunal Federal às exigências da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2019 (LGPD).

2.2. Na Justiça Criminal

Antes de mais, também por imposição do disposto no *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* (Art.º 83.º n.º 1), as “regras mínima” relativas a “infrações penais” apenas podem ser “por meio de diretivas adotadas de acordo com o processo legislativo ordinário”, excluindo os regulamentos. O que também facilitou técnica, e até politicamente, uma compressão dos direitos dos titulares dos dados na Diretiva (UE) 2016/680 e na Lei n.º 59/2019, em contraste com o *RGPD* e a Lei n.º 58/2019.

Assim e embora, tal como no *RGPD* e por Princípio, os dados devem ser tratados “de uma forma que garanta a sua segurança adequada, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação acidentais, recorrendo a medidas técnicas ou organizativas adequadas” (Art.ºs 4.º n.º 1 f) da Diretiva e 4.º n.º 2 f) da Lei), verifica-se um maior rigor quanto à segurança nos “registos das atividades de tratamento” (Art.ºs 24.º da Diretiva e 26.º da Lei) e no “registo cronológico” (Art.ºs 25.º da Diretiva e 27.º da Lei). Por seu turno, no tocante à “segurança do tratamento”, em sentido próprio (Art.º 29.º da Diretiva e 31.º da Lei), o foco é posto no controle do acesso, detalhadamente.

A este propósito, há ainda a referir que a “omissão” pelo Legislador nacional quanto tratamento dever ocorrer “tendo em conta as técnicas mais avançadas, os custos da sua aplicação e a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento dos dados, bem como os riscos de probabilidade e gravidade variáveis que este tratamento representa para os direitos e liberdades das pessoas singulares, apliquem medidas técnicas e organizativas adequadas a fim de assegurar um nível de segurança adequado ao risco” (Art.º 29.º n.º 1 da Diretiva e 31.º n.º 1 da Lei), não poderá ter consequências atendendo ao “Princípio da interpretação conforme” (Enunciado no Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 13 de Novembro de 1990, Processo C-106/89, *Marleasing*).

Mais próximos do previsto no *RGPD* estão os enunciados a propósito da “notificação de uma violação de dados pessoais à autoridade de controlo” e da “comunicação de uma violação de dados pessoais ao titular dos dados” (Arts. 30.º e 31.º da Diretiva e 32.º e 33.º da Lei), com a Comissão Nacional de Proteção de Dados a assumir essa

função. Para tal, esta conta com a incorporação de um magistrado judicial designado pelo CSM e que se ocupará do controle do acesso aos dados e aos registos cronológicos das operações de tratamento (Art.º 43.º).

Por outro lado e a propósito da identificação do “responsável pelo tratamento”, ao ser este “a autoridade competente que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais, ou, no caso em que estes são determinados por lei, a autoridade nela indicada” (Art.º 3.º n.º 1 j) da Lei), remetemos para as acima considerações aduzidas a propósito das funções do Ministério da Justiça.

Quanto ao Brasil e enquanto não estiver em vigor “a legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal” (Art. 4º IV § 1º da *LGPD*), no mínimo, deverão ser aplicadas “medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais” previstas nas citadas Resoluções do CNJ, até porque essa legislação deverá observar “os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta lei”, como enuncia o mesmo preceito *in fine*, embora em articulação com os *Princípios do Processo Penal*. Embora e até esse momento, a previsão segundo a qual a ANPD “emitirá opiniões técnicas ou recomendações referentes às exceções previstas no inciso III do *caput* deste artigo e deverá solicitar aos responsáveis relatórios de impacto à proteção de dados pessoais” (Art. 4º IV § 1º da *LGPD*), não deva considerar-se aplicável ao Poder Judiciário, atendendo ao seu estatuto constitucional, incluindo a respetiva autonomia administrativa (Art. 99).

CASTRO, Raquel A. Brízida. *Proteção de Dados e a Diretiva EU 2016/680: o tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais. Cibercriminalidade e Prova Digital*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018 (Atualizado em 2020), pp. 11-15. ISBN 978-989-8908-17-9. Disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Ciber_PDigital2018.pdf>.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Direito da Proteção de Dados*. Coimbra: Almedina, 2020. ISBN 978-972-40-8304-9.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *A incidência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nas atividades do Poder Judiciário*. in DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (Org.) “Lei Geral de Proteção de Dados (lei 13.709/18): a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD”. . São Paulo: Thomson Reuters Brasil / Revista dos Tribunais, 2020, pp. 199-209. ISBN 978656140865.

MASSENSO, Manuel David; MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS Jr., José Luiz de Moura. *A Segurança na Proteção de Dados: Entre o RGPD Europeu e a LGPD Brasileira*. Florianópolis. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional. ISSN 2319-0884, vol. 8, n.º 1 (2020), pp. 1-28. Disponível em <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/346>>.

OLIVEIRA, Inês. *Os regimes especiais de proteção de dados pessoais: exemplos de poluição legislativa da União Europeia?* in “Anuário da Proteção de Dados”, Lisboa, 2019. ISSN 2184-5468, pp. 157-172. Disponível em <https://cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2019/06/ANUARIO-2019-Eletronico_compressed.pdf>.

SANTOS, Luciano Alves dos. *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e os seus reflexos no Poder Judiciário brasileiro*. “Privacy and Data Protection Magazine”, Lisboa. Privacy and Data Protection Magazine. ISSN 2184-920X, n.º 1 (2021), pp. 92-107. Disponível em <https://www.europeia.pt/content/files/pdpm_04_06_03.pdf>.

STRECK, Lênio L.; SARLET, Ingo W.; CLÈVE, Clèmerson M. *Os limites Constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*. Ribeirão Preto. Migalhas, 1983-392X, 16 de janeiro de 2006. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/20381/os-limites-constitucionais-das-resolucoes-do-conselho-nacional-de-justica--cnj--e-conselho-nacional-do-ministerio-publico--cnmp>>.

TEIXEIRA, Isabel M.ª Curto. *Proteção de Dados e Processo Civil – Recentes Alterações Legislativas e Novas Problemáticas*. Lisboa. Conselho Superior da Magistratura - Rede Nacional de Juizes para apoiar a actividade da RJE Civil (2019). Disponível em <<https://www.redecivil.csm.org.pt/wp-content/uploads/2020/01/PROTECC3%87%C3%83O-DE-DADOS-E-PROCESSO-CIVIL-Isabel-C-teixeira.pdf>>

O processo estrutural e a maximização da tutela jurisdicional: uma visão policêntrica

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.20>

Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Procurador do Ministério Público de Contas do
Estado de Minas Gerais/Brasil

1. Introdução

O presente *paper* – em via estreita – atenta às transformações e diretrizes globais na busca de soluções maximizadas para múltiplos problemas que envolvam à busca da efetivação de direitos pela via da tutela jurisdicional, calcada no ideário da inafastabilidade do controle jurisdicional.

O modelo processual clássico erigido para abarcar demandas individuais, necessita de ressignificação para incutir nova visão policêntrica, toda vez que o *meritum causae* envolva questões estruturais irradiantes, cujo pano de fundo seja a violação massiva de interesses decorrentes de problemas estruturais, que orbitam na seara transcendente de interesses personalíssimos (i.e. interesses gerais), onde o papel do Poder Judiciário apresenta sobrelevo para conformar resoluções de demandas multipolares, cuja eficácia prestigie o transindividualismo em soluções estruturantes.

Assim, além de estancar a tutela individual repetitiva substituída por uma solução irradiante concertada, servirá de vetor de insegurança jurídica em causas de maior complexidade (policêntricas), cuja decisão decorra efeitos somente *inter pars*.

O modelo tradicional de formação da relação jurídica processual, com a polarização processual entre autor e réu, cujos efeitos decisórios alcancem somente as partes do processo judicial exige ressignificação, não se apresentando como *iter procedimental* suficiente capaz de estabilizar as relações jurídicas plúrimas que envolvam demandantes multifacetados, vertidos direitos policêntricos (coletivos).

Nesse particular, o processo estrutural surge como forma idônea ao conduto de decisões judiciais que deem ensejo à solução de controvérsias de mérito de forma aberta e irradiante, alcançado plúrimos casos idênticos de pretensão resistida, em proteção simultânea de uma gama de interesses e direitos individuais, tudo por meio de neófitos dogmas processuais civis.

Sem prejuízo, deve-se atentar às restrições impostas aos órgãos judiciários para adentrar em questões de mérito de direito coletivo, onde residam estrita competência deferida aos outros poderes (legislativo e executivo).

Hão de surgir, com a implantação dos ideários dos processos estruturantes, medidas contentivas da ineficiência da máquina pública para suportar a cultura demandista complexa, que busca cada vez mais do Estado a satisfação de um enorme rol de direitos individuais conquistados por lutas históricas, mas, hodiernamente, impossibilitados de completude assistencialista pela escassez de recursos disponíveis.

Numa decisão estruturante coletiva, num cenário de maximização da atuação do Estado-juiz com proferimento de decisão de efeitos irradiantes, dotar-se-á a tutela deferida de maior segurança jurídica e definitividade, propiciando-se a (con)formação legítima dos elementos nucleares das funções típicas judiciárias - órgão protetivo de direitos e garantidor da pacificação social -, com a entrega de decisões de mérito a produzir uma concertação da eficácia de interesses e direitos, a impor a mudança da postura com vistas a expurgar a violação massiva e reiterada advinda de um estado de coisas em desconformidade¹.

2. DO PROCESSO JURISDICIONAL CLÁSSICO

O processo jurisdicional clássico é caracterizado pelo princípio da inércia ou da demanda, onde, após provocada a função jurisdicional pela via do processo residirá clara bipolarização de partes (autor e réu), pedido antagônico de contendores, tutela jurídica de viés retrospectivo e episódico (abarcando fatos pretéritos), além de possuir foco em decisão de mérito declaratória, constitutiva ou condenatória (sanção) com efeito entre as partes.

Nesse diapasão, deflagrado o processo contencioso por provocação de um interessado em satisfação de direito submetido à pretensão resistida, romper-se-á a inércia do órgão judiciário, desenvolvendo-se o procedimento pela via do impulso oficial submetido às regras adjetivas vigentes.

Já sob o enfoque dos sistemas processuais, sob uma feição publicista, as características principais do processo clássico se darão com a oralidade e a concentração de provas (audiência de instrução e julgamento), onde o desenvolver das fases advirá *ex officio*, com ativismo judicial em matéria probatória na busca da verdade material, mantendo-se a imparcialidade do julgador. Em sede de procedimento, o processo judicial desvela-se como sistema de regras adjetivas e de formas procedimentais (legalidade formal processual), caracterizado pela rigidez dessas formas, em detrimento a uma ideia de liberdade das formas.

1 GALDINO, Matheus Souza – *Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural*. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org) – “*Processos estruturais*”. 2.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 705-706.

Assim, caracteriza-se pela existência de procedimento rígido, minudentemente descrito, onde os sujeitos processuais (partes) devem seguir um roteiro previamente estabelecido, sem possibilidade de alternativas ou “atalhos”, tudo sob fundamento de uma garantia individual de estrita segurança jurídica num “devido processo legal”, que age precipuamente como vetor de eventuais arbítrios jurisdicionais e de qualquer das partes.

Nesse contexto de publicidade processual e excesso de formalismo, limitaram-se os poderes do juiz, impulsionando o engajamento das partes na tramitação dos processos em que litigam². Em linha de pensamento romano-germânico (*civil law*), as normas gerais e abstratas estabelecidas na lei adjetiva também surgem como vetoras à vontade das partes e dos arroubos aos arbitrários judicantes. Contudo, tais “amarras” garantidoras da proteção da confiança e da segurança jurídica, passam a impedir os consentâneos lógicos do processo em si (instrumentalidade), confrontando-se com os ideários de autonomia do ramo do direito processual³.

Sob um viés instrumental, a participação do juiz no processo – ativamente – se deu por critérios de justiça e equidade, mantendo-se sempre a imparcialidade, a proteção da confiança e a segurança esperada pelas partes, posto que o presidente dos trabalhos é detentor de fé pública no exercício de seu *munus*; além disso, propiciou a flexibilização procedimental por ajustes volitivos entre as partes, desde que não decorrente de mitigação do contraditório judicial e sob fiscalização do próprio juiz⁴.

Deste modo, as estritas balizas de vinculação das partes às formas procedimentais, deu lugar a uma primazia da maior efetividade da tutela jurisdicional (maximização), possibilitando-se, inclusive, a convalidação de vícios formais desde que “não graves”, isto é, possivelmente sanáveis⁵.

Em apertada síntese, a transição das bases processuais vinculadas ao formalismo procedimental para os fins da tutela jurisdicional em maximização, instrumentalizam não só o exercício do contraditório em todas as suas etapas, ainda que presente o acordo e o consenso, mas, sobretudo, por dever de colaboração das partes que poderão influir em seu desfecho satisfativo, internalizando-se de vez os ideários constitucionais do processo jurisdicional democrático.

3. DO PROCESSO ESTRUTURAL

O processo estrutural é aquele que trata de uma lide complexa (não essencial) decorrente de um problema estrutural, que visa sanar de forma irradiante um estado

2 GRECO, Leonardo – *Publicismo e privatismo no processo civil*. “Doutrinas Essenciais de Processo Civil” [s.i.]. Vol. 1, [s.n.] (2011), pp. 1221-1254.

3 AMENDOEIRA Jr., Sidney – *Fungibilidade dos meios*. São Paulo: Atlas, 2008, pp.14-15.

4 GAJARDONI, Fernando Fonseca – *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 86-87.

5 Art. 932, § único e art. 1.029, § 3º, do Código de Processo Civil brasileiro.

desconforme de coisas⁶ (institucional), caracterizado pela multipolaridade das partes (policentria) que litigam acerca de interesses interligados coletivamente (não necessariamente conflitantes), sob viés prospectivo e pontual, de tudo visando uma readequação procedimental com foco na reestruturação dos meios e de sempre de natureza consequencialista.

Trata-se de uma neófito espécie do gênero de processo jurisdicional coletivo, pelo qual se pretende reorganizar uma estrutura burocrática – pública ou privada -, que ocasiona, fomenta ou permite, pelo modo que funciona, uma violação massiva de interesses e direitos, a originar a ideia de um litígio estrutural⁷.

Para tal, é dependente da aceitação dos conceitos de relativização das preclusões processuais, de relativização das balizas clássicas da coisa julgada material, e da flexibilização da fase cumprimentória do julgado, a permitir, inclusive, o entranhamento de ideários da consensualidade, tudo após o juiz ter proferido decisão de mérito estrutural.

Assim, partindo de uma tipificação tipológica⁸, o processo estrutural possui características próprias, a saber: (i) recai sobre um problema estrutural que ocasiona um estado de coisas ilícito ou uma desconformidade estrutural; (ii) perquire uma transição desse estado de coisas desconformes a um estado ideal de coisas⁹ (reestruturação institucional), com um escalonamento de soluções parciais até atingimento de seu fim; (iii) desenvolve-se em procedimento bifásico (conhecimento e executivo), onde no primeiro se reconheça e declare a existência do problema estrutural (decisão de mérito), e no segundo, se estabeleça projeto de reestruturação a ser implementado (fase cumprimentória); (iv) desenvolve-se num procedimento flexível endoprocessual, com admissibilidade de participação de terceiros interessados (forma atípica de intervenção de terceiros) e com medidas interlocutórias executivas, com a possibilidade de modificação do objeto do litígio e utilização de mecanismos de cooperação judiciária; e, por fim, (v) entroniza elementos de consensualidade adaptativos ao processo executivo.

Como objetivo imediato e foco para alcance do estado de coisas ideal, o processo estrutural sobreleva a investigação de causa do problema e de seu efeito deletério,

6 Cf. GALDINO, Matheus Souza – *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2019, pp. 125-130. Ainda, GALDINO, Matheus Souza – *Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural*. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org) – “Processos estruturais”. 2.^a ed. Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 705-706.

7 Cf. VITORELLI, Edilson – *Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças*. “Revista de Processo”. São Paulo: Thomson Reuters. Vol. 284, [s.n.] (2018), pp. 333-369.

8 DIDIER JUNIOR, Fred; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de – *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. “Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro”. [s.i.]. n° 75 (2020), pp. 107-108.

9 GALDINO, Matheus Souza – *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2019, pp. 125-130.

“mirando” na sua supressão no futuro, a projetar um caminho que deve ser percorrido para alcançá-lo (relação entre meio e fim)¹⁰. Nesse sentir, busca-se elidir o estado de coisas desconforme (ilícitas ou não), promovendo-se uma transição para o estado de regularidade das coisas.

Por fim, uma decisão de mérito estrutural é aquela que partindo do reconhecimento de um problema estrutural determina sua reestruturação por meio de um programa de ações concertadas, a fim de, consequencialmente, suprimir problemas complexos e irradiantes preexistentes e que ocasionam o malferimento a interesses e direitos públicos ou privados.

4. CONCLUSÃO

Os processos estruturais são mais aptos para adjudicação de litígios complexos ou irradiados. Representam novo modelo processual voltado à solução de lides de alto grau de conflituosidade, onde, além das partes envolvidas no litígio, os atores interessados extraprocessuais protagonizam participação na resolução mais adequada do conflito (multipolaridade de partes), garantindo-se maior aceitação psicológica no restabelecimento de interesses massivamente violados, a promover mudanças estruturantes institucionais e sociais.

Além de servir de técnica de racionalização administrativa, o mecanismo estrutural alberga a reestruturação de instituição social pública ou privada, responsável pela violação reiterada de valores ditos públicos ou privados de interesses relevantes. A extensão dos efeitos do *decisum* para além das partes endoprocessuais, insere “interessados” que devam contribuir para resolução da demanda ou cumprimento da adjudicação, sendo capaz de congrega interesses mutáveis e contraditórios (ou não), onde residem uma multiplicidade de tensões dispersas e concorrentes.

A tutela jurisdicional decorrente da relação jurídica processual estruturante caracteriza-se pela continuidade, prospecção e maleabilidade, onde a decisão de mérito guardará não um termo da controvérsia ensimesmada, mas a deflagração de um novo marco relacional entre juízo, instituição e sociedade, todos debruçados sobre o litígio na fase cumprimentória.

Dada a alta complexidade do cumprimento da decisão, a imposição do Estado-juiz não seria capaz – *per se* – de estabilizar as relações jurídicas encetadas *inter pars*, a fomentar uma multiplicidade litigiosa em detrimento da eficiência e celeridade do agir estatal.

Nesse cenário de participação colaborativa das partes e de interessados irradiados na solução do conflito, o foco adjudicatório se desloca da reparação do direito violado à reestruturação institucional, a incidir sobre *modus operandi* da transgressão

10 GALDINO, Matheus Souza – *Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural*. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org) – “Processos estruturais”. 2.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 698-704.

massiva, atacando-se à causa e não a consequência da reiterada irregularidade vergastada, a flexionar a razoabilidade, adequação, proporcionalidade e eficiência em maximização dos efeitos da tutela estatal

Criará um ambiente de maior racionalização administrativa perante os Tribunais – espandendo demandas individuais repetitivas -, quer estabelecendo critérios de adequada segurança jurídica como novo mecanismo estruturante idôneo de pacificação social.

O modelo de processo estruturante como técnica de maximização da tutela jurisdicional implica na reformulação (e aceitação) de novas balizas das condições da ação e dos efeitos do julgado, quando o objeto do litígio verse sobre problemas estruturais de alta conflituosidade e complexidade visando o cumprimento do julgado.

Dever-se-á inflexionar o princípio da demanda, as preclusões processuais e a coisa julgada, tudo a propiciar um ambiente de maleabilidade cooperativa, onde o julgado será indutor da solução dialógica e segura da demanda, por meio da consensualidade e participação colaborativa de todos os envolvidos e interessados irradiados, desaguando na reestruturação institucional capaz de atacar as causas da violação massiva de direitos, restabelecendo-os, em via de consequência, um estado de coisas ideal.

ARENHART, Sérgio Cruz – *A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos*. In “Revista Direito e Práxis”. Rio de Janeiro. Vol. 10, n.º 1 (2019).

— *Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes*. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.) – “Processos estruturais”. 2.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

— *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. In “Revista de Processo Comparado”. São Paulo: RT. [s.i.], n.º 2 (2015).

— *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. In “Revista de Processo”. São Paulo: RT. Vol. 225, A. 38 (2013).

ASSIS, Araken de - *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BATISTA, Felipe Vieira – *A recuperação judicial como processo coletivo*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2017.

CABRAL, Antonio; ZANETI JUNIOR, Hermes – *Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil*. In “Revista de Processo”. São Paulo: RT. Vol. 287, [s.i.] (2019).

COSTA, Eduardo José da Fonseca – *A “execução negociada” de políticas públicas em juízo*. In “Revista de Processo”. São Paulo: RT. Vol. 212, A. 37 (2012).

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da - *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de – *Notas sobre as decisões estruturantes*. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.) – “Processos estruturais”. 2.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FERRARO, Marcella Pereira – *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015.

FISS, Owen. *Two models of adjudication*. In DIDIER JR. Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008.

GALDINO, Matheus Souza. *Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural*. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.) – “Processos estruturais”. 2.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

— *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2019.

JOBIM, Marco Felix. *A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro*. In ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.) – *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

— *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LAMÊGO, Gustavo – *Técnicas de cooperação judiciária aplicadas a processos estruturais*. Monografia de conclusão de curso de graduação em Direito. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2019.

VITORELLI, Edilson – *Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual*. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.) - *Processos estruturais*. 2.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

— *Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças*. “Revista de Processo”. São Paulo: Thomson Reuters. Vol. 284. [s.i.] (2018), pp. 333-369.

— *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2.ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

A criança vítima (autónoma) do crime de violência doméstica – dúvidas e perspetivas à luz da norma penal e da prática judiciária¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.21>

Margarida Santos

Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho

1. Introdução

Na versão atual² do art.º 152.º do CP, o agente que infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais, de modo reiterado ou não: a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge; b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação; c) A progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou d) A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite, é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

O n.º 2 do art.º 152.º do CP prevê cinco situações qualificadoras do crime de violência doméstica, que implicam uma elevação do limite mínimo da moldura abstrata, que passa a ser de pena de prisão de dois anos, permanecendo em cinco anos o limite máximo: nas situações em que o agente praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima (al. a); ou difunda através da Internet ou de outros meios de difusão pública generalizada, dados pessoais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada de uma das vítimas sem o seu consentimento (al. b).

O n.º 3 do art.º 152.º do CP prevê duas espécies de agravação da pena em função do resultado: agravação pelo resultado ofensa à integridade física grave (em que o

1 Este artigo assenta, com alterações, numa parte do nosso estudo *O lugar da criança exposta à violência interparental: dúvidas e perspetivas em torno do preenchimento do tipo legal de crime de violência doméstica*, in “Estudos em Homenagem ao professor Doutor Augusto de Silva Dias”, 2021, no prelo.

2 Para uma síntese da evolução histórica, ver o nosso, *Subsídios para a compreensão do crime de violência doméstica – em especial alguns afloramentos em torno dos problemas de concurso*, in: AA.VV., “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva” (coord: José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz de Sequeira, Pedro Garcia Marques), Vol. III, Lisboa: Universidade Católica, 2020, pp. 1599-1621.

agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos), e agravação pelo resultado morte (em que o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos).

Os n.ºs 4, 5 e 6 do art.º 152.º do CP contemplam a possibilidade de serem aplicadas ao agente as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima (que deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância), de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica, a pena acessória de proibição de contacto com a vítima, bem como de inibição do exercício das responsabilidades parentais, da tutela ou da curatela por um período de um a dez anos, atendendo à concreta gravidade do facto e à sua conexão com a função exercida pelo agente.

A literatura tem dado conta, de forma consensual, das consequências que a exposição da criança à violência familiar acarreta ou pode acarretar para o seu bem-estar e para a sua saúde em sentido amplo, nomeadamente para o seu desenvolvimento. No âmbito deste trabalho pretendemos refletir sobre o enquadramento jurídico-penal dos atos de maus tratos praticados sobre as pessoas constantes das al. a, b) ou c) do n.º 1, do art.º 152.º, do CP quando estes são “presenciados” por criança(s) que coabitem e que nessa medida estão expostas (direta ou indiretamente) à violência doméstica interpaparental. Em síntese, pretende-se indagar, dando-se conta do entendimento doutrinário e jurisprudencial, se a criança exposta à violência doméstica praticada diretamente sobre outra vítima (por exemplo o(a) progenitor(a)) deve ser considerada uma vítima autónoma no âmbito do art.º 152.º, do CP, al. d) e n.º 2) no contexto de um concurso de crimes de violência doméstica.

2. O tipo legal de violência doméstica: enquadramento

Antes de nos dedicarmos especificamente à(s) questão(ões) relacionadas com a exposição da criança à violência intrafamiliar importa tecer alguns apontamentos em torno do bem jurídico tutelado pelo art.º 152.º do CP e da amplitude dos comportamentos puníveis, de forma a melhor compreendermos os comportamentos subsumíveis ao tipo legal e de que forma devem os mesmos ser puníveis, nomeadamente quando em causa está uma criança que “assiste” à violência interpaparental.

Relativamente ao bem jurídico protegido pelo art.º 152.º, do CP, cumpre acentuar que encontra-se definitivamente afastada a ideia de que os bens jurídicos protegidos pelo art.º 152.º se encontram ligados “à tutela da comunidade familiar ou conjugal”³. Com efeito, tem sido entendido que o bem jurídico diz respeito diretamente à pessoa do ofendido, muito embora ocorra no contexto de relações de proximidade afetiva/intimidade ou de coabitação.

3 Cf. Carvalho, Américo Taipa de Carvalho, *Comentário ao Art.º 152.º*, in DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.), “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial”, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 511/512.

Como tendo sido largamente sublinhado, na doutrina e na jurisprudência, o bem jurídico protegido pelo art.º 152.º do CP é um bem jurídico complexo, referente à saúde – física, psíquica e mental – do indivíduo. Está aqui em causa “a proteção de um estado de pleno bem-estar físico e mental”⁴. Ou seja, não está em causa a proteção isolada, por exemplo, da integridade física ou da liberdade sexual “mas antes uma dimensão complexa e de certa forma antecipatória destas vertentes pessoais: a saúde”⁵.

Concordamos, por isso, com aqueles que consideram este um crime de perigo abstrato⁶ e não um crime de dano, devendo analisar-se os maus tratos na perspetiva de “ameaça de prejuízo sério e frequentemente irreversível (...) para a paz e o bem-estar espirituais da vítima”⁷.

Um último apontamento de enquadramento é ainda devido para dar conta dos comportamentos suscetíveis de enquadrar o conceito de maus tratos. Com efeito, estamos perante um tipo legal com um conteúdo “amplo”, que pode integrar diferentes condutas e diferentes intensidades. Como salienta de forma elucidativa Nuno Brandão, podem estar em causa “actos que pelo seu carácter violento sejam, por si só ou quando conjugados com outros, idóneos a reflectir-se negativamente sobre a saúde física ou psíquica da vítima”, sendo ainda necessária a avaliação da “respectiva situação ambiente e da imagem global do facto” para se decidir do preenchimento do tipo⁸, bem como casos de microviolência continuada. Importa, pois, sublinhar que a análise de fenómenos subsumíveis ao crime de violência doméstica convoca dificuldades relacionadas, desde logo, com a delimitação do tipo de violência doméstica e com o concurso de normas e de crimes. Com efeito, a arquitetura do art.º 152.º do CP ao consagrar a natureza subsidiária da incriminação tem gerado dúvidas de interpretação e de aplicação prática e, se não for corretamente entendida, afigura-se uma contradição axiológica que o legislador tem de enfrentar⁹.

3. A criança exposta à violência doméstica intrafamiliar – uma vítima autónoma?

Nos últimos anos o “envolvimento” das crianças nos contextos de violência doméstica tem assumido visibilidade pública e científica, muito embora se verifique “uma

4 Brandão, Nuno, *A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica*, “Julgar”, n.º 12, 2010, p. 16.

5 Leite, Inês Ferreira Leite, *Ne (Idem) Bis in Idem, Proibição de Dupla Punição e de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público*, Vol. II, Lisboa: AAFDL, 2016, p. 341.

6 Assim, por exemplo, Brandão, Nuno, *op. cit.*, pp. 17 e ss.

7 *Idem*, p. 18.

8 *Idem*, p. 19.

9 Para maiores desenvolvimentos ver o nosso, *Subsídios para a compreensão do crime de violência doméstica – em especial alguns afloramentos em torno dos problemas de concurso*, *op. cit.*, pp. 1611 e ss.

heterogeneidade conceitual e epistemológica¹⁰, principalmente a partir das áreas do direito, da psicologia e da sociologia que, trazendo para a análise contributos diferenciados, continuam (...) a colocar como central o enfoque nas mulheres, silenciando e subalternizando, entre outros coletivos, as crianças¹¹. Com efeito, esta é uma matéria em que a perspetiva jurídico-penal, não está em perfeita sintonia (pelo menos de forma clara) com a de outras áreas do saber, nomeadamente da psicologia e da sociologia.

Com efeito, a literatura tem sublinhado que as crianças que são expostas a cenas crónicas de violência entre os pais revelam perturbações muito semelhantes àquelas que foram vítimas de abuso¹². Como assinala Ana Isabel Sani, a exposição à violência conjugal pode ser encarada como uma forma de abuso psicológico, entendido como “um ataque concreto por um adulto ao desenvolvimento do «self» e competência social da criança, uma amostra de um comportamento fisicamente destrutivo”¹³. Como apontam Ana Isabel Sani e Diana Cardoso “[a] exposição da criança à violência interparental constitui uma das mais flagrantes formas de vitimação infantil, se consideramos a extensão de casos de violência doméstica anualmente reportados e o reconhecimento (...) da presença de menores aquando dos conflitos violentos. Estas crianças são frequentemente caracterizadas como vítimas «escondidas», «esquecidas», «desconhecidas» ou «silenciosas», isto porque há tendência a focalizar-se o problema da violência no casal, sem se considerar as implicações sérias que a vivência num ambiente familiar violento tem no ajustamento da criança”¹⁴. Numa palavra, “[e]mbora a criança possa não ser o alvo direto da violência perpetrada no seu contexto doméstico, o facto de observar os conflitos entre os pais, duas figuras importantes de vinculação e num contexto essencial para o seu desenvolvimento, faz desta também uma vítima”¹⁵. Como sublinha Mauro Paulino, “[f]alamos em crianças expostas à violência interparental porque existe uma panóplia de situações a que a criança está sujeita, nomeadamente tais como observar diretamente o abuso, estar num canto a ouvir, estar no seu quarto a tentar dormir e ouvir o som dos corpos em conflitos, ver as marcas da violência, no dia seguinte e experienciar um ambiente estranho no relacionamento com os pais. Portanto, a exposição à violência interparental consubstancia uma forma de mau trato psicológico, visto que aterroriza a criança, por exemplo, quando cria um clima de medo, a oprime, força a criança a viver

10 De resto, os termos vítimas “diretas e indiretas”, “criança testemunha de violência doméstica” (no sentido de criança “exposta” ao fenómeno) têm sido frequentemente utilizados, nomeadamente pela literatura jurídica, mas não são isentos de crítica por exemplo pela psicologia e pela sociologia.

11 TOMÁS, Catarina, FERNANDES, Natália, SANI, Ana Isabel, MARTINS, Paula Cristina, *A (in)visibilidade das crianças na violência doméstica em Portugal*, “Ser Social, Educação e Lutas Sociais no Brasil”, vol. 20, n.º 43, jul-dez 2018, p. 390, disponível em https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/18867/17584.

12 Assim, cf. ALARCÃO, Madalena, *(des)Equilíbrios Familiares*, Coimbra: Quarteto, 2000, p.301.

13 Cf. SANI, Ana Isabel, *Crianças expostas à violência interparental*, in “Violência e Vítimas de Crimes”, Vol. 2 – Crianças, Coimbra Quarteto, 2002, p. 98.

14 CARDOSO, Diana e SANI, Ana Isabel, *A exposição da criança à violência interparental: uma violência que não é crime*, “Revista Julgar online”, 2013, pp. 2-3.

15 *Idem*, p. 3.

em ambientes hostis e perigosos e expõe a criança a modelos negativos e limitados que enformam comportamentos violentos”¹⁶.

Além disso, de acordo com as estatísticas oficiais, uma percentagem muito elevada dos casos de violência em contexto familiar é “testemunhada” por menores¹⁷, existindo uma “*décalage*”¹⁸ entre as situações que envolvem crianças ou jovens em casos de violência doméstica sinalizadas às CPCJ e as participações, por exemplo, aos órgãos de polícia criminal¹⁹.

Neste cenário, o quadro jurídico-penal não é isento de dúvida. Desde logo, o próprio elemento literal do art.º 152.º, n.º1 e n.º 2, do CP deixa dúvidas de interpretação quanto à posição da criança no crime de violência doméstica, originando questões em torno da (in)existência de um concurso de crimes. Além disso, o art.º 2.º da Lei 112/2009, de 16 de setembro, define “vítima” como “a pessoa singular que sofreu um dano, *nomeadamente* um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou uma perda material, *diretamente* causada por ação ou omissão, no âmbito do crime de violência doméstica previsto no artigo 152.º do Código Penal” (destacado nosso), levando a que se questione a *ratio legis* da terminologia “dano diretamente causado”²⁰.

Nesta medida, apesar da letra da lei permitir uma interpretação em conformidade com as considerações que acima tecemos, o certo é que se afigura aconselhável uma

16 Cf. PAULINO, Mauro, *Violência doméstica: impacto na estabilidade emocional das crianças acolhidas conjuntamente com familiar(es) em casa de abrigo*, in Centro de Estudos Judiciários, “Prevenir ou Promover – uma solução para cada criança”, 2019, , ebook, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_PrevenirPromover2019.pdf, p. 81.

17 Assim, por exemplo, de acordo com o Relatório de avaliação da atividade das CPCJ, no ano de 2019, 22,14% das principais categorias de perigo estão relacionadas com a violência doméstica – Relatório disponível em <https://www.cnpdpj.gov.pt/documents/10182/16406/Relat%C3%B3rio+Anual+de+avalia%C3%A7%C3%A3o+da+atividade+das+CPCJ+do+ano+de+2019/e168c7fb-ddc8-4524-ba20-9511d8a5ae27>.

18 Cf. LEAL, Ana Teresa, *Crianças expostas à violência familiar: vítimas (in)diretas do Crime de Violência Doméstica*, “Revista do CEJ”, 2020-I, p. 150.

19 No último Relatório Anual de Segurança Interna (IASI) referente ao ano de 2020 (disponível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAABAAzNDQ1NAUABR26oAUAAAA%3d>) dá conta que 14,3% das vítimas têm menos de 16 anos (5.216 casos) e 11,6% tem entre 16 e 24 anos (4.230 casos). Dá-se aí igualmente conta que em 15,6% dos casos, a vítima é filho/a ou enteado/a – 5.282 casos. Refira-se que neste Relatório se dá conta que apesar de a violência doméstica ter registado uma diminuição do número de participações, tendo sido registado, no entanto, um aumento na tipologia de violência doméstica contra menores (p. 70). O último Relatório Anual de Monitoração da Violência Doméstica referente ao ano de 2019 (disponível em https://www.sg.mai.gov.pt/Documents/vd/RelVD_2019.pdf) dá conta de que cerca de 7% das vítimas eram descendentes do/a denunciado/a e que, quanto ao local do crime e à figura da criança, 76,4% dos factos ocorreram na residência particular e em 31,5% dos casos, os factos foram cometidos na presença de menores.

20 No mesmo sentido, cfr. art.º 67.º-A, n.º1, al. a), do CPP. Além disso, o n.º 3 deste artigo considera as vítimas de criminalidade violenta (onde se inclui o crime de violência doméstica – art.º 1.º, al. f) – e de criminalidade especialmente violenta como vítimas especialmente vulneráveis (cfr. Art.º 67.º, n.º 1, b), do CPP).

alteração legislativa²¹ que de forma clara cubra este pedaço da vida associado “diretamente” à criança²².

Na verdade, o teor da alínea a), do n.º 2, do art.º 152.º, do CP, não é claro. Estamos, no entanto, com aqueles que entendem que é possível, em abstrato, colher da norma quer a leitura da não consagração da criança como vítima autónoma, mas apenas como fator agravante do tipo legal de crime, quer a leitura, que preferimos, que permita a existência de um concurso de crimes de violência doméstica agravados (ou seja, o agente praticaria, por exemplo, dois crimes de violência doméstica agravados)²³.

A jurisprudência maioritária²⁴ não tem considerado a criança enquanto vítima do crime de violência doméstica, nas situações em que esta presencia ou vivencia os atos praticados sobre o progenitor.

Neste sentido importa dar conta que no 11.º Relatório Final da Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica recomenda-se, nomeadamente à Assembleia da República e ao Governo, “... que seja ponderada a necessidade e oportunidade de clarificação do texto do artigo 152.º do CP, para que afirme expressamente que o menor de idade que é constrangido a presenciar maus tratos cometidos contra uma das pessoas referidas nas alíneas do n.º 1 é ele próprio vítima do crime de violência doméstica”, atendendo a que frequentemente, na prática judiciária, “quando

21 Ver os Projetos de Lei n.ºs 1147/XIII/4.º (PSD), 1148/XIII/4.º (PSD), 1149/XIII/4.º (PSD); 1150/XIII/4.º (PSD), 1151/XIII/4.º (PSD), 1178/XIII/4.º (CDS PP), 1152/XIII/4.º (PCP), 1155/XIII/4.º (PS); 1165/XIII/4.º (CDS-PP) e 1166/XIII/4.º (CDS-PP), bem como os respetivos pareceres. Ver também a Diretiva n.º 5/2019, de 15 de novembro, da Senhora Procuradora-Geral da República, que visa dotar os magistrados do Ministério Público de orientações de atuação uniforme na área da Violência doméstica e a estratégia de articulação refletida na atuação funcional com a criação das denominadas Secções Especializadas Integradas de Violência Doméstica (SEIVD).

22 Ver LEAL, Ana Teresa, *op. cit.*, p. 160 e, por exemplo, SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial, Os crimes contra as pessoas, Crimes contra a vida, Crimes contra a vida intra-uterina, Crimes contra a integridade física*, 4.ª Edição, Lisboa: Quid Juris, 2017, pp. 311 e 312.

23 Assim, por exemplo, MORAIS, Teresa, *Violência Doméstica, o Reconhecimento jurídico da vítima*, 2019, Coimbra, Almedina, pág. 74 e Cf. Leal, Ana Teresa, *op. cit.*, p. 171.

24 Na jurisprudência, a título de exemplo, vejam-se os acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 08/05/2019 (processo 302/16.4GAMGL.C1), de Lisboa de 05/11/2019 (processo 3798/17.3PYLSB.L1-5) e de 19-3-2019, de Évora de 11/07/2019 (processo 627/17.1GDSTB.E1), todos acessíveis em www.dgsi.pt. Nos factos provados constantes destas decisões há referências expressas à existência de crianças no contexto de violência, sendo imputada ao agressor a prática de um crime de violência doméstica. Neste sentido importa dar conta que no 11.º Relatório Final da Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica, Dossiê n.º 6/2018-MM, aprovado em 18 de novembro de 2020, disponível em <https://earhvd.sg.mai.gov.pt/Noticias/Pages/Dossier-6-2018-MM.aspx> se concluiu que “(...) [a] criança presenciou agressões de que a sua mãe e particularmente a sua avó foram vítimas, incluindo as que acabaram no homicídio, viu objetos e equipamentos que utilizava serem destruídos por B [agressor] e foi alvo de ameaças graves por parte deste. Não só não foram avaliadas as consequências psicológicas destes comportamentos, de que foi vítima, como não lhes foi dada a devida relevância criminal”, p. 25. Concluiu-se igualmente (pp. 25 e 26) que “[e]stes são comportamentos que consubstanciam maus tratos, cometidos contra ela por B (nomeadamente sucessivos, intensos e graves maus tratos psicológicos sempre que era obrigada a presenciar as agressões de que a mãe e a avó eram vítimas) e que integram a prática do crime de violência doméstica, nos termos do artigo 152.º, n.os 1 d) e 2 do CP. Contudo, assim não foi considerado nos procedimentos criminais que se foram sucedendo”.

os maus tratos são praticados na presença de menor de idade, em particular nas situações descritas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo 152.º do CP, prevalece o entendimento de que se aplica tão só a agravante prevista no n.º 2 a) do mesmo artigo”²⁵.

Conclusão

A literatura tem dado conta, de forma consensual, das consequências que a exposição da criança à violência familiar acarreta ou pode acarretar para o seu bem-estar e para a sua saúde em sentido amplo, nomeadamente para o seu desenvolvimento.

Neste sentido, deve o tipo legal constante do artigo 152.º, do CP, enquanto crime de perigo abstrato, que tutela a saúde, ser lido de forma a acomodar a interpretação de que os maus tratos praticados na presença de criança podem constituir um mau trato psicológico de que esta é vítima e, portanto, configurar a prática de um crime autónomo de violência doméstica.

Neste sentido, deve ser equacionada a existência de um concurso efetivo de crimes de violência doméstica: um em que é vítima o progenitor, agravado pela circunstância de os factos terem sido cometidos na presença da criança (art.º 152.º, n.º 1, al. a), b) ou c) e n.º 2, al. a) e outro em que a vítima é a criança que presencia/vivencia os maus tratos agravado nos termos do art.º 152.º, n.º 1, al. d) e n.º 2, al. a), do CP.

Concorda-se, pois, com o entendimento de que, face a uma jurisprudência maioritária que acaba por desconsiderar a criança como vítima autónoma neste contexto, apoiada na confusa arquitetura legal do art.º 152.º, do CP, se proceda a uma revisão deste normativo legal. Assim não haverá espaço para uma *praxis* que não equacione a possibilidade de um concurso de crimes que abranja a criança vítima.

25 Cf. *idem*, pp. 26/27.

A legitimidade democrática da Justiça constitucional

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.22>

Maria Hylma Alcaraz Salgado

Professora interina de Direito Constitucional da
Universidade de Vigo, Espanha

1. Introdução

Os Estados que integram a Comunidade Lusófona instituem diferentes modelos de Justiça Constitucional. Independentemente da adoção de um sistema difuso ou concentrado de controle da constitucionalidade das leis, o certo é que todas as Cortes Constitucionais têm atribuída a difícil tarefa de exercer o controle da constitucionalidade das leis.

O controle da constitucionalidade das leis tem como efeito declarar a congruência ou a incompatibilidade de um texto legal com as disposições da Constituição. A Corte Constitucional ao pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de uma lei declara sua nulidade, atuando como legislador negativo¹. A atuação dos Tribunais Constitucionais, neste sentido, é alvo de críticas; em especial, questiona-se a legitimidade das referidas Cortes para decidir sobre a validade ou invalidade de uma lei, uma vez que a missão dos órgãos jurisdicionais não é legislar, mas aplicar o Direito emanado das diversas fontes democraticamente instituídas.

A discussão sobre a legitimidade democrática da Justiça Constitucional não é uma novidade, mas uma questão permanentemente aberta às reflexões das teorias políticas e jurídicas. Pode-se dizer que é uma questão aporética, e como tal, permite uma ampliação cognoscitiva do problema, o que justifica sua relevância.

1 KELSEN, H. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. [Em linha]. (2011) nº 15 [consultado em 2020-03-15], pp. 249-300. Disponível na World Wide Web: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj-25D6U_xAhXOy4UKHYZCC0YQFjABegQICxAD&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F3764308.pdf&usg=AOvVaw2WZE7ejWqZo7vZdrG5Db00.

2. A legitimidade democrática da justiça constitucional

2.1. Breve referência à evolução do controle de constitucionalidade das leis

A debatida questão sobre a legitimidade democrática da justiça constitucional está vinculada à evolução do sistema de controle da constitucionalidade das leis. Com a consagração do princípio de supremacia da Constituição foi necessário introduzir um sistema de garantias para resguardar seus mandados, como também determinar que órgão deveria responsabilizar-se de controlar sua aplicação. A separação de poderes foi a fórmula estabelecida para garantir a supremacia da Constituição. Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 16, já preconizava: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. No alvorecer do constitucionalismo, Sieyès defendeu a ideia de incorporar garantias judiciais para resguardar a supremacia da Constituição, mediante a organização de um tribunal constitucional. Em território americano, Alexander Hamilton, no mesmo sentido, propôs outorgar aos juízes a tarefa de interpretar a Constituição e manter sua supremacia². Entretanto, estas ideias não foram recebidas com entusiasmo, ao contrário, deram início a uma polarização entre os defensores de uma justiça constitucional e os objetores do controle judicial da Constituição.

Nos Estados Unidos de América a tensão política produzida pelo sistema de freios e contrapesos dos três poderes constituídos permitiu que a Corte Suprema americana consolidasse a sua posição como guardiã da Constituição por intermédio da sentença proferida em 1803 pelo juiz John Marshall no famoso caso *Madison versus Marbury*. Mas, no continente europeu o reconhecimento da potestade judicial no controle constitucional só ocorreu no século seguinte. Apesar das vozes contrárias, a ideia defendida por Kelsen³ de criar um tribunal especializado para resguardar a supremacia da Constituição acabou prosperando na Europa. Estes dois caminhos foram determinantes para estabelecer os principais modelos de justiça constitucional que conhecemos na atualidade: o modelo difuso, fruto da experiência americana, e o modelo concentrado, desenvolvido pelos europeus.

2.2. A problemática questão da legitimidade da justiça constitucional

O controle sobre a adequação das leis aos preceitos constitucionais realizado por um tribunal constitui o cerne da questão relativa à legitimidade democrática da

2 TARCK, Christian. *La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático*. [Em linha]. (2003) nº 7 [consultado em 2021-04-19], pp. 479-493. Disponível na World Wide Web: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjF-8mclZ_xAhVNOhoKHcEID2oQFjAEegQICxAE&url=https%3A%2F%2Fwww.cijc.org%2Fes%2Fconferencias%2F2014-SantoDomingo%2FDocumentos%2520CIJC%2FConferencia%2520de%2520la%2520Presidenta%2520del%2520Tribunal%2520Constitucional%2520de%2520Chile.pdf&usg=AOvVaw24GgBVK2Vsn9UCTOeRzlyO.

3 KELSEN, H. Obra citada.

justiça constitucional. Por um lado, estão os defensores da justiça constitucional que propugnam o necessário controle sobre a aplicação dos mandados constitucionais por um órgão independente, com o fim de garantir a supremacia da Constituição. De outro, estão os que se opõem ao controle jurisdicional da Constituição alegando a carência de legitimidade democrática dos juízes para invalidar leis aprovadas por um Parlamento.

A legitimidade democrática, dentro do discurso político contemporâneo, está associada ao reconhecimento da validade das instituições política e jurídicas, fruto da participação da cidadania na criação das leis e na gestão dos interesses coletivos mediante um sistema representativo que encontra seu fundamento no sufrágio universal. Deste modo, a democracia é concebida como representação popular ou participação cidadã na tomada de decisões fundamentais que se realiza por intermédio do voto. Esta representação que se origina na vontade popular é a razão de ser da legitimidade das instituições democráticas. Neste sentido, a regra da maioria é uma importante medida para expressar um certo consenso social.

No entanto, o princípio democrático não se manifesta por igual entre os poderes constituídos. A regra da maioria, exigência para a legitimação do governo e dos atos do Parlamento, não está presente na esfera judicial, porque os tribunais não contam com a representação popular em sua composição e, tão pouco, em seus procedimentos decisórios. Por esta razão, os objetores da justiça constitucional consideram que os tribunais não possuem legitimidade democrática para anular as leis aprovadas por assembleias eleitas pelo povo⁴. Esta posição contramaioritária dos tribunais produz um déficit democrático⁵, que constitui o principal alvo das críticas sobre a legitimidade do modelo de controle de constitucionalidade das leis.

2.3. Argumentos em defesa da legitimidade da justiça constitucional

As teses que negam existir uma tensão entre a justiça constitucional e a democracia se fundamentam em distintos argumentos. Fazendo uso do mapeamento feito por Víctor Ferreres Comella⁶ de referidos argumentos é possível agrupá-los em três principais orientações: a) as teses que pretendem dissolver esta tensão mediante a consolidação de uma concepção substantiva da democracia; b) as teorias que defendem o maior grau de legitimidade popular da Constituição frente às menores credenciais democráticas das leis; c) as teses que advogam pelas vantagens instrumentais do processo judicial no controle da constitucionalidade das leis.

A democracia substantiva é uma proposta conceitual que pretende ampliar a noção desenvolvida pela denominada “democracia procedimental”, entendida, esta

4 FERRERES COMELLA, Víctor (Dir.). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. 1ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 139. ISBN 978-84-9768-845-1.

5 Idem, *Ibidem*, p. 140.

6 Idem, pp. 141-148.

última, como método para obtenção de consenso mediante a regra da maioria. A concepção substantiva alega que a democracia não reside somente no procedimento eleitoral e decisório; exige, também, a observância de certos valores sociais, a construção de uma ordem política e social justa, a garantia dos direitos fundamentais e o desenvolvimento de uma concepção compartilhada do bem comum⁷. Os defensores da concepção substantiva da democracia⁸ consideram que o controle da constitucionalidade das leis está plenamente justificado porque a adequada aplicação das leis dentro dos parâmetros constitucionais é uma garantia da própria democracia. Quando os juízes anulam leis contrárias aos preceitos da Constituição estão protegendo direitos e resguardando os valores da comunidade, o que lhes confere um importante papel para a consolidação dos princípios democráticos.

O segundo bloco teórico apoia seus argumentos no princípio de supremacia da Constituição. Neste sentido, o controle da constitucionalidade das leis realizado pelos tribunais é necessário para preservar os princípios estabelecidos pelo povo nos momentos extraordinários de deliberação democrática (os momentos constitucionais), diante da erosão que podem sofrer pelas ações de seus representantes no curso da política ordinária⁹. Deste modo, os mandados constitucionais devem ser respeitados pelo legislador ordinário para preservar a autêntica vontade democrática. E, quando os legisladores não observam os preceitos constitucionais, é preciso contar com uma via institucional que proteja os valores democráticos resguardados pela Constituição. Neste contexto, o controle de constitucionalidade das leis se configura como instrumento legítimo para a proteção dos cidadãos diante de decisões políticas que possam afetar a ordem constitucional estabelecida.

A terceira orientação teórica considera a importância que assume o processo judicial na proteção dos direitos e dos interesses individuais, nem sempre representados pela regra da maioria. Dentro desta vertente, Víctor Ferreres Comella ressalta a tese desenvolvida por Lawrence Sager¹⁰, para quem a democracia deve ser considerada a partir de duas óticas distintas: a perspectiva eleitoral, na qual os cidadãos participam na escolha de seus representantes em igualdade de condições por meio do voto, e a dimensão deliberativa que se manifesta por intermédio das decisões tomadas pelas autoridades, as quais devem privilegiar os direitos e interesses dos indivíduos. Considerando estas perspectivas, a dimensão eleitoral da democracia tem sua melhor expressão na atividade legislativa, enquanto que a democracia deliberativa se desenvolve por meio dos tribunais.

7 QUIROGA, Hugo. *¿Democracia procedimental o democracia sustantiva? La opción por un modelo de integración*. [Em linha]. (2000) nº 3, vol. VI. [Consultado em 2021-05-09], pp. 361-374. Disponível na World Wide Web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5848857>.

8 A concepção substantiva da democracia se desenvolve por intermédio de várias correntes teóricas que buscam assegurar os valores e os direitos fundamentais dos membros de uma sociedade como conteúdos essenciais do ideal democrático. Em virtude da amplitude de seu objeto de estudo, esta teoria consta com inúmeros representantes, tanto clássicos quanto contemporâneos.

9 FERRERES COMELLA, Víctor. Obra citada, p. 145.

10 *Apud* Ferreres Comella, Víctor. Obra citada, pp. 146-148.

Os argumentos em defesa do controle de constitucionalidade das leis, anteriormente apresentados, têm em comum os seguintes aspectos: a necessidade de redefinir a democracia e a ampliação das vias de legitimação democrática das instituições. Em sua significação mais extensa, a democracia é entendida formalmente, ou seja, como um procedimento que permite à cidadania expressar a vontade popular pelo voto. Esta via de legitimação direta, resultante do exercício eleitoral, é a que está arraigada como modelo democrático. Neste sentido, a fonte de legitimidade das instituições criadas para proteger os valores democráticos são indiretas, como ocorre com os tribunais. Entretanto, os conceitos de democracia e legitimidade não são unívocos, o que permite localizar em seus núcleos significativos elementos intrínsecos a referidos fenômenos políticos que se referem a outras dimensões não procedimentais. Por esta razão, a harmonização dos conceitos de democracia procedimental e democracia substantiva e a compreensão das diferentes formas de legitimação dos poderes constituídos são possíveis soluções para equilibrar o acusado déficit democrático da justiça constitucional.

3. O controle da constitucionalidade das leis

Os sistemas desenvolvidos para controlar a adequação das leis aos comandos constitucionais respondem à evolução do Estado de Direito. A implantação do modelo de Estado liberal se fundamenta no princípio da legalidade, cujo núcleo ontológico contem os elementos que plasmam os ideais democráticos. Na tradição jurídica, a lei é a única fonte legítima para reconhecer direitos e impor limites à atuação dos atores políticos e sociais, por ser a máxima expressão da vontade popular. Entretanto, a transformação do Estado de Direito em Estado *constitucional* de Direito modifica o *status* da Constituição, que deixa de ser um documento político para adquirir valor de norma jurídica, com as seguintes consequências: a) a Constituição passa a ser o parâmetro e a fonte de validade da lei e do resto do Ordenamento Jurídico; b) faz-se necessário criar mecanismos para garantir a supremacia da Constituição, capazes de neutralizar as normas contrárias aos seus mandados¹¹.

A consagração do princípio de supremacia da Constituição e o reconhecimento de seu valor normativo conforma um novo *eido*, que incide (entre outras) sobre a função judicial. A atividade judicial, que no Estado liberal se limita a dizer o Direito criado pelo Legislativo, incorpora agora a tarefa de aplicar leis válidas, isto é, compatíveis com os preceitos constitucionais. O exame da compatibilidade da lei com a Constituição feito pelos juízes no momento da aplicação da lei ao caso concreto, além de sua função garantista, consolida a posição institucional do Judiciário, a quem compete atualizar o pré-compromisso constitucional mesmo tendo que neutralizar decisões de outros poderes públicos ou privados.¹² Essa nova realidade conduz ao questionamento sobre a legitimidade democrática das decisões judiciais que anulam os atos

11 LOPERA MESA, Gloria Patricia. *La problemática legitimidad de la justicia constitucional*. "Anuario Iberoamericano de justicia constitucional". [Em linha]. (2001) n° 5 [Consultado em 2021-04-25], pp. 227-256. Disponível na World Wide Web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1976017>.

12 Idem, *Ibidem*, p. 247.

legislativos, ainda que tais decisões estejam fundadas na necessária manutenção da supremacia da Constituição.

É certo que os juízes encarregados de exercer o controle da constitucionalidade das leis não ostentam a legitimidade originária, porque não são eleitos pelo voto popular e suas decisões não resultam de deliberações públicas. Entretanto, as normas que orientam o desenvolvimento do processo judicial exigem que os juízes sejam imparciais e independentes, que motivem suas decisões e que observem o princípio do contraditório, o que lhes confere uma legitimidade derivada do exercício processual, cujas pautas estão contidas nos preceitos constitucionais e nas leis vigentes. O exercício da justiça constitucional está, portanto, sujeito à limites.

A função primordial da justiça constitucional é preservar a integridade da Constituição mediante a fixação de critérios objetivos para a compreensão do sentido e alcance de suas disposições. Como afirma Christian Stark, o poder particular de um Tribunal Constitucional reside em sua prerrogativa de interpretação¹³.

4. Considerações finais

A supremacia da Constituição, como referência para a construção da racionalidade jurídica contemporânea, exigiu a criação de instrumentos para garantir a efetividade de seus comandos. Essa missão foi atribuída à justiça constitucional.

A principal função da justiça constitucional reside em submeter a validade das leis aos parâmetros da Constituição, com a possibilidade de anular os textos legais incompatíveis com os mandados constitucionais. O controle da constitucionalidade das leis é, neste sentido, um exercício hermenêutico. A tarefa encomendada aos juízes constitucionais não é legislar, mas atuar como máximo intérprete da Constituição. Entretanto, o poder conferido à justiça constitucional de invalidar atos do Parlamento reabre a discussão teórica sobre a legitimidade democrática dos órgãos de controle da constitucionalidade das leis.

A tensão produzida pela polarização entre defensores e opositores da justiça constitucional pode ser minimizada por meio de uma redefinição da democracia e das vias de legitimação do poder que se ajustem aos modelos atuais de Estado constitucional. Em outras palavras, a solução para justificar a legitimidade das decisões que invalidam as leis do Parlamento pode estar em um modelo de democracia que não esteja centrado somente nos conceitos de eleição e participação popular.

13 STARK, Christian. Obra citada, p. 490.

FERRERES COMELLA, Víctor (Dir.). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. 1ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2011. ISBN 978-84-9768-845-1.

KELSEN, H. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. [Em linha]. (2011) nº 15 [consultado em 2020-03-15], pp. 249-300. Disponível na World Wide Web: <file:///C:/Users/USER/Documents/Dialnet-LaGarantiaJurisdiccionalDeLaConstitucionLaJusticia-3764308.pdf>

LOPERA MESA, Gloria Patricia. *La problemática legitimidad de la justicia constitucional*. "Anuario Iberoamericano de justicia constitucional". [Em linha]. (2001) nº 5 [Consultado em 2021-04-25], pp. 227-256. Disponível na World Wide Web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1976017>

QUIROGA, Hugo. *¿Democracia procedimental o democracia sustantiva? La opción por un modelo de integración*. [Em linha]. (2000) nº 3, vol. VI. [Consultado em 2021-05-09], pp. 361-374. Disponível na World Wide Web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5848857>

STARCK, Christian. *La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático*. [Em linha]. (2003) nº 7 [consultado em 2021-04-19], pp. 479-493. Disponível na World Wide Web: <file:///C:/Users/USER/Documents/Dialnet-LaLegitimacionDeLaJusticiaConstitucionalYElPrincip-761519.pdf>.

A exigência de uma abordagem interdisciplinar no crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência praticado contra indivíduos com deficiência intelectual

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.23>

Maria João Lourenço

Doutoranda em Ciências Jurídicas na Escola de Direito da
Universidade do Minho
Assistente Convidada da Escola de Direito da
Universidade do Minho

1. Notas introdutórias

Está no dia de hoje a terminar a Presidência Portuguesa do Conselho da União Europeia no 1.º semestre de 2021. De entre as prioridades e linhas de ação que a nortearam, destacou-se uma preocupação com a necessidade (diríamos premente) de prevenção e proteção dos cidadãos e dos seus direitos, liberdades e garantias e, em especial, das maiores necessidades e dificuldades na defesa dos direitos e acesso à justiça pelos adultos vulneráveis¹. Dando seguimento a esse ensejo, realizou-se no dia 30 de março de 2021 a Conferência de Alto Nível subordinada ao tema “A Proteção de Adultos Vulneráveis na Europa – o Caminho a Seguir”². Investigadores e agentes políticos fizeram notar que já foi percorrido um importante caminho, mas reconheceram que os resultados alcançados não são satisfatórios porque não se mostra alcançada, a nível igualitário, a proteção dos direitos das pessoas vulneráveis, que continuam a deparar-se com sérios obstáculos no acesso à justiça.

Porque excederia os limites da nossa contribuição uma análise do longo caminho já percorrido e daquele que haverá ainda a percorrer³, decidimos cingir a nossa reflexão a um tipo particular de situações que nos parece bem evidenciar as dificuldades sentidas. Referimo-nos às situações de abuso sexual de pessoa portadora de transtorno

1 Vd. Portugal - *Programa da Presidência Portuguesa do Conselho da União Europeia*, disponível em <https://infoeuropa.eu/rocid/000085448> [31.03.2021].

2 A conferência pode ser visualizada no seguinte endereço <https://www.youtube.com/watch?v=v9zD1vLRt90&t=9s>.

3 Para uma compreensão do trabalho desenvolvido pela UE sobre a temática, pode ler-se FRA – *Fundamental Rights Report 2020*, disponível em <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/fundamental-rights-report-2020>.

do desenvolvimento intelectual (*vulgo* deficiência intelectual)⁴. Começando por analisar a especial vulnerabilidade destas vítimas, procuraremos explicar os obstáculos com os quais estas se deparam no acesso à justiça e as dificuldades inerentes ao respetivo processo judicial. Terminaremos apontando algumas medidas que nos parecem adequadas a seguir no caminho que ainda se mostra longo e que aos nossos olhos terá que ser percorrido por uma calçada interdisciplinar.

2. A especial vulnerabilidade das pessoas portadoras de deficiência intelectual e as suas dificuldades no acesso à justiça

De acordo com o relatório elaborado pela Associação Portuguesa de Apoio à Vítima tendo por referência o ano de 2019, foram abertos no sistema judicial seis processos-crime por abuso sexual de pessoa incapaz, representando 0,02% da totalidade dos crimes registados⁵. Estima-se, contudo, que apenas 3% dos casos de abuso sexual contra pessoas portadoras de deficiência intelectual seja reportado⁶ e que a prevalência deste crime relativamente a estas vítimas seja de quatro a dez vezes superior à da população em geral⁷. Estes números não têm, contudo, reflexo nas estatísticas oficiais ou na literatura que parecem permanecer à margem da realidade.

Apesar de em reduzido número, alguns dos estudos desenvolvidos sobre a temática procuraram aferir os motivos pelos quais apenas um número tão reduzido de casos de abuso sexual é reportado às autoridades competentes. As razões apuradas prendem-se com as dificuldades destas vítimas na comunicação e na compreensão da realidade que as rodeia, mas também com o facto de se mostrarem dependentes

4 Cf. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION – *DSM-5: Manual de Diagnóstico e Estatístico das Perturbações Mentais*. 5ª Edição. Lisboa: Climepsi Editores, 2014. ISBN 9789727963478. Sugere-se a leitura deste manual para conhecimento das patologias caracterizadoras dos diferentes graus e condições cognitivas dos indivíduos diagnosticados com este tipo de transtorno.

5 Cf. ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE APOIO À VÍTIMA – *Estatísticas APAV: relatório anual 2019* [Em linha]. Lisboa: APAV, 2020 [18.02.2021]. Disponível em https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV-Relatorio_Anual_2019.pdf.

6 Cf. VALENTI-HEIN, D.; SCHWARTZ, L. *apud* CHAVE-COX, Rebecca S. – *Forensic examination of the mentally disabled sexual abuse complainant*, “Journal of Forensic and Legal Medicine” [Em linha]. ISSN 1878-7487. Vol. 25 (2014), pp. 71-75 [23.02.2021]. Disponível em <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24931867>, p. 72.

7 Cf. MORANO, Jamie. P. – *Sexual abuse of the mentally retarded patient: medical and legal analysis for the primary care physician*, “Primary care companion to the Journal of clinical psychiatry” [Em linha]. ISSN 2155-7780. Nº 3 (2003), pp. 126-135 [23.02.2021]. Disponível em <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15014610/>, p. 130. Para uma compreensão dos fatores que justificam esta maior incidência dos crimes sexuais em pessoas com deficiência intelectual podem ler-se, entre outros, CHAVE-COX, Rebecca S. – *op. cit.*; ZAVIRŠEK, Darja – *Pictures and silences: memories of sexual abuse of disabled people*, “International journal of social welfare” [Em linha]. ISSN 1468-2397. Vol. 11, nº 4 (2002), pp. 270-285. [23.02.2021]. Disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1468-239700237>; MACHADO, Carla – *Avaliação de alegações de abuso sexual de pessoas com deficiência mental*, “Psychologica”. Coimbra. ISSN 0871-4657. N 48 (2008), pp. 293-315, p. 295 e MURPHY, Glynis H. – *Capacity to consent to sexual relationships in adults with learning disabilities*, “Journal of Family Planning and Reproductive Health Care” [Em linha]. ISSN 2045-2098. Nº 29 (2003), pp. 148-149 [23.02.2021]. Disponível em <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/12885309>.

de terceiros para denunciar os crimes (os quais por vezes são os próprios abusadores), ou de se terem que deslocar às instalações das entidades competentes para receber a denúncia e nem sempre disporem de condições para o fazer (físicas, económicas e/ou logísticas), ou ainda por desconhecerem ou não compreenderem o procedimento que devem seguir para dar início ao processo judicial. A par de tudo isto, o formalismo de um processo judicial, com tramitação morosa, linguagem técnica e inúmeras diligências, constitui um fardo que muito poucos parecem estar dispostos ou têm condições de suportar.

Por contraste com esta realidade, os estudos desenvolvidos pela Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA) permitiram concluir que as vítimas vulneráveis⁸ manifestaram maior interesse e necessidade em participar nos processos de natureza criminal do que as demais. Apesar disso, estas vítimas mostraram-se mais céticas relativamente à forma pela qual os seus direitos são assegurados pelo sistema e ao empenho com que a polícia emprega na investigação dos crimes de que são vítimas. A conclusão que a FRA extraiu é tão evidente quanto preocupante: se o número reduzido de vítimas que denuncia os crimes contra si praticados não sentir que no final do processo foi realizada justiça, deixarão de denunciar futuros crimes. E se o acesso à justiça já se mostra frágil, deixa depois de existir.

Este mostra-se, pois, um flagelo à escala global. Um flagelo que exige uma resposta urgente porque o confronto entre os estudos empíricos e os dados oficiais provam que, além de particularmente vulneráveis, estas são também vítimas silenciadas e esquecidas pelo nosso sistema judicial. Cremos que esta resposta apenas pode ser apresentada depois de compreendidas as múltiplas dimensões do fenómeno. Uma compreensão que necessariamente deve ser multidisciplinar, convocando estudos especializados (pelo menos) nas áreas do Direito, da Criminologia, da Psicologia, da Sociologia e da Medicina. Um estudo interdisciplinar que deve orientar a adoção de medidas preventivas, mas que deve nortear também a condução dos processos judiciais.

3. Exigências de uma abordagem interdisciplinar na definição de medidas preventivas

A título preventivo, parece-nos que uma visão interdisciplinar seria sempre necessária e essencial para delinear planos de mediatização deste tipo de criminalidade e de educação das pessoas portadoras de deficiência intelectual, dos seus educadores e familiares para a temática da sexualidade e do abuso⁹.

8 Trata-se, naturalmente, de um grupo mais abrangente de pessoas do que apenas que são objeto do nosso estudo, mas julgamos ser relevante a referência pelo facto de estas conclusões refletirem também as necessidades dos portadores de deficiência intelectual. Assista-se à conferência a que se fez alusão na nota de rodapé n.º 2.

9 Alguns autores que se dedicaram a estudar a problemática de uma perspectiva sociológica e psicológica referem que a educação sexual das pessoas portadoras de deficiência será um dos pilares mais importantes no combate a esta criminalidade – cf. MURPHY, Glynis H. – *op. cit.*

Uma visão interdisciplinar também na sensibilização das pessoas e entidades que se mostram mais próximas destas vítimas (como familiares, médios, psicólogos, assistentes sociais, educadores,...) para as consciencializar desta realidade e do importante papel que podem desempenhar na prevenção e no reporte de casos de abuso sexual de pessoas com deficiência intelectual.

Para definição e concretização desses planos, deveriam assumir particular relevo profissionais das áreas da Criminologia, da Psicologia, da Sociologia e da Medicina, cujo trabalho conjunto permitiria melhor identificar nosso plano geográfico a real dimensão deste tipo de crime e incentivar o reporte às instâncias competentes, mas também permitiria consciencializar as vítimas de comportamentos abusivos que muitas vezes desconhecem enquanto tal e chamar atenção à comunidade em geral para necessidade de combate e prevenção deste fenómeno.

4. Exigências de uma visão interdisciplinar no ato de decisão

4.1. *O estado atual*

Para lá das importantes medidas preventivas que podem ser tomadas, outras se impõem adotar no âmbito dos processos judiciais para prevenir que a própria tramitação do processo seja fator inibidor de reporte de situações abusivas contra pessoas com deficiência intelectual. Isto porque, como vimos, o formalismo processual e a incompreensão pelo sistema destas vítimas afasta a sua participação efetiva. Note-se que já em 2016 o Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU recomendou a Portugal que, em matéria penal, fosse pensada legislação que assegurasse em pela igualdade o acesso à justiça entre todos os cidadãos, mormente os que padecem de algum tipo de deficiência. O Comité recomendou ainda que, em matéria de violência doméstica, fossem desenvolvidas estratégias e programas para prevenir a exploração, violência e abuso e fortalecidas medidas, incluindo capacitação dos serviços de investigação e magistrados, para proteger as pessoas com deficiência, especialmente mulheres e crianças¹⁰.

De lá para cá parece pouco ter sido feito a este respeito. Aliás, ainda em março deste ano a Comissão Europeia reconheceu na estratégia sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência para 2021-2030 que se verificam um conjunto de obstáculos práticos e jurídicos que impedem as pessoas com deficiência de agir como testemunhas em processos penais e civis, de defender os seus direitos enquanto vítimas, suspeitos

10 Cf. COMISSÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – *Observações finais sobre o relatório inicial de Portugal* [Em linha]. S.L., abril de 2016 [05.05.2021]. Disponível em <http://oddh.iscsp.ulisboa.pt/index.php/pt/2013-04-24-18-50-23/outras-publicacoes/item/276-recomenda%C3%A7%C3%B5es-da-onu-a-portugal-sobre-direitos-das-pessoas-com-defici%C3%Aancia>.

ou arguidos, e também de participar em capacidades profissionais como juízes, advogados e procuradores¹¹.

Julgamos serem estas as estratégias que se relevarão no futuro verdadeiramente eficazes. Aliás, estas preocupações já se mostram espelhadas em diversos diplomas nacionais e internacionais. A título exemplificativo, a Lei n.º 130/2015, de 04 de setembro, transpondo uma Diretiva da União Europeia que estabelece (diríamos nós, *standards* mínimos de) apoio e proteção das vítimas de criminalidade, transparece preocupações com a necessidade de prevenir a vitimização secundária, consagrando um direito a uma participação ativa no processo e exigindo esforços às diversas entidades para estabelecer uma comunicação que seja compreendida pela vítima, bem assim como a possibilidade de esta ser assistida por pessoa da sua confiança no primeiro contacto com as autoridades competentes ou até por patrono.

Parece-nos, contudo, que a barreira ao acesso à justiça se verifica no plano prático e é no dia-a-dia que os diversos atores do sistema judicial se deparam com inúmeras dificuldades em assegurar estes direitos sobretudo quando as vítimas apresentam quadros de deficiência intelectual mais graves.

Entendemos que se justificam as preocupações de dotar o sistema de meios humanos e materiais (tão necessários que são) para alargar o acesso da justiça a estas vítimas. Mas julgamos que o que está em maior falta é a capacitação dos diferentes profissionais para lidarem com este tipo de situações.

Entre muitos outros exemplos que poderíamos aqui referir e de entre muitas outras preocupações para as quais aqui poderíamos chamar atenção que demonstram as dificuldades sentidas neste acesso efetivo e igualitário, trazemos ao conhecimento uma decisão judicial que nos deixou particularmente incomodados¹². Em causa, uma decisão do Tribunal da Relação de Lisboa que revogou a condenação de um arguido condenado pela prática de ato sexual contra pessoa com síndrome demencial, normalmente apática e apenas esporadicamente verbalizando palavras, mas sensível à dor, no pagamento de uma indemnização pelo crime por si praticado por não resultarem provados danos morais decorrentes desse abuso. O Tribunal de 1.ª instância havia condenado o arguido no pagamento de uma indemnização por considerar que tais danos morais sempre decorreriam diretamente da atuação ilícita do arguido e traduziram-se “na violação dolosa de um feixe de direitos de personalidade da ofendida, onde pontifica a sua dignidade, mas também a sua liberdade, a honra, a privacidade, a intimidade, a saúde e a integridade física”. Na posição assumida pelo Tribunal de 1.ª instância, “[a] circunstância demente em que se encontra[va] [a vítima] não a destitui[í]a desses direitos, pelo contrário, torna[va] a sua tutela ainda mais necessária”. A 2.ª instância julgou que, não vigorando entre nós uma conceção objetiva de

11 Cf. COMISSÃO EUROPEIA – *União da Igualdade: Estratégia sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência 2021-2030* [Em linha]. Bruxelas, março de 2021 [07.05.2021]. Disponível em <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=pt&pubId=8376&furtherPubs=yes>.

12 Cf. acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça em 14.03.2018 no processo que correu os seus termos sob o n.º 191/09.5PEPDL.L4.S1 [07.05.2021]. Disponível em www.dgsi.pt.

danos e não tendo resultado provado um prejuízo sofrido pela vítima, o pedido de indemnização teria necessariamente que ser improcedente.

Estamos em crer que esta decisão permitirá ao leitor compreender o sentimento de injustiça referido em muitos dos depoimentos que a FRA recolheu aquando dos trabalhos desenvolvidos sobre as dificuldades de acesso à justiça por pessoas vulneráveis. Julgamos infeliz a posição da 2.^a instância, que parece ter sido tomada em desconsideração do quadro cognitivo da vítima que, comprovadamente, a impediria de manifestar qualquer tipo de sentimento ou dano sofrido pelo abuso sexual contra si praticado¹³.

Rejeitar uma indemnização pela sua incapacidade de verbalizar, quando ficou provado que a vítima era sensível à dor, transparece a fragilidade em que estas vítimas se encontram perante o sistema judicial. Mas prova também as dificuldades de compreensão do sistema relativamente a estas vítimas, para as quais muitas vezes olha, infundadamente, com o preconceito de serem vítimas pouco credíveis, dificultando ou impedindo por isso a sua participação na investigação e no processo. Neste ponto não podemos deixar de lembrar que estamos perante vítimas que apresentam um quadro com perturbações ao nível do funcionamento intelectual acompanhado de défices funcionais, que se manifesta habitualmente em dificuldades associadas à avaliação de riscos, de autocontrolo do comportamento, de emoções ou de relações interpessoais. Vítimas que podem ver afetadas as suas capacidades de comunicação e compreensão. Vítimas que por vezes sofrem de uma predisposição à adoção de comportamentos disruptivos ou agressivos. Vítimas que não raras vezes apresentam dificuldades de memória, de concentração, de distinção entre verdade e falsidade e de realidade e fantasia. Vítimas que, por tudo isto, são vistas como pouco credíveis. Mas este é um lugar-comum que merece ser revisitado. Não é em virtude da deficiência intelectual que estas vítimas podem ser esquecidas ou sequer que lhes pode ser negado ou prejudicado um direito reconhecido aos demais. Julgamos que o seu direito à participação deve ser reconhecido, permitido e incentivado, ainda que adstrito ao respetivo quadro cognitivo.

É precisamente esta participação que exige a capacitação dos profissionais que atuam no sistema judicial. Em primeiro lugar, dos agentes dos órgãos de polícia criminal que muitas vezes são os primeiros a ter contacto com as vítimas e que desenvolvem toda a investigação, na qual necessariamente terão que contactar com a vítima e com os seus familiares. Depois, dos próprios advogados que terão o importante papel de agente da justiça junto da vítima, aos quais compete um acompanhamento muito próximo assente numa base de confiança e compreensão mútuas. Mas também, e sobretudo, dos magistrados que não só têm um papel ativo no desfecho

13 Não podemos concordar com esta decisão e louvamos a decisão do Supremo Tribunal de Justiça que, invocando princípios arreigados na dignidade da pessoa humana, fez notar que estas vítimas, sendo especialmente vulneráveis, carecem de maior proteção e revogou a decisão da 2.^a instância. Proferindo um acórdão com forte pendor axiológico, sublinhou este Supremo Tribunal que as pessoas portadoras de deficiência intelectual não podem ser vítimas de *capitis diminutio*. e concluiu então que, resultando provada a ilicitude do ato, deveria ficar assente, nesta situação, a verificação do dano.

dos processos, como também têm que definir estratégias adequadas para audição e participação destas vítimas. Que estratégias devem ser seguidas para esta capacitação é o que procuramos apontar de seguida.

4.2. *Rumos a seguir*

A literatura sobre o tema que aqui refletimos é parca e dispersa. Aliás, aquela que tem vindo a ser mais incidente é produzida não por juristas, mas por profissionais da saúde mental. São sobretudo estes profissionais que chamam atenção para as dificuldades de uma participação ativa no processo e para o sentimento de impotência destas vítimas. Procurando partir dos apelos feitos por estes profissionais, apresentamos de seguida alguns aspetos que julgamos merecem maior cuidado aquando da participação processual destas vítimas.

Em termos logísticos, será necessário dotar os Tribunais e os locais onde são recebidas as vítimas e seus familiares de salas adequadas à sua audição. As salas devem permitir maior privacidade e estarem equipadas com material lúdico para que as vítimas possam expressar-se com recurso a diferentes tipos de comunicação (p. ex., através de desenho ou de bonecos anatómicos)¹⁴. A pessoa que recolhe o depoimento da vítima deverá ser do mesmo género para permitir uma maior proximidade e à vontade aquando da recolha do depoimento e caso seja necessário ouvir a vítima por diversas vezes, será importante que seja sempre a mesma pessoa a recolher o seu depoimento.

No processo de recolha do depoimento, deve ser privilegiada maior informalidade e a utilização de linguagem mais simples e/ou linguagem não verbal adequada ao funcionamento cognitivo do indivíduo e ao seu funcionamento real nos vários contextos da vida. Pode ainda mostrar-se importante a nomeação de intérprete, técnico ou perito para acompanhar as diligências quando se mostre necessária a sua participação para assegurar uma compreensão mútua entre a entidade que recolhe o depoimento e a vítima. Eventualmente até pode ser admissível que a vítima seja acompanhada por pessoa da sua confiança caso tal se mostre relevante para prestar o seu depoimento¹⁵. Também o tipo de questões a colocar deve ser ajustado, devendo preferir-se narrativas abertas durante as quais podem ser colocadas, alternadamente, questões abertas e fechadas, ao invés de questões sugestivas ou de resposta monossilábica e especiais exigências são ainda feitas relativamente à interpretação da linguagem não verbal, exigindo-se que a pessoa que está a ouvir a vítima disponha de ferramentas e conhecimentos para conseguir interpretar, p. ex., sinais de cansaço ou de fragilidade emocional provocados pela abordagem de algum assunto.

14 Muito recentemente surgiram recomendações neste sentido pela Assembleia da República a respeito da participação das crianças nos processos judiciais – cf. Resolução da Assembleia da República n.º 118/2021, publicada no DR n.º 76/2021, de 20.04.2021. De fora destas recomendações ficaram, entre outras, as pessoas portadoras de deficiência intelectual.

15 Cf. a nota de rodapé anterior.

É ainda claro que esta audição da vítima e a sua participação ativa no processo apenas pode ser assegurada quando se afigure que a vítima dispõe de capacidade para testemunhar e que o seu testemunho se mostre credível. Precisamente por isso, mostra-se ainda importante que antes da participação da vítima seja ordenada realização de perícia psicológica para conhecimento do seu quadro cognitivo. Esta perícia, além de permitir descrever tal quadro, permitirá fazer uma avaliação da capacidade de testemunho da vítima e da credibilidade das declarações por si prestadas. Note-se que estas avaliações carecem de especiais conhecimentos de que o Tribunal não dispõe e por isso nesta sede será indispensável que o Tribunal ordene a realização de perícia de psicologia forense tendente a tais objetivos. A perícia não se mostra simples e os profissionais têm chamado atenção para o facto de não existir um quadro metodológico pré-estabelecido especificamente para estas situações, apelando a uma adaptação do tipo de entrevistas que são realizadas nas situações de suspeitas de abuso sexual de crianças de tenra idade, adaptando esse modelo às idiosincrasias de cada uma destas vítimas (designadamente do seu quadro cognitivo e dos conhecimentos que demonstrem ter sobre situações abusivas)¹⁶. Esta perícia pode mostrar-se ainda um importante meio de prova quando é realizada e valorada conjuntamente com uma perícia de sexologia forense para a avaliação das alegações de abuso (i.e. para averiguar se a vítima terá ou não prestado o seu consentimento ou se estava em condições de formar e/ou exprimir a sua vontade relativamente ao ato) e para avaliação dos danos sofridos em virtude do abuso sexual. Nestas duas situações, as declarações da vítima podem (e devem) ser complementadas e confrontadas com as conclusões da perícia de sexologia forense, que assim constitui um importante elemento de que o psicólogo poderá lançar mão aquando da avaliação da credibilidade das declarações da vítima. Deste modo, estas perícias devem ser ordenadas conjuntamente e realizadas numa perspetiva multi e interdisciplinar¹⁷. Situação que é distinta daquela que habitualmente temos: realização de duas perícias isoladas e valoradas separadamente. Note-se que até para a própria vítima a presença de uma pessoa que já conhece e com quem já estabeleceu uma relação de confiança (como se espera que aconteça com o psicólogo que desempenha a função de perito) pode facilitar a realização da perícia de sexologia forense.

Esta visão multi e interdisciplinar deve também ser transversal aos médicos e psicólogos que, ao atuarem como peritos nestes processos, não estão dispensados de conhecer os limites da sua atuação nessa qualidade. A crescer, também eles, como clínicos, se deparam com um conjunto de dificuldades aquando da realização das

16 Cf., a respeito, MACHADO, Carla; CARIDADE, Sónia; ANTUNES, Carla – *Avaliação psicológica de vítimas de abuso sexual*, in Marlene Matos, Rui Abrunhosa Gonçalves e Carla Machado (coord) – “Manual de Psicologia Forense: contextos, práticas e desafios”. Braga: Psiquilíbrios Edições, 2011. ISBN 978-989-8333-07-0, pp. 91-122 e MACHADO, Carla – *Avaliação de alegações de abuso sexual de pessoas com deficiência mental*, *op. cit.*.

17 Até porque se pensarmos que a perícia de sexologia forense se inicia com uma entrevista à vítima para que esta relate os acontecimentos de maneira a que o perito adeque os atos à situação, facilmente se compreende que antes disse deve ser feita avaliação por um psicólogo sobre a capacidade de testemunhar da vítima e a credibilidade as suas declarações – COSTA, Diogo Paulo Lobo Machado Pinto da – *A perícia médico-legal nos crimes sexuais* [Em linha]. Porto: Universidade do Porto, 2000. [10.02.2020]. Disponível em https://sigarra.up.pt/fmup/pt/ucurr_geral.ficha_uc_view?pv_ocorrencia_id=400542.

perícias e necessitam de uma avaliação interdisciplinar para melhor avaliação. De facto, se se mostra necessário a avaliação da capacidade de testemunho e de credibilidade antes de realização da perícia de sexologia forense, certo é que uma avaliação das alegações de abuso e da extensão dos danos dele decorrentes também só se mostrará completa com os resultados da perícia de sexologia.

5. Notas conclusivas

O fenómeno sobre o qual nos debruçamos mostra-se um flagelo à escala mundial. As pessoas portadoras de deficiência intelectual não são *apenas* vítimas particularmente vulneráveis, mas são também vítimas que parecem esquecidas pelo sistema judicial. O seu acesso à justiça está longe de ser efetivo e diversos obstáculos já foram ultrapassados. Porém, há ainda um longo trabalho a percorrer porque os resultados alcançados ainda não se mostram satisfatórios. Julgamos que seja urgente e necessária uma atenção ao *atual estado de coisas*. Cremos que este fenómeno deve ser objeto de um amplo, aprofundado, multi e interdisciplinar debate, à semelhança do que tem sucedido, p. ex., com os crimes sexuais praticados contra crianças e mulheres. Sem procurar adiantar propostas de combate a esta criminalidade - que esperamos que surjam após os esforços encetados pela Presidência Portuguesa do Conselho da União Europeia - julgamos ter apontado alguns aspetos que podem, pelo menos, potenciar e assegurar um acesso à justiça que seja verdadeiramente efetivo e igualitário.

O labor do Tribunal de Xustiza da Unión Europea na protección dos consumidores no ámbito bancario á luz da sentenza (Sala Cuarta) de 16 de xullo de 2020

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.24>

Marta Otero Crespo

Profesora contratada doutora de Dereito civil
Universidade de Santiago de Compostela

1. Introducción

O propósito desta contribución é bosquejar unha aproximación ao rol que está a desenvolver o Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE) no ámbito de protección dos consumidores europeos na súa tarefa interpretativa da Directiva 93/13/CEE do Consello, de 5 de abril, sobre as cláusulas abusivas nos contratos celebrados con consumidores. Para elo, tomaremos como punto de partida casos con orixe na xurisdición española.

A xustificación deste traballo ven dada porque ao longo dos últimos anos, no período comprendido entre 2010 e 2020, de acordo coa información dispoñible na páxina web do *Consejo General del Poder Judicial* e atendendo ao criterio sede por materia “Protección de consumidores”, os tribunais españois teñen formulado 96 cuestións prejudiciais perante o TXUE, cifra que da boa conta do importante labor que está a realizar neste campo e que, pola súa propia competencia, transcende máis aló da xurisdición española¹.

Así, entre os casos máis recentes e salientables podemos remitirnos á xurisprudencia recaída no eido de protección dos clientes bancarios por mor da contratación con condicións xerais nas que se insiren cláusulas abusivas. Neste senso cómpre destacar as sentenzas do TXUE que afectan aos contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores de 21 de decembro de 2016 (sobre as cláusulas chan), de 26 de marzo de 2019 (relativa ás cláusulas de vencemento anticipado²),

1 *Aspectos internacionales. Cuestiones prejudiciales iniciadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Datos, Cuestiones Prejudiciales 1998-2020*, criterio “Protección de consumidores”, [consultado en 2021-05-09]. Dispoñible na World Wide Web: <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-internacionales/Cuestiones-prejudiciales-iniciadas-ante-el-Tribunal-de-Justicia-de-la-Union-Europea/>>.

2 CARBALLO FIDALDO, Marta - *Intereses de demora y vencimiento anticipado del crédito hipotecario en el marco de la legislación sobre cláusulas abusivas y en la ley de contratos de crédito inmobiliario*. “Boletín del Ministerio de Justicia”, Año LXXIII – Octubre 2020, pp. 26 e ss.

de 3 de marzo de 2020 (sobre o índice IRPH³) ou o pronunciamento de 16 de xullo de 2020 (en materia de cláusulas relativas aos gastos derivados da contratación de préstamos hipotecarios, prescrición de accións e imposición de custas procesuais)⁴.

A abordaxe dos principais puntos de todas as resolucións exemplificativas citadas, xunto co estudo do seu impacto no Dereito positivo e nas decisións dos tribunais nacionais españois excedería das limitacións formais impostas, de aí que, pola súa proximidade no tempo, nos deteñamos no derradeiro dos pronunciamentos citados: a sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Cuarta) de 16 de xullo de 2020 (ECLI:EU:C:2020:578).

2. A sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de xullo de 2020

A sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de xullo de 2020 ven a coñecer de quince cuestións prexudiciais que teñen por obxecto a interpretación dos artigos 3 a 8 da citada Directiva 93/13. As peticións enmárcanse no contexto de dous litixios, os asuntos acumulados C-224/19 e C-259/19, procedentes do Xulgado de Primeira Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca e do Xulgado de Primeira Instancia e Instrución núm. 6 de Ceuta, respectivamente⁵, referidos a préstamos hipotecarios concluídos con consumidores.

Tendo en conta o volume e a heteroxeneidade das preguntas formuladas, o TXUE as agrupa sistematicamente en cinco bloques: o primeiro, relativo á cláusula correspondente aos gastos de constitución e cancelación da hipoteca; o segundo, referido á cláusula que impón unha comisión de apertura; o terceiro, que aborda o eventual desequilibrio significativo dos dereitos e obrigacións das partes derivado desta cláusula; o cuarto, sobre a limitación no tempo dos efectos da declaración de nulidade dunha cláusula abusiva; e, finalmente, o quinto, relativo ao sistema nacional de distribución de custas procesuais no marco dos procesos que versan sobre a nulidade das cláusulas abusivas.

Nós, aos efectos expositivos, ofreceremos unha sistematización practicamente idéntica, como pasamos a expor.

3 CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen – *Consideraciones sobre la cláusula IRPH a la luz de sus antecedentes y de la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. “Rev. Boliv. de Derecho”, Nº 31, enero 2021, pp. 504- 549.

4 TAPIA HERMIDA, Alberto J. – *Nueva jurisprudencia bancaria del TJUE*. “Diario La Ley”, Nº 9691, Sección Tribunal, 8 de septiembre de 2020, Wolters Kluwer.

5 Auto 47/2019, de 12 de marzo (ECLI:ESJPI:2019:1A) e auto de 13 de marzo (ECLI:ESJPII:2019:2A).

2.1. As cláusulas relativas aos gastos de constitución e de cancelación derivados da formalización do préstamo hipotecario

O TXUE, a propósito das cuestións prexudiciais primeira a sexta no asunto C-224/19 e das dúas cuestións prexudiciais no asunto C-259/19, relativas aos efectos da nulidade da cláusula que estipula os gastos de constitución e cancelación da hipoteca, lembra que segundo a súa propia xurisprudencia, declarada a abusividade dunha cláusula e, en consecuencia, a súa nulidade, o xuíz nacional debe, de conformidade co disposto no artigo 6 da Directiva 93/13, deixar sen aplicación tal cláusula coa fin de que non produza efectos vinculantes para o consumidor, salvo que este se opoña. Neste senso, un xuíz nacional non ten atribuída a facultade de modificar o contido dunha cláusula abusiva – posto que podería contribuír a eliminar o efecto disuasorio pretendido no caso do seu emprego por profesionais. Polo tanto, cabe alcanzar a conclusión de que en principio, unha cláusula contractual declarada abusiva nunca ten existido, de xeito tal que non poderá ter efectos fronte ao consumidor, procedendo o restablecemento da situación de feito e de Dereito na que se atopaba o consumidor de non ter existido dita cláusula. O anterior, xustificaría a aplicación ao caso daquelas disposicións de Dereito nacional que poidan regular o reparto dos gastos relativos á constitución e a cancelación da hipoteca en defecto de acordo entre as partes implicadas. Seguindo cos argumentos do TXUE, se estas disposicións fan recaer sobre o prestatario a totalidade ou unha parte destes gastos, o consumidor pode verse obrigado a soportar estes custos.

En definitiva, segundo o TXUE, “o artigo 6, apartado 1, e o artigo 7, apartado 1, da Directiva 93/13 deben interpretarse no sentido de que se opoñen a que, en caso de nulidade dunha cláusula contractual abusiva que impón ao consumidor o pago da totalidade dos gastos de constitución e cancelación de hipoteca, o xuíz nacional neque ao consumidor a devolución das cantidades abonadas en virtude desta cláusula, salvo que as disposicións de Dereito nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan ao consumidor o pago da totalidade ou dunha parte deses gastos”.

2.2. As cláusulas relativas á imposición do aboamento dunha comisión de apertura

En segundo lugar, o TXUE examina as cuestións prexudiciais sétima a décima no asunto C-224/19, relativas ao control do carácter abusivo e da transparencia da cláusula que impón o pago dunha comisión de apertura. Pois ben, neste caso o órgano remitente cuestiona se o artigo 3, o artigo 4, apartado 2, e o artigo 5 da Directiva 93/13 deben interpretarse no sentido de que se opoñen a unha xurisprudencia nacional que exclúe a apreciación do carácter abusivo dunha cláusula contractual que impón ao consumidor o pago dunha comisión de apertura por ser tal comisión un elemento do prezo do contrato *ex* artigo 4.2 da Directiva 93/13, e que, ao mesmo tempo, considera que tal cláusula cumpre por si mesma a esixencia de transparencia que impón esta última disposición.

No caso, polos razoamentos contidos nos apartados 56 e seguintes – aos que nos remitimos-, o TXUE delimita o que ha de entenderse por obxecto principal do contrato e por prestacións accesorias. Así, constitúen o obxecto principal do contrato as cláusulas que regulan as prestacións esenciais, que o caracterizan; namentres, son accesorias aquelas que non definan a esencia mesma da relación contractual. En consecuencia, ha de ser o órgano nacional o que valore se a cláusula é ou non un compoñente esencial do contrato de préstamo hipotecario, atendendo a natureza, ao sistema xeral, as estipulacións do propio contrato, así como ao contexto xurídico e fáctico. Descartado que os conceptos de “obxecto principal do contrato” e de “prezo” no sentido do artigo 4.2 Directiva 93/13, sexan coincidentes co de “custo total do crédito para o consumidor” do artigo 3, letra g) da Directiva 2008/48/CE, remata proclamando que “unha comisión de apertura non pode considerarse unha prestación esencial dun préstamo hipotecario polo mero feito de que tal comisión estea incluída no custo total deste”.

En definitiva, considera que “(...) O feito de que unha comisión de apertura estea incluída no custo total dun préstamo hipotecario non implica que sexa unha prestación esencial deste. En calquera caso, un órgano xurisdiccional dun Estado membro está obrigado a controlar o carácter claro e comprensible dunha cláusula contractual referida ao obxecto principal do contrato, con independencia de se o artigo 4, apartado 2, desta Directiva foi trasposto ao ordenamento xurídico dese Estado membro”.

E sobre esta mesma comisión, por referencia á undécima cuestión prexudicial no asunto C-224/19, a propósito do presunto desequilibrio importante que causaría a imposición do seu aboamento ao consumidor, o TXUE considera que de conformidade co artigo 3.1 da Directiva 93/13, unha cláusula como a enunciada, na que se impón o pago dunha comisión de apertura, en detrimento do consumidor, contrariamente ás esixencias da boa fe, causa un “desequilibrio importante entre os dereitos e obrigas das partes que se deriven do contrato, cando a entidade financeira non demostre que esta comisión responde a servizos efectivamente prestados e gastos nos que incorrese, extremo cuxa comprobación incumbe ao órgano xurisdiccional remitente”.

2.3. Sobre a limitación dos efectos derivados da declaración de nulidade e o establecemento dun prazo de prescrición

Na décimo terceira cuestión prexudicial do asunto C-224/19, o órgano xurisdiccional pregunta se o artigo 6, apartado 1, e o artigo 7, apartado 1, da Directiva 93/13 deben interpretarse no sentido de que non se opoñen a unha xurisprudencia nacional que prevé que o exercicio da acción dirixida a facer valer os efectos restitutorios da declaración da nulidade dunha cláusula contractual abusiva quede sometido a un prazo de prescrición, aínda que, en virtude da lexislación nacional, a acción para declarar a nulidade absoluta dunha cláusula contractual abusiva sexa imprescritible.

O certo é que, pese a complexidade da cuestión, atendendo a delimitación realizada no texto do auto de remisión da cuestión, o TXUE recorda que a protección dispensada

aos consumidores pola Directiva 93/13 non é absoluta, polo que o Dereito da Unión non se opón a unha normativa nacional que, á vez que reconece o carácter imprescritible da acción de nulidade, suxeita a un prazo de prescrición a acción dirixida a facer valor os efectos restitutorios desa declaración, sempre e cando se respecten “os principios de equivalencia e efectividade”.

En definitiva, de novo, “o artigo 6, apartado 1, e o artigo 7, apartado 1, da Directiva 93/13 deben interpretarse no sentido de que non se opoñen a que o exercicio da acción dirixida a facer valer os efectos restitutorios da declaración da nulidade dunha cláusula contractual abusiva quede sometido a un prazo de prescrición, sempre que nin o momento en que ese prazo comeza a correr nin a súa duración fagan imposible na práctica ou excesivamente difícil o exercicio do dereito do consumidor para solicitar tal restitución”.

2.4. Sobre o sistema de distribución de custas procesuais

Mediante a súa duodécima cuestión prexudicial no asunto C-224/19, fórmulase se o artigo 6, apartado 1, e o artigo 7, apartado 1, da Directiva 93/13 deben interpretarse no sentido de que se opoñen a un réxime que permite que o consumidor cargue cunha parte das custas procesuais en función do importe das cantidades indebidamente abonadas que lle son restituídas por mor da declaración da nulidade dunha cláusula abusiva. De feito, de acordo co artigo 394 da Lei de Axuizamento Civil (LAC), estimada integramente a acción de nulidade dunha cláusula contractual abusiva, pero so parcialmente a acción restitutoria, o consumidor podería cargar cunha parte das custas procesuais en función do importe das cantidades indebidamente abonadas.

Polo exposto, tanto “o artigo 6, apartado 1, o artigo 7, apartado 1 da Directiva 93/13, así como o principio de efectividade, deben interpretarse no sentido de que se opoñen a un réxime que permite que o consumidor cargue cunha parte das custas procesuais en función do importe das cantidades indebidamente pagas que lle son restituídas por mor da declaración da nulidade dunha cláusula contractual por ter carácter abusivo, dado que tal réxime crea un obstáculo significativo que pode disuadir aos consumidores de exercer o dereito, conferido pola Directiva 93/13, a un control xudicial efectivo do carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuais”.

3. O impacto da STXUE de 16 de xullo de 2020 no ordenamento xurídico español

3.1. Aspectos coincidentes

Poucos días despois do ditado da sentenza do TXUE, a Sala Primeira do Tribunal Supremo, na súa sentenza de 24 de xullo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2495), determinaba que a súa xurisprudencia anterior resultaba plenamente compatible co ditaminado polo TXUE. En concreto, no seu Fundamento Xurídico Terceiro, o Alto Tribunal español compara diferentes aspectos contidos na sentenza do TXUE, referidos a nulidade de cláusulas de gastos, coa xurisprudencia da Sala, proclamando de novo que

declarada nula unha cláusula contractual nun préstamo hipotecario por imputación indiscriminada dos gastos ao consumidor, habería que aplicar as consecuencias derivadas de tal nulidade. No asunto, o Tribunal Supremo impón o abono pola entidade financeira dos gastos rexistrados e a metade dos notariais, mentres que será o consumidor quen teña que soportar o pago do Imposto de Actos Xurídicos Documentados.

3.2. Aspectos diverxentes ou escuros

Na sentenza anterior non se abordan outras cuestións, como, por exemplo, a posible abusividade da comisión de apertura. Con todo, non podemos esquecer que o 23 de xaneiro de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:102), o Tribunal Supremo establecera que a comisión de apertura formaba parte do prezo, polo que non podería ser declarada abusiva se superaba o control de transparencia. O Alto Tribunal tras analizar a normativa *ad hoc*, sostivo que esta última estaba destinada a garantir a súa transparencia, estando xustificada a comisión na medida na que supuña un cobro por actuacións “inherentes á actividade da empresa ocasionada pola concesión do préstamo ou crédito”. Formaría así parte do prezo, e o principio de realidade do servizo remunerado, non esixiría nada distinto da concesión do propio préstamo. En suma, o Tribunal Supremo consideraba que a comisión de apertura formaba parte do prezo, a diferenza do TXUE, estando plenamente xustificada o seu cobro polo propio feito da concesión do préstamo, polo que podemos agardar un posible xiro xurisprudencial neste senso⁶.

Outro punto escuro, sitúase no tocante a prescrición das accións para solicitar a devolución dos gastos indebidamente abonados en virtude da aplicación dunha cláusula abusiva. Malia que a acción para a declaración de abusividade dunha cláusula sexa imprescritible, non sucede o mesmo con respecto á restitución dos pagos realizados en virtude da aplicación de tal cláusula⁷. Neste punto, o TXUE deixa aberta a porta a aplicación de calquera prazo de prescrición nos termos apuntados. Na práctica, o *quid* da cuestión está a residir na determinación do *dies a quo* para o cómputo do actual prazo de 5 anos previsto no artigo 1964 CC, proponéndose como opcións, entre outras, a data do 23 de xaneiro de 2019 (por pronunciarse nesta data o Tribunal Supremo sobre a nulidade de determinadas cláusulas relativas a gastos hipotecarios).

Finalmente, polo que se refire as custas procesuais, a visión *pro consumatore* do TXUE xa viña sendo aplicada polo Tribunal Supremo, se ben en supostos con matices

6 Parte da doutrina considera que non existen motivos para modificar o posicionamento do Tribunal Supremo. Así, PANTALEÓN, Fernando – *La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (I)*, “Almacén de Derecho”, [consultado en 2021-05-09]. Disponible na World Wide Web: <<https://almacendederecho.org/la-comision-de-apertura-el-tribunal-de-justicia-y-el-tribunal-supremo-i>>.

7 Non se trata dunha cuestión unánime, posto que existen posicionamentos doutriniais e xurisprudencia menor que defenden que só procede exercer a acción de restitución unha vez declarada a nulidade da cláusula, posto que ata ese momento os titulares non poden coñecer as consecuencias derivadas de tal declaración; neste senso, a restitución das cantidades derivadas da indebida aplicación da cláusula de gastos tampouco prescribía. Sobre estes aspectos, AYO JIMÉNEZ, Gonzalo – *Actualidad sobre la prescripción de la restitución de gastos hipotecarios*. “El Derecho” [consultado en 2021-05-09]. Disponible na World Wide Web: <<https://elderecho.com/actualidad-sobre-la-prescripcion-de-la-restitucion-de-gastos-hipotecarios>>.

distintos (nos que non podemos deternos), desde a súa sentenza do Pleno do 4 de xullo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2501), sentando a súa interpretación dos artigos 394 e 398 LAC conforme ao principio xeral do vencemento en relación cos principios de non vinculación do consumidor ás cláusulas abusivas e de efectividade do Dereito da Unión - fallando, en definitiva, a imposición das custas á entidade demandada. A anterior, súmanse agora varias resolucións posteriores á STXUE de 16 de xullo de 2020, nas que podemos destacar a recente de 8 de marzo de 2021⁸, na que se recompilan os derradeiros pronunciamentos sobre imposición de custas nos supostos de declaración de abusividade de cláusulas inseridas en contratos de préstamo hipotecario. Nelas insístese na necesidade de atender ao principio de primacía do Dereito da UE, que obriga aos xuíces dos Estados membros a inaplicar unha norma de Dereito interno (relativa a custas no caso) cando a considere contraria ao Dereito da UE, por ser unha esixencia derivada dos arts. 6.1 e 7.1 da Directiva 93/13/CEE e do principio de efectividade do Dereito da UE.

Afastados do mundo académico e xurisprudencial, compre sinalar que se está a promover unha modificación do réxime de custas procesuais no *Anteproxecto de Lei de medidas de eficiencia procesual do servizo público de xustiza*, alterando substancialmente a actual regulación do sistema de custas procesuais⁹. Haberá que agardar para coñecer se finalmente cristaliza ou non ese cambio de paradigma.

8 ECLI:ES:TS:2021:864.

9 MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto - *La regulación de las costas en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia*. "Diario La Ley", Nº 9839, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 28 de abril de 2021, Wolters Kluwer, pp. 1-10.

Programa “Tempo de Justiça”: análises quali-quantitativas dos acórdãos decorrentes de julgamento de recurso em sentido restrito no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.25>

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Professor Titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Juliana Maria Borges Mamede

Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Ítalo Farias Braga

Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Bianca Maria Simão Franco

Mestranda bolsista pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Lyara Maria Peres Ximenes

Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

1. Introdução

O Programa Tempo de Justiça, integrante do “Pacto por um Ceará Pacífico”, é resultante da parceria entre o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE), o Ministério Público do Estado do Ceará (MPCE), Defensoria Pública do Estado do Ceará (DPGE), Secretaria de Segurança Pública do Estado do Ceará (SSPCE) e a Vice Governadoria do Estado do Ceará, tendo como objetivo instigar a celeridade nos processos de crimes dolosos contra a vida, submetidos ao rito do Tribunal do Júri¹.

No intuito de fomentar a celeridade de tramitação desses processos, o Programa Tempo de Justiça tem foco no julgamento dos crimes de homicídio com autoria conhecida, os quais devem ser julgados no prazo máximo de 1 (um) ano. As expectativas residem na diminuição do tempo de tramitação dos processos e na consequente redução do acervo processual nas varas do Tribunal do Júri.

O objetivo principal é verificar se houve aumento na quantidade de interposições de RESE nas Câmaras Criminais do TJ/CE, contra decisões de pronúncia, após a vigência do Programa Tempo de Justiça, averiguando se houve diminuição no tempo de julgamento dos processos de homicídios com autoria conhecida, os quais tramitam nas varas do Tribunal do Júri, no período compreendido entre agosto de 2016 a dezembro de 2018.

¹ CEARÁ. *Protocolo de Cooperação Interinstitucional*. Diário Oficial do Estado do Ceará, Fortaleza, mar. 2017, série 3, ano IX, nº 046, caderno único.

Além da análise quantitativa do tempo necessário ao julgamento dos RESE, busca-se compreender a aplicabilidade dos princípios do “*in dubio pro reo*” e do “*in dubio pro societate*”, este último como formulação processual de resposta à dúvida nas decisões de pronúncia, de acordo com a fundamentação dos acórdãos nos casos concretos julgados pelas Câmaras Criminais do TJCE.

Nesse contexto, faz-se necessário analisar a aplicação do princípio “*in dubio pro societate*” como fundamento jurídico da decisão de pronúncia, em caso de dúvida acerca da existência do crime e/ou sua autoria, em detrimento do “*in dubio pro reo*”, corolário do princípio da presunção do estado de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal (CF²).

A respeito da metodologia do presente artigo, no que diz respeito à abordagem, trata-se de pesquisa quanti-qualitativa. A abordagem quantitativa está pautada no estudo de um critério de representatividade numérica, focado no julgamento dos RESE, considerando uma eventual correlação entre o aumento da quantidade de interposição desse recurso e o maior número de decisões de pronúncia. A abordagem qualitativa está relacionada ao estudo do mérito dos acórdãos proferidos no julgamento dos RESE, ou seja, na fundamentação jurídica utilizada pelos desembargadores das Câmaras Criminais do TJCE para prover ou não o recurso.

A escolha do tema justifica-se pela importância do assunto do ponto de vista social e jurídico, pois é de interesse da sociedade obter uma resposta, em tempo razoável, acerca da condenação ou absolvição do réu. O incremento de decisões de pronúncia no primeiro grau deve gerar um número maior de interposições de Recurso em Sentido Estrito (RESE), o que pode impactar nos prazos de julgamento nas Câmaras Criminais do TJ/CE.

A decisão de pronúncia é de suma importância nesta pesquisa, pois contra essa decisão cabe recurso em sentido estrito (RESE), normalmente interposto pela defesa, de acordo com o art. 581, IV, do Código de Processo Penal (CPP³), hipótese recursal objeto de análise do presente trabalho. O juiz pronuncia o réu quando estiver convencido da materialidade do crime e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, ou seja, a pronúncia é diametralmente oposta à impronúncia.

O Programa Tempo de Justiça busca o respeito ao princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF, que está relacionado à celeridade da tramitação processual. Esse dispositivo foi incluído no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, elaborada pelo poder constituinte derivado reformador, responsável por alterar o texto constitucional originário.

2 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. [consultado em 2021-04-14]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

3 BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro/RJ, 1941. [consultado em 2021-04-14]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm.

A Emenda Constitucional retro mencionada firmou o compromisso dos três poderes federativos com o I Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, o qual deu suporte para a virtualização dos processos judiciais, mudança imprescindível para se alcançar maior celeridade na realização dos atos processuais. Posteriormente, foi assinado o II Pacto Republicano de Estado, com o intuito de reforçar as metas estabelecidas no primeiro pacto, tais como: o respeito ao Estado Democrático de Direito, a proteção dos direitos humanos e o efetivo acesso ao sistema de justiça brasileiro⁴.

Nesse contexto, pretende-se verificar o tempo considerado como razoável e suficiente, entendido como aquele necessário para a realização do ato, da maneira mais célere, sem que para isso atinja o princípio do devido processo legal. Portanto, é necessário verificar o que seria este transcurso temporal considerado aceitável, ou não muito dilatado, para se adequar aos direitos e garantias fundamentais do réu⁵.

2. Análise quantitativa do número de recursos em sentido estrito

Com o fito de verificar se o Programa Tempo de Justiça tem apresentado resultados práticos nos processos de homicídios com autoria conhecida, desenvolveu-se pesquisa quantitativa acerca dos acórdãos proferidos em julgamento dos RESE interpostos nas Câmaras Criminais do TJCE.

2.1. Metodologia

Foi adotada a técnica de *time series analyses*, sequenciando em eixos do plano cartesiano por data e tempo de julgamento, com o intuito de analisar, quantitativamente, os julgados dos RESE interpostos no TJ/CE, a partir de um espaço amostral determinado, seguindo-se o critério Gaussiano.

A pesquisa adveio de coleta amostral dos acórdãos proferidos em julgamento de RESE pelas 3 (três) Câmaras de Direito Criminal do TJCE, no período entre agosto de 2016 a dezembro de 2018. O recorte temporal escolhido justifica-se pela criação da Terceira Câmara Criminal no Estado do Ceará, o qual ocorreu no segundo semestre do ano de 2016, levando-se em consideração também o período de disponibilidade de informações. Durante esse tempo, houve 1.551 (mil e quinhentos e cinquenta e um) RESE julgados por todas as Câmaras Criminais.

Com o intuito de viabilizar a realização da pesquisa, ante o elevado número de julgados, decidiu-se selecionar, minimamente, 2 (dois) deles de forma aleatória, por sessão, de cada uma das Câmaras Criminais. Os dados foram dispostos em formato de

4 SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DUARTE, Ana Caroline Pinho – *Um Conceito de Duração Razoável do Processo Penal*. “Novos Estudos Jurídicos”, v. 15, n. 2, 2010. [consultado em 2021-04-14]. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2596>.

5 SCHMITT, C. – *Direito à razoável duração do processo no brasil: origens, inobservância e tentativas de concretização*. “Revista da Faculdade de Direito da UFG”, v. 34, n. 1, 6 set. 2011.

cédulas, mediante a criação de tabela pelo programa Excel, sendo coletados a partir de informações públicas contidas nas atas das sessões de julgamento.

Assim, segregou-se um total de 391 (trezentos e noventa e um) acórdãos, aleatoriamente selecionados, com base em, no mínimo, 2 (dois) julgados de sessões por mês. A partir do refinamento destes dados, obteve-se precisão de 95% na pesquisa, com erro no espaço amostral de 4,23%, de acordo com a fórmula que segue, na qual e = amostra, z = constante padrão, p = proporção que se estima verdadeira, q = $(1-p)$, n = número de observações, N = universo amostral⁶.

Imagem 1: fórmula

a) Fórmulas
$$e = z_{\alpha/2} \sqrt{\frac{p \cdot q}{n}} \cdot \sqrt{\frac{N - n}{N - 1}}$$

Destes julgados, contabilizou-se o tempo entre a interposição do RESE e o seu julgamento. A partir dos dados colhidos, verificou-se quantos dias eram necessários entre o ajuizamento do recurso e a prolação do acórdão, bem como os dados de tendência central e os dados de dispersão.

Coletaram-se os seguintes indicadores: se a interposição do RESE foi motivada por uma decisão de pronúncia ou por outra decisão qualquer; se o recorrente foi o Ministério Público ou a defesa do acusado; se o resultado foi favorável ao recorrente ou não; as datas de protocolo do recurso e do seu respectivo julgamento, e se a decisão foi proferida por unanimidade ou se houve divergência.

A partir dos dados coletados pelos indicadores, segregou-se a diferença entre as datas de interposição e as de prolação do acórdão, para indicar o tempo de julgamento dos RESE. Ademais, verificou-se a correlação entre os dados e os prazos mencionados. Coletados estes marcadores, utilizou-se o método de regressão linear para averiguar a interferência estatística entre os marcadores. Este modelo serve para indicar se é significativa a alteração de um dado em relação a de outro⁷.

2.2 Resultados da análise de dados

Feito isso, é visível o impacto nos fluxos processuais no procedimento do júri diante de alterações nos mecanismos jurídicos ou extrajurídicos que abarcam esta fase procedimental, apresentando como consequência um notório aumento da interposição de RESE. Deste modo, a alteração nos fluxos das varas do Tribunal do Júri tem consequência na interposição de maior número deste recurso, decorrente do crescimento das decisões de pronúncia.

6 CHAVES NETO, Anselmo; LUCHESA, Cláudio J. – *Cálculo do espaço amostral em pesquisas em administração*. Curitiba: Edição do autor, 2011. [consultado em 2021-04-14]. Disponível em: https://www.unicuritiba.edu.br/images/calculo_do_tamanho_da_amostra_texto_final_para_impressapso1.pdf.

7 IBM. *Regressão linear*. 2019. [consultado em 2021-04-14]. Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/analytics/learn/linear-regression>.

Nesse sentido, o Programa Tempo de Justiça afigura-se como fator que implicou em maior número de decisões de pronúncia proferidas pelas varas do Tribunal do Júri, o que gerou aumento na quantidade de RESE interpostos nas Câmaras Criminais do TJCE contra estas decisões.

Diante da disposição em rol dos dados globais, obteve-se o fluxo temporal no TJCE, considerando as datas de interposição e de julgamento, a fim de avaliar em quanto tempo ocorreram os julgamentos e o impacto nos acervos processuais. O gráfico abaixo mostra uma linha de tendência regressiva, isto é, um afinilamento, no qual os processos mais recentes apresentam tempo de julgamento menor.

Verifica-se que há um incremento na quantidade de julgamentos dos RESE no período estudado, com intensificação dos julgados nos anos de 2016 e 2017. Esta intensificação é menor no ano de 2018, mas ainda assim tem-se mais julgados analisados em comparação aos anos anteriores, conforme se pode observar a seguir.

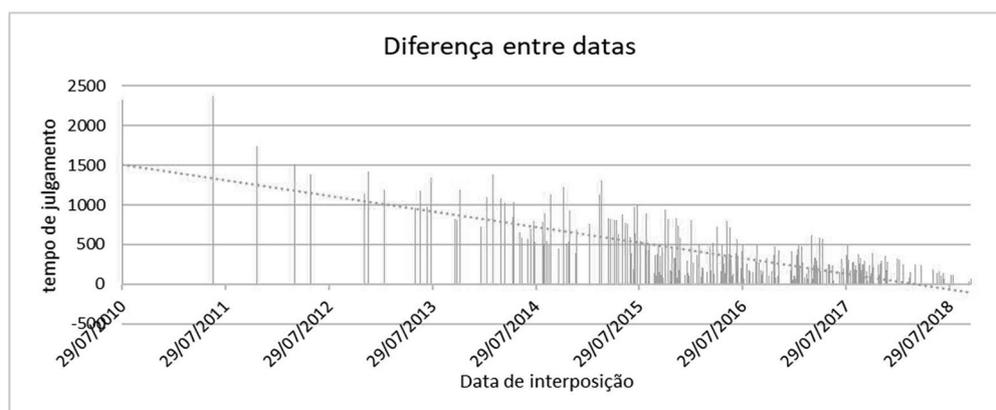


Gráfico 1
Data de interposição x tempo de julgamento.

Portanto, a partir da pesquisa quantitativa realizada, constatou-se que o Programa Tempo de Justiça impactou não apenas o primeiro grau de jurisdição, mas também o segundo grau, diante do aumento da quantidade de RESE interpostos e julgados.

Fonte
Coleta de dados.

3. Análise qualitativa dos fundamentos dos acórdãos coletados

Superada a análise quantitativa acerca do tempo necessário ao julgamento dos RESE, será feita a análise qualitativa dos fundamentos jurídicos utilizados nos acórdãos proferidos pelas Câmaras Criminais do TJCE. É preciso averiguar o conteúdo jurídico do princípio *“in dubio pro societate”*, frequentemente utilizado para fundamentar as decisões de pronúncia no rito do Tribunal do Júri, confrontando-o com o princípio *“in dubio pro reo”*, previsto de forma expressa na CF.

Os dois princípios versam sobre a dúvida no processo penal, mas enquanto o *“in dubio pro reo”* é normalmente aplicado na sentença e favoravelmente ao acusado, o *“in dubio pro societate”* é aplicado nas decisões interlocutórias, quando do juízo de admissibilidade da acusação, favorável ao *jus puniendi* estatal, e não ao réu.

Defende-se que, diante da dúvida, é mais aceitável absolver um culpado do que processar e culpar um inocente por um crime que não cometeu. Então, no procedimento do Tribunal do Júri, diante da insuficiência de provas, entende-se que o juiz não deve pronunciar o réu, aplicando, igualmente nessa fase, o princípio “*in dubio pro reo*”. Diante de inflexões como a correlação dúvida e presunção do estado de inocência, considera-se inaplicável o princípio “*in dubio pro societate*”.

O principal reflexo da diferenciação do procedimento do Tribunal do Júri em relação ao procedimento comum consiste no fato do mérito da sentença ser julgado com base no senso comum, visto que a decisão é tomada por indivíduos leigos com diferentes percepções de mundo, representando à sociedade por meio da aplicação direta do poder do povo nos casos de crimes dolosos contra a vida⁸.

A partir da análise das atas das sessões de julgamento, percebe-se que o princípio “*in dubio pro societate*” é automaticamente utilizado para fundamentar as decisões de pronúncia no procedimento do Tribunal do Júri, em especial após a implantação do Programa Tempo de Justiça, que tem como principal objetivo diminuir o tempo de tramitação dos processos. Defende-se que não é razoável, em nome da mera concretização da celeridade no julgamento dos processos de homicídio com autoria conhecida, que os direitos fundamentais e as garantias processuais do acusado sejam desrespeitados, conduzindo a julgamentos injustos.

O princípio “*in dubio pro reo*” tem assento tanto no texto constitucional (art. 5º, LVII, da CF), quanto tem amparo *infra* legal (art. 386, VII, do CPP), ao passo que o “*in dubio pro societate*”, desprovido de qualquer previsão normativa, pode acarretar o desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova, esvaziando a função da decisão de pronúncia.

Por todo o exposto, é de fundamental importância que o procedimento do Tribunal do Júri resguarde as garantias processuais do acusado, com especial aplicação do princípio “*in dubio pro reo*” também nas decisões de pronúncia, ao invés do “*in dubio pro societate*”, visto que só é correto pronunciar o réu quando houver prova concreta da autoria e materialidade do crime.

4. Conclusão

A partir da pesquisa quantitativa realizada, é possível afirmar que a implantação do Programa Tempo de Justiça aumentou a eficiência das varas do Tribunal do Júri, impactando não apenas o primeiro grau de jurisdição, mas também o segundo grau, diante do aumento da quantidade de RESE interpostos e julgados das decisões de pronúncia.

Assim, uma das consequências imediatamente verificadas foi o aumento da quantidade de julgamentos de RESE, o qual coincidiu com o início dos trabalhos da Terceira

8 SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna *et al.* – *Dúvida e processo penal: procedimento do tribunal do júri, decisão de pronúncia e o “in dubio pro societate”*. “Católica Law Review”, v.3, n. 3, nov. 2019, pp. 43-61.

Câmara Criminal do TJCE, que iniciou suas atividades a partir do segundo semestre do ano de 2016. Tal fato justifica a escolha do início do lapso temporal analisado, ou seja, no mês de agosto de 2016, perdurando a análise até dezembro de 2018.

Verificou-se que o prazo entre a interposição e o julgamento dos RESE diminuiu após a realização do Programa Tempo de Justiça, aumentando a celeridade de tramitação dos processos que versam sobre crimes de homicídio com autoria conhecida. Pode-se inferir que a alteração nos fluxos das varas do Tribunal do Júri refletiu no ajuizamento de maior número de RESE no período analisado, demonstrando que o Programa Tempo de Justiça impactou positivamente na celeridade processual e contribuiu para efetivação do princípio da razoável duração do processo no âmbito das varas do Tribunal do Júri.

Sabe-se que, mesmo diante de uma instrução probatória realizada sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, fatos controversos e nebulosos podem persistir, ocasionando dúvida ao órgão jurisdicional. Nos referidos casos, defende-se que o mais adequado é o magistrado aplicar o preceito constitucional da presunção de inocência, adotando-se o princípio *"in dubio pro reo"* quando houver dúvida na prolação da decisão de pronúncia.

Diante do exposto, conclui-se que o *"in dubio pro societate"* sucumbe ao *"in dubio pro reo"*, quando persiste a dúvida na decisão de pronúncia, considerando que o primeiro não possui nenhum fundamento constitucional ou legal.

Violência, Poder e Decisão Judicial

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.26>

Pedro Jacob Morais

Professor Auxiliar na Escola de Direito da
Universidade do Minho

O vocábulo alemão “Gewalt” firma a dinâmica da realização problemático-judicativa do direito (*maxime* do direito penal), na medida em que a sua polissemia pode ser desdobrada em violência, poder, ordem ou autoridade pública¹. Pese a contiguidade terminológica, é possível identificar claramente uma clivagem semântica entre a violência e os restantes significados. Declinar o poder não será o mesmo que afirmar a violência. Assim não será, na medida em que entre os dois termos medeia um profundo Rubicão problemático. No presente excursão pretendemos reflectir incidentalmente sobre a complexa dinâmica da mediação normativa que intercede entre a violência e o poder.

De volta à imagem do Rubicão, a problematização da sua travessia equivale a pensar o Estado enquanto mecanismo de redução de angústias. Um aparato capaz de possibilitar a continuidade do acontecer humano. Neste concreto sentido, mais do que permitir a desimplicação de um futuro presente que mais não é do que uma justaposição temporal aditiva, permite um verdadeiro presente futuro. O direito não se desvela como um mero recurso positivista a permitir o aqui e agora. Pelo contrário, perspectiva-se como o fiel do porvir, o garante da essencialidade humana. Aliás, mais do que o garante da essencialidade humana (essência do fundamento)², surge como o depositário da perfectibilidade humana, da dinâmica que medeia o “an sich” e o “für sich”³.

A configuração de um Estado de direito que não se profile meramente formal, mas que surja em toda a sua materialidade garantística, exige a consideração da dignidade humana. Uma dignidade que não se apresente como recurso meramente semântico e naturalmente vazio de valor e sentido, mas como um vector-guia de toda a normação. Afirmar a dignidade humana, mais não é do que soerguer a pessoa a valor

1 Para um esclarecimento terminológico aprofundado, ver DERRIDA, Jacques – *Força de Lei*. Porto: Campo das Letras, 2003, p. 13.

2 Sobre o desvelamento do ser, HEIDEGGER, Martin – *A Essência do Fundamento*. Lisboa: Edições 70, 1988, pp. 22 e 23.

3 A propósito destes conceitos, vide HEGEL – *Introdução à História da Filosofia*. Coimbra: Arménio Amado, 1961, pp. 62 e 63.

primevo e último do Estado. Valor primevo e último, esteio e destino de um Estado que não se perfile como *machina machinarum*⁴ auto-referente e autopoiética.

Bem observado, a normação, enquanto atribuição legislativa e antecâmara da tarefa judicativa, resulta da resolução sintética do binómio violência-poder. Dito de outro modo, a norma jurídica apresenta-se como o produto da tortuosa composição que partiu da anomia originária rumo a um futuro negociado, compactuado ou contratualizado.

A génese do conceito de Estado encontra-se irreduzivelmente ligada ao mitologema contratualista, seja por via do pessimismo hobbesiano, do optimismo rousseauano⁵ ou do garantismo (sem exageros anacrónicos) de Beccaria⁶. Em qualquer das suas variações encontramos a transição do *status naturalis* para o *status civitatis*. Topamos com a ideia da insustentabilidade da condição de bando, do abandono pré-estatal. Uma insustentabilidade que se traduz em lutas fratricidas, motivadas pela ontologia da alcateia humana (*homo homini lupus*)⁷ ou pela degenerescência do bom salvagem⁸ de uma qualquer Idade do Ouro. O contratualismo social, seja sob a espada e o ceptro de Leviatão, seja por via da vontade geral, conduz, mais do que a uma inter-subjectividade descarnada, a uma verdadeira comunidade, prenhe de obrigações comuns (*cum munus*)⁹.

A génese do Estado possui uma natureza não apenas comunitária, mas também imunitária, na medida em que semelhante declinação do político¹⁰ se apresenta como um esforço de autonomização ambiental, ou seja, de separação normativa em relação à violência conatural ao agir humano pré-estatal. Neste sentido, o Estado imuniza os sujeitos do pacto ou do contrato em relação ao bando e, ao mesmo tempo, agrega-os, *rectius*, abriga-os e obriga-os num amplexo comunitário. Neste concreto sentido, o Estado surge numa relação de sinonímia com a normação jurídica, *maxime* a jurídico-penal. A tarefa primeira do Estado manifestava-se na redução da violência anómica do *status naturalis* para níveis comunitariamente suportáveis. Em jeito de síntese, o seu escopo inicial prendia-se com a estabilização do *status civitatis*.

Em termos normativos, a génese estatal marca a substituição do falso trinómio “eu-anomia-outro” pelo verdadeiro trinómio “eu-norma-outro”. Em bom rigor, a anomia,

4 A reflectir o Estado como mecanismo do poder, SCHMITT, Carl – *Der Staat als Mechanismus bei Hobbes und Descartes*. “ARSP”. Vol. 30 (1936/37), pp. 622-632.

5 Cfr. ROUSSEAU, J.J. – *O Contrato Social (Manuscrito de Genebra)*. Maia: Círculo de Leitores, 2012, p. 57.

6 A reflectir sobre o garantismo de Beccaria, COSTA, José de Faria – *Ler Beccaria Hoje*. In “Dos Delitos e das Penas”. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 8 e ss.

7 Vulgata de Hobbes que remonta a Plauto (*lupus est homo homini*).

8 Sobre as características do homem no estado de natureza, ver ROUSSEAU, J.J. – *Discurso Sobre a Origem e Desigualdade das Nações*. Porto: Livraria Athena, 1964, pp. 54 e ss.

9 Cfr. ESPOSITO, Roberto – *Communitas: Origen y destino de la comunidad*. Madrid: Amorrortu, 2003, p. 25 e Idem - *Immunitas: Protección y negación de la vida*. Madrid: Amorrortu, 2009, p. 14.

10 Sobre a diversas declinações do conceito do político, cfr. MONEREO PÉREZ, José Luis – *Estudio Preliminar: El Espacio de ‘Lo Político’ en Carl Schmitt*. In “El Leviathan en la Teoría del Estado de Thomas Hobbes”. Granada: Comares, 2004, p. XXIV.

opondo os sujeitos (*bellum omnium contra omnes*)¹¹, impede a alteridade ou, dito de modo diverso, inquina a possibilidade da construção de um projecto comum. Enquista a possibilidade comunitária. Por sua vez, a norma que se ergue entre os sujeitos assume-se como elemento mediador, *pontifex* a permitir o sinalagma da obrigação comum estatal.

Em grande medida, o Estado assoma-se como um fenómeno jurídico-normativo a permitir a superação da violência originária. Semelhante violência, através da normação estatal, surge rendida pelo poder. Numa palavra, o poder apresenta-se normativo e a violência anómica. Assim se compreende que o Estado surja como o monopolista da violência, no preciso sentido de ser o receptor da violência pré-estatal, apresentando a função de a reduzir para níveis comunitariamente (jurídico-penalmente) suportáveis.

Aqui chegados, facilmente se compreende que o *ius puniendi* estatal surja como o corolário da transição do *status naturalis* para o *status civitatis* ou, melhor, da conversão da violência em poder. Na óptica contratualista que nos ocupa, a sanção jurídico-penal ou, dito de modo diverso, a decisão judicativa que conduz à aplicação das consequências jurídica do crime visa impedir a desestabilização do *status quo* estatal. Numa frase, a decisão judicativa criminal quadra a autonomização do ordenamento jurídico em relação à violência irrestrita, *rectius*, anomicamente distendida dos bandos, das tribos ou das *communitas* não integradas (isoladas) na concreta *societas* que conforma o Estado.

Para o que nos ocupa, a sanção jurídico-penal contida na decisão judicial compreende o paradoxo do poder estatal enquanto diminuição da violência ambiental e respectiva reestruturação ou internalização sistémica. Reestruturada, a violência preexistente converte-se em poder público. Dito de outro modo, a instabilidade (“diabolon”) pré, sub ou infra-estatal é substituída pela estabilidade (“symbolon”)¹² normativa ou, melhor, pela (re)estabilização normativa conatural à sanção jurídica. Julgar significa, neste concreto sentido, decidir entre a violência e o poder, entre a correcta redução daquela e a óptima composição deste. Assim se compreende a função simbólica do poder, ontologicamente associada à agregação comunitária da sociedade contra a desestabilização do bando pré-estatal. A tarefa judicativa permite a manutenção de níveis residuais de violência por via de um *ius puniendi* devidamente estruturado e estabilizado. Pelo exposto, a principal atribuição do Estado moderno de tipo europeu consiste na redução da conflitualidade inter-subjectiva. Ao contrário do que Nils Christie diagnosticou¹³, a escassez conflitual não redunde, em primeiro lugar, num roubo estatal do conflito e, em segundo lugar, não representa a fragilização da ideia de comunidade. Pelo contrário, a obrigação mútua inerente à comunidade necessita

11 HOBBS, Thomas – *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Lisboa: INCM, 2010, p. 111.

12 A analisar os termos “symbolon” e “diabolon”, ver HAN, Byung-Chul – *Topologia da Violência*. Lisboa: Relógio D’Água, 2019, pp. 86 e ss e 125 e ss.

13 No seu CHRISTIE, Nils – *Conflicts as Property*. “The British Journal of Criminology”. Vol. 17, n.º 1 (1977), pp. 7 e ss.

da estabilidade normativa da paz pública. A belicosidade conatural ao estado de natureza, ao exponenciar o conflito humano, mais não faz do que inquinar a possibilidade de eleição de uma norma comum a mediar os diversos intervenientes sociais. O conflito – visto como originário ou roubado – que não se afigure residual impede a construção de um sistema global de justiça¹⁴.

As considerações que vimos tecendo a propósito da violência e do poder, pese a sua proximidade com o pensamento contratualista moderno, não podem ser completamente transpostas para o referente tardo-moderno¹⁵. Assim não deve ocorrer, na medida em que a modernidade tardia não parece coadunar-se com o mecanicismo – herdeiro dilecto do cartesianismo – da explicação contratualista do binómio anomia-norma. De facto, o tónus estatal pós-moderno não se basta com uma mera descrição tópica da transição do estado de natureza para o estado de cidadania. Uma descrição da génese estatal puramente normativa, mais não seria do que a assunção de um normativismo puro, naturalmente avesso a considerações de valor e sentido. Destarte, a normação criadora do *status civitatis*, se o quiser dotar de uma estabilidade verdadeiramente resolutive de problemas – entre eles, o da violência – não deve olvidar o esteio pessoal.

Nenhuma decisão judicativa surge, *hic et nunc*, completa quando descrita como mero dispositivo de conversão da violência em poder, corolário do grande monopolista do poder. Semelhante estado de coisas, sendo admissível num Estado de mera legalidade, não o será num Estado de direito em sentido material. Neste *locus*, a explicação do monopólio do poder surge escassa ou deficitária. Assim ocorre porque, em bom rigor, a mencionada transição contratualista não se basta hoje com a concepção auto-referente e autopoiética do Estado. A transição contratualista não se afigura hoje como mera acumulação normativa, ausente de uma essência fundamental. Pelo contrário, a essência que a define e que surge como o *prius* axiomático de toda a construção estatal, de todo o sistema de justiça penal, deverá radicar na pessoa.

Como vimos anteriormente, a verdadeira inter-subjectividade surge declinada por via do trinómio “eu-norma-outro”, no concreto sentido de que a normação permite um encontro de sujeitos livre dos perigos ou, melhor, da violência anómica. A imediação anómica impede a construção comum (*communitas*), mas também a própria personalidade, conquanto esta apenas se afigura passível de ser afirmada em todo o seu espectro de extrinsecação e respectiva intrinsecação¹⁶ quando livre ou libertada da violência. A pessoa deve então ser afirmada como a força motriz da comunidade, sob pena de esta mais não representar do que um retorno à violência originária,

14 A propor e a desenvolver o conceito de “sistema global de justiça penal”, ver MONTE, Mário Ferreira – *Apontamentos de Direito Penal. I: Fundamentos, Teoria da Lei Penal*, 2021 (exemplar policopiado gentilmente cedido pelo Autor), p. 55 e ss, e idem, *Da realização Integral do Direito Penal. In Dias, Jorge de Figueiredo*, [et al.], “Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves”. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Vol. 3, p. 752 e ss.

15 A contextualizar a pós-modernidade, RENAUT, Alain – *A Filosofia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2010, p. 731.

16 A propósito da “extrinsecação” e da “intrinsecação”, cfr. KIERKEGAARD – *Temor e Tremor*. Guimarães Editores, 1998, p. 59.

desta feita sob a aparência de poder. Dito com clareza, a construção estatal avessa à personalidade mais não constitui do que o retorno à conflitualidade do *status naturalis*. Assim ocorre visto que o *status civitatis* não contém apenas as regras mínimas ou o mínimo denominador comum comunitário, compreendendo igualmente a personalidade como pressuposto e produto.

A personalidade humana ou, melhor, a possibilidade de ser pessoa livre da angústia contingente, da ameaça constante da ausência de normas, apresenta-se como o verdadeiro substrato de qualquer Estado de direito em sentido material. Um Estado que seja da pessoa, para a pessoa e pela pessoa. Um Estado que não ceda à vertigem da instrumentalização pessoal autoritária ou totalitária. Uma instrumentalização que mais não é do que uma despersonalização ou o retorno da personalização deficitária pré-estatal. No estado de natureza os sujeitos não são livres de *personare*¹⁷, de se afirmar como pessoa perante o bando que os circunda e secunda. Destarte, a norma estatal perfila-se como garante da personalidade, de tal modo que é possível afirmar, em jeito de paradoxo, que o sujeito apenas surge realmente desvelado enquanto pessoa num contexto normativo estatal adequado, ou seja, materialmente garantístico. Neste concreto sentido, a liberdade de ser pessoa apenas se afigura viável no contexto comunitário social. Tão-só perante o Estado (materialmente de direito) o sujeito se reconhece como pessoa perante outras pessoas, numa verdadeira unidade sintética inter-subjectiva. Assim se compreende o paradoxo da personalidade enquanto substrato e produto da norma estatal. A personalidade como um *prius* axiomático que é simultaneamente um vector-guia normante.

De volta ao trinómio “eu-norma-outro”, encetemos mais algumas considerações. Em primeiro lugar, a norma que medeia o “eu” e o “outro” encontra-se numa relação de identidade com a comunidade, na medida em que esta mais não é do que a eleição de uma norma comum, de uma obrigação comum. Para o que nos interessa, a comunidade será uma comunidade normativa jurídica. Uma comunidade que, soerguendo-se como a norma mediadora da alteridade, reduz a conflitualidade para o mínimo socialmente suportável. Destarte, o trinómio “eu-norma-outro”, facilmente se converte em “eu-comunidade-outro”. Em segundo lugar, o “eu” e o “outro”, sendo pessoas ou, melhor, vendo a sua personalidade previamente existente jurídico-normativamente exponenciada, não se encontram numa oposição insanável. Semelhante oposição apenas existia no estado de natureza. No estado de cidadania, a norma jurídica, verdadeiro agregador comunitário, possibilita o encontro da diferença numa síntese final redutora da complexidade ambiental. O “eu” pode encontrar-se no “outro” através da norma jurídica, descobrindo-se mutuamente enquanto pessoas. Pelo exposto, o trinómio “eu-norma-outro” reconverte-se em “pessoa-comunidade-pessoa”. Uma comunidade que, note-se, estabiliza a sociedade, pelo que não existe qualquer oposição apriorística entre os termos *communitas* e *societas*. Em bom rigor, a *societas* não dispensa a agregação comunitária, a obrigação comum que cinge toda a *communitas*. *A contrario*, a existência de micro-comunidades refractárias à sociedade, enquanto

17 Sobre o acto de *personare*, LALANDE, André – *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie*. Paris: Quadrige, 1999, p. 759.

possíveis *loci* do retorno da violência, coloca em causa a estabilidade normativa essencial à correcta composição do *ius puniendi*.

A existência de micro-comunidades refractárias à sociedade, coloca ingentes problemas no que respeita à composição do poder. Por um lado, a sua proliferação descontrolada poderá colocar em causa, pela via da desestabilização normativa, o poder estatal. Esta primeira declinação compreende um retorno da violência do *status naturalis*. Por outro lado, poderá servir igualmente os discursos populistas penais, discursos que cavalgam a vaga da violência excessiva, propondo um poder igualmente excessivo. Estes discursos propõem um recrudescimento do poder que, bem observado, mais não é do que verdadeira violência normativizada. Assim se compreende que a defesa do trinómio “eu”-norma-“outro” - um critério que assume a personalidade como *prius* axiomático e vector-guia - se apresenta como uma defesa da pessoa e de uma sociedade que a respeite. Surge igualmente como uma válvula de segurança contra os excessos do punitivismo penal, nomeadamente nas suas declinações populistas. Uma válvula de segurança que deve fazer-se sentir a cada impulso normante.

Para além do impulso normante, a própria decisão judicativa marca a redução da violência ambiental face à correcta composição do poder pessoalmente sustentado e orientado. A decisão judicativa apresenta-se como um elemento essencial à estabilidade da sociedade e da personalidade. Trata-se, bem observado, do elemento que permite a concretização normativa, a passagem da normação meramente semântica para uma normação prática. Uma normação que não deve surgir como puramente positiva, note-se, mas como o resultado de um trabalho preparatório, socavado, teórico-prático. De modo sintético, a decisão judicativa permite que a norma se realize, desvelando-se num normativismo com arraigo fáctico. Um normativismo que se realiza no espaço e no tempo, na sociedade e na pessoa. Julgar - *maxime* criminalmente - mais não é do que compreender o frágil equilíbrio entre a violência e o poder. Julgar é compreender a correcta composição entre a estabilidade estatal e a manutenção da pessoa como esteio e fim último do direito. Julgar é, em certa medida, uma tarefa normante.

O papel contramajoritário da jurisdição constitucional e o desafio na comunicação das decisões do Supremo Tribunal Federal

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.27>

Raquel Botelho Santoro

Doutora e Mestre em Direito do Estado – Direito Constitucional pela
Universidade de São Paulo (USP)
Advogada.

1. Os desígnios e características de uma verdadeira democracia

Um regime democrático não é considerado como tal apenas pelo fato de atender ao princípio das majorias eleitorais, o que se daria por meio da garantia de eleições livres, justas e majoritárias, mas também por outros requisitos, igualmente importantes, como a proteção aos direitos humanos, a previsão de instituições de controle, e outras características frequentemente relacionadas ao que se convencionou chamar de liberalismo.

Por liberalismo, podemos entender a proteção à intervenção do Estado na esfera de direitos individuais, o que se dá, como sabemos, por mecanismos diversos, dentre eles o estabelecimento de direitos fundamentais e a previsão de instituições de controle muitas vezes de características contramajoritárias, sendo a Corte Constitucional um dos principais exemplares dessa garantia nas democracias modernas¹.

Ao possibilitar que minorias parlamentares, partidos políticos, associações e entidades de defesa e proteção de direitos individuais acessem a Corte Constitucional para questionar a constitucionalidade – e, em última análise, a legitimidade – de medidas legislativas e atos judiciais concretos, a Constituição busca exatamente resguardar esse centro pulsante do regime democrático, que é o liberalismo.

1 Norberto Bobbio, analisando o liberalismo e sua correlação com a democracia, faz uma importante distinção a respeito do conceito de Estado Liberal. Para ele, a expressão compreende dois aspectos “*que nem sempre são bem distinguidos: a) os limites dos poderes; b) os limites das funções do Estado. A doutrina liberal compreende a ambos embora possam eles ser tratados separadamente, um excluindo o outro. O liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que serve para representar o primeiro é Estado de direito; a noção corrente para sentar o segundo é Estado mínimo*”. (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2013, p. 17). Assim, quando adotamos o termo liberalismo, neste trabalho, estamos a adotar apenas o sentido correspondente à ideia de Estado de Direito.

Dessa forma, surgem os conceitos de democracia liberal e democracia iliberal, sendo a primeira representada por aquele regime que entendemos efetivamente democrático – o qual não se limita à garantia da maioria eleitoral – e a segunda representada por regimes em que, não obstante seja possível verificar a presença de mecanismos de maioria eleitoral (como eleições majoritárias), não há outros elementos necessários e insubstituíveis à caracterização efetivamente democrática.

Os cientistas políticos têm divergido acerca da aplicabilidade do termo “democracia iliberal” pois, para alguns deles, a característica do liberalismo seria indissociável da democracia e, sem ela, não haveria que se falar na configuração do regime democrático.

Nós compactuamos com esse entendimento, pois igualmente consideramos que, sem o liberalismo e apenas com a garantia de mecanismos de maioria eleitoral, não há que se falar na configuração do regime, que se caracteriza por uma série de requisitos que não podem estar limitados a este último.

Aliás, cumpre notar que vem de longe a apreensão com a possibilidade de que os regimes democráticos preocupados unicamente em garantir a preservação dos ideais majoritários acabem por descambar em tiranias da maioria, sendo evidente a necessidade de se instituir mecanismos possíveis de controle e de preservação dos interesses minoritários².

Assim, é essencial a qualquer regime democrático que possua, igualmente, os traços de liberalismo imprescindíveis à sua caracterização, estando dentre eles os mecanismos de proteção e defesa dos direitos individuais frente a eventuais arbítrios estatais, sendo a Corte Constitucional – que, no Brasil, é o Supremo Tribunal Federal – um dos principais elementos de garantia deste mesmo liberalismo.

2. O discurso populista que tomou conta da política nacional brasileira e a desnaturação da imagem democrática

A redução da compreensão sobre a democracia como apenas um regime em que se verifica a observância de uma maioria eleitoral é mais facilmente observada quando o

2 A este respeito já era a análise de Alexis de Tocqueville por volta dos anos 1820 sobre a democracia americana, quando manifestava a sua preocupação com a possibilidade real de que o regime dito democrático descambasse para uma tirania ou despotismo. Neste sentido: “Quando um homem ou um partido sofrem uma injustiça nos Estados Unidos, a quem você quer que ele se dirija? À opinião pública? É ela que constitui a maioria. Ao corpo legislativo? Ele representa a maioria e obedece-lhe cegamente. Ao poder executivo? Ele é nomeado pela maioria e lhe serve de instrumento passivo. À força pública? A força pública não passa da maioria sob as armas. Ao júri? O júri é a maioria investida do direito de pronunciar sentenças – os próprios juizes, em certos Estados, são eleitos pela maioria. Por mais iníqua e insensata que seja a medida a atingi-lo, você tem que se submeter a ela. Suponha, ao contrário, um corpo legislativo composto de tal maneira que represente a maioria, sem ser necessariamente escravo de suas paixões; um poder executivo que tenha uma força própria e um poder judiciário independente dos dois outros poderes: você ainda terá um governo democrático, mas nele quase já não haverá possibilidade de tirania.” TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América – Livro 1, Leis e costumes*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 296.

arcabouço político vigente é de caráter populista, uma vez que, nessa situação, a democracia é utilizada como argumento para práticas que, sob o pretexto de fortalecê-la, na realidade buscam o seu enfraquecimento³.

É assim que, utilizando este raciocínio reducionista sobre a democracia como limitada a um regime que viabiliza o exercício da maioria eleitoral, os governantes brasileiros têm buscado criar um embate com as instituições de controle, especialmente aquelas que exercem por excelência o papel contramajoritário, sendo o Supremo Tribunal Federal (no caso do Brasil), o seu principal expoente.

Neste sentido é que temos visto, com cada vez maior frequência, a veiculação de críticas ferinas por membros do Legislativo e do Executivo a decisões do Supremo Tribunal Federal que refletem o exercício de seu poder contramajoritário e que, portanto, são contrárias ao sentimento da maioria eleitoral.

Referidas críticas têm, por grande parte das vezes, o mote de questionar a legitimidade democrática do órgão judicial, exatamente pelo fato de que seus integrantes não são objeto de escrutínio eleitoral majoritário, mas atuam frequentemente, dentro das suas atribuições, de modo a confrontar uma legislação majoritariamente aprovada, ou uma medida oriunda do Executivo majoritariamente eleito.

É frequente notar como nos últimos anos – e em especial com a escalada conservadora na política brasileira –, essas críticas vêm se tornando não apenas mais frequentes, mas também mais incisivas, de modo que passou a ser comum verificar protestos contra a atuação da Corte e acusações quanto a um suposto ativismo, com pedidos de *impeachment* de Ministros (apesar de que nenhum dos muitos pedidos apresentados chegou a ser instaurado propriamente) e mobilizações antes e depois de importantes julgamentos e nomeações para aquele Tribunal.

Essas críticas coincidiram, como dito, com essa escalada conservadora na política nacional e também com o fenômeno do populismo de direita bem identificado no Brasil após a eleição do Presidente Jair Bolsonaro no ano de 2018, fenômeno este apontado por diversos cientistas políticos na Europa e nos Estados Unidos⁴ e identificado com outras tantas manifestações do mesmo aspecto em outros Estados nacionais.

Como reflexo desse movimento, além dos ataques orquestrados às instituições de controle previstas pelo regime democrático e constitucional, é frequente observar a ideia de que o Presidente eleito deve ser considerado como um líder supremo

³ A este respeito, vide ROSANVALLON, Pierre. *El Siglo del Populismo*. 1ª ed. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020.

⁴ Como, por exemplo: HUNTER, Wendy e POWER, Timothy J. *Bolsonaro and Brazil's Illiberal Backlash*. In: *Journal of Democracy*, Vol. 30, N. 1, Janeiro 2019, pp. 68-82; SILVA, Fabio de Sa. *From Car Wash to Bolsonaro: Law and Lawyers in Brazil's Illiberal Turn (2014-2018)*. "Journal of Law and Society", Volume 47, Nº S1, Outubro/2020; STANLEY, Jason. *How Fascism Works – the politics of us and them*. 1ª ed. New York: Random House, 2020; ALBRIGHT, Madeleine. *Fascism – a warning*. 2ª ed. New York: Harper Perennial, 2018; POSADO, Thomas. *Régressions Démocratiques en Amérique Latine*. In: "Revista Pouvoirs", Vol. 1 nº 169, 2019, pp. 19-32; e BAVEREZ, Nicolas. *Les Démocraties Contre la Démocratie*. « Revista Pouvoirs » Vol. 1, nº 169, 2019/2, pp. 5-17, dentre outros.

representante da vontade do povo e a ficção de que esse ideal de povo poderia ser representado univocamente por aquela maioria transitória que se verificou nas urnas durante o escrutínio eleitoral.

É comum, ainda, que o discurso populista se utilize do argumento de defesa da democracia para, pelo contrário, promover ataques a ela, o que podemos verificar no próprio exemplo relativo à Suprema Corte e à rejeição de sua atuação sob fundamentos que não se justificam e nem se sustentam.

E neste sentido, muitas vezes o governo populista busca criar um inimigo comum que possa unir – ainda que artificialmente – a população. Ao fazê-lo, cria uma ilusão de unicidade que, em realidade, sabemos inexistir em uma sociedade cada vez mais plural. Contudo, essa ficção alimenta o discurso populista de um inimigo comum, favorecendo a apresentação do Chefe do Executivo como o único líder capaz de refletir a vontade popular.

Este discurso cria uma impressão de que toda a atuação institucional que conflite com as propostas e agendas deste Governo é, na realidade, uma afronta àquele que se apresenta como o único defensor dos ideais democráticos, o que cria uma atmosfera de conflito institucional alimentada pela corrente majoritária.

E uma vez consolidada essa atmosfera e este falso discurso de proteção à democracia, algumas atitudes concretas passam a ser tomadas por este Governo populista e seus representantes na tentativa de enfraquecer efetivamente as garantias institucionais que a Constituição e o regime político dela derivado instituíram para garantir a preservação da democracia.

Exemplos fartos a este respeito podem hoje ser percebidos no Brasil, em situações inclusive muito semelhantes a outras que ocorreram em países europeus que enfrentaram e ainda enfrentam o mesmo teste democrático.

Um exemplo disso é proposta de emenda constitucional (PEC nº 159/19) apresentada por uma Deputada Federal da base de apoio do Presidente Jair Bolsonaro, em que se propõe diminuir a idade de aposentadoria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, buscando, assim, possibilitar que o Presidente tenha a oportunidade de indicar mais membros para compor a Corte durante o seu mandato, comparativamente àquelas vagas que já estariam disponíveis para indicação no curso de seu mandato.

E o que se mostra mais complicado em termos práticos e em decorrência deste fenômeno ora observado, é o fato de que a atuação da Corte Constitucional passa a ser questionada de forma constante, o que cria um desafio para o Tribunal no tocante à definição de estratégias de comunicação referentes a sua atuação como um todo.

Assim, para evitar que tais manifestações de contrariedade e que os discursos radicais de oposição não passem a prejudicar de forma irreversível a imagem da Corte Constitucional perante a sociedade, mostra-se imprescindível avaliar este cenário e propor medidas de auxílio na sua comunicação.

3. Estratégias de comunicação a serem adotadas por uma instituição tradicionalmente contramajoritária e frequentemente impopular

É evidente que, como vimos, o exercício do papel contramajoritário pela Corte Constitucional e a sua natureza de órgão de controle da atuação governamental e legislativa, dentro de suas atribuições e competências, a torna naturalmente uma instituição muitas vezes impopular.

Dessa maneira, a fim de buscar minimizar os impactos de sua atuação no imaginário popular e de evitar que a Corte Constitucional seja compreendida como uma instituição contrária à democracia e ao povo – como buscam caracterizá-la os populistas e seus seguidores –, necessária se torna a definição de uma estratégia de comunicação no exercício de suas prerrogativas e competências.

No nosso entender, a mais eficaz maneira de evitar este tipo de confusão a respeito do papel da Corte não poderia deixar de passar pela compreensão de sua função dentro de um sistema de separação de poderes e configuração republicana e democrática, compreensão esta que deveria vir desde a educação básica.

Talvez a ausência de uma abordagem mais direta e específica sobre este tipo de mecanismo de contenção e de equilíbrio entre Poderes instituídos contribua para que se distorça o discurso a respeito da configuração do regime democrático. Ao mesmo passo, uma abordagem direta sobre tais pontos contribuiria para a criação de consciências que certamente seriam menos suscetíveis a discursos populistas e reducionistas, como estes que atualmente vemos prevalecer.

Mas tendo em vista que essa abordagem educativa inexistente representa hoje já um déficit bastante considerável a ser suprido e que há urgência em se encontrar uma solução efetiva, há que se pensar em estratégias mais imediatas a serem aplicadas na comunicação da Suprema Corte.

Assim, seria interessante que a comunicação das suas decisões, inicialmente, adotasse uma linguagem mais acessível, permitindo a compreensão exata dos fundamentos utilizados nos acórdãos e deliberações plenárias e individuais, o que poderia contribuir para a melhor compreensão não apenas do teor e resultado prático das decisões, mas igualmente de sua fundamentação.

Neste sentido, a divulgação das decisões poderia ser acompanhada de pequenos esclarecimentos acerca da competência constitucional que permitiu aquela deliberação e as razões pelas quais se permitiu que a Suprema Corte se debruçasse sobre tal e qual questão específica.

Neste sentido, seria interessante, antes da divulgação de uma decisão tomada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, por exemplo, realizar uma pequena explicação a respeito das razões jurídicas que permitiram à Corte ingressar no mérito da matéria e decidir da forma como houve por bem decidir.

Assim, ao invés de simplesmente divulgar um acórdão informando que “A Corte Constitucional, por maioria, julgou inconstitucional a Lei nº XYZ aprovada pelo Congresso Nacional”, a mesma informação poderia ser repassada com um maior detalhamento fático e uma linguagem mais acessível, indicando, por exemplo: “A Corte Constitucional, após receber uma ação que questionava que a Lei nº XYZ violava artigos e princípios instituídos pela Constituição Federal para fins de garantir os direitos das minorias, acabou considerando-a inconstitucional, e proferiu julgamento neste sentido, impedindo que a norma entrasse em vigor para evitar que os referidos preceitos e garantias fossem violados”.

A sugestão acima, evidentemente, é simplista e leva em consideração um exemplo genérico e abstrato, mas reflete como a divulgação da atuação da Corte pode parecer mais legítima quando a explicação acerca das motivações das suas decisões e do exercício das suas atribuições constar da própria divulgação, levando em consideração que o conhecimento popular sobre a importância institucional da Corte é muitas vezes incipiente.

4. Conclusões

Como visto, o conceito de democracia tem perdido muito de sua essência, em especial com a ascensão de governos conservadores e populistas, movimento este observado claramente no Brasil após a eleição do Presidente Jair Bolsonaro.

No nosso entender, a tentativa de classificar democracias como liberais e iliberais não faz sentido na medida em que, para que haja efetivamente democracia, é imprescindível que, além do respeito ao princípio eleitoral majoritário, haja a observância dos princípios do liberalismo, compreendidos como mecanismos de defesa do indivíduo contra eventuais arbítrios do Estado.

E a Corte Constitucional é, por essência, uma das principais instituições nos regimes democráticos modernos responsável pelo exercício deste papel de controle contramajoritário, tornando-se por consequência uma entidade de suma importância e, ao mesmo tempo, uma das mais criticadas e impopulares instituições do regime.

Ao se enfatizar que a Corte decide muitas vezes contrariamente às políticas e legislações aprovadas e executadas pelos representantes eleitos majoritariamente, o discurso populista a configura como inimiga do povo, forjando uma ilusão de unicidade e de objetivos comuns que, na realidade, não estão presentes nas sociedades cada vez mais plurais.

Mas tal somente é possível porque falta à população a consciência a respeito de qual seja efetivamente o papel das Cortes Constitucionais e da importância vital do exercício de seu papel de controle contramajoritário para a preservação e garantia da democracia.

E por isso mostra-se cada vez mais necessário que se criem estratégias e mecanismos de comunicação que possibilitem que a Corte divulgue o seu trabalho e a sua atuação de forma acessível a toda a população não apenas no tocante à linguagem utilizada, mas também no que diz respeito aos próprios esclarecimentos necessários a respeito do funcionamento da instituição e dos motivos que fundam não apenas suas decisões, mas a sua atuação em geral.

ALBRIGHT, Madeleine. *Fascism – a warning*. 2ª ed. New York: Harper Perennial, 2018.

BAVEREZ, Nicolas. *Les Démocraties Contre la Démocratie*. « Revista Pouvoirs » Vol. 1, nº 169, 2019/2, pp. 5-17

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2013.

HUNTER, Wendy e POWER, Timothy J. *Bolsonaro and Brazil's Illiberal Backlash*. In: *Journal of Democracy*, Vol. 30, N. 1, Janeiro 2019, pp. 68-82.

POSADO, Thomas. *Régressions Démocratiques en Amérique Latine*. In: “Revista Pouvoirs”, Vol. 1 nº 169, 2019. pp. 19-32.

ROSANVALLON, Pierre. *El Siglo del Populismo*. 1ª ed. Barcelona: Galaxia Gutemberg, 2020.

SILVA, Fabio de Sa. *From Car Wash to Bolsonaro: Law and Lawyers in Brazil's Illiberal Turn (2014-2018)*. “*Journal of Law and Society*”, Volume 47, Nº S1, Outubro/2020.

STANLEY, Jason. *How Fascism Works – the politics of us and them*. 1ª ed. New York: Random House, 2020.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América – Livro 1, Leis e costumes*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ZAKARIA, Fareed. *The Rise of Illiberal Democracy*. In: “*Foreign Affairs*”; Vol. 6, nº 76 Nov/Dez 1997 pp. 22-43.

A suspensão da prescrição no âmbito do casamento e da união de facto – descubra as diferenças

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.28>

Rossana Martingo Cruz

Professora equiparada a Professora Auxiliar na EDUM

Prof. Adjunta convidada na ESG – IPCA

1. Introdução

A figura da prescrição, tão relevante no Direito Civil, merece uma breve reflexão no âmbito das relações familiares. Nessa medida, importará ponderar sobre a suspensão da prescrição no âmbito do casamento e a sua (des)consideração no entorno da união de facto.

Nos termos do disposto na alínea a) do art. 318.º do Código Civil¹, a prescrição não começa, nem corre, entre os cônjuges, ainda que separados de pessoas e bens. A lei nada refere quanto aos unidos de facto pelo que, aparentemente, será de considerar que esta causa de suspensão não lhes poderá ser aplicada. Importará apreciar qual a razão de ser desta norma e se fará sentido desatender a união de facto neste contexto. Ou se, desta forma, estará o legislador a potenciar uma situação de injustiça material.

A união de facto tem acolhimento legal na Lei n.º 7/2001, de 11 de maio. Nos termos do disposto no n.º 2, do art. 1.º, daquele diploma, estarão abrangidas por este regime de proteção legal duas pessoas que vivam em condições análogas às dos cônjuges. Assim, será a convivência efetiva e diária entre duas pessoas, numa relação unígama e com a aparência de uma união conjugal. Esta comunhão repercute-se numa partilha integrada de vida, na existência de projetos de vida comuns, uma entreaajuda e partilha de recursos. Esta ligação baseia-se num *'animus convivendi'*. No regime português, não existe uma constituição expressa da união, mas sim uma consolidação da mesma no tempo.

O número significativo e crescente de vivências à margem do casamento implica um constante esforço de atualização e adequação por parte dos tribunais nestas matérias, sendo esta questão merecedora de uma breve reflexão.

2. Suspensão da prescrição no casamento e a sua (in)aplicabilidade na união de facto

A prescrição suscita várias reflexões no seu entorno. Todavia, por tal exceder os limites impostos a este texto, não teceremos considerações amplas sobre uma matéria

1 Doravante todas as disposições legais, sem outra menção, reportar-se-ão ao Código Civil.

complexa e já sobejamente estudada². O que nesta sede nos interessa é a reflexão sobre a suspensão da prescrição no âmbito do casamento e a sua (des)consideração no entorno da união de facto³. Assim, não será aqui aferido o prazo de prescrição do direito de pedir a restituição por enriquecimento sem causa, aquando a cessação da união⁴. Estas são situações distintas. No presente texto focaremos apenas na suspensão da prescrição entre cônjuges e a problemática no âmbito dos unidos de facto.

Ora, nos termos do disposto na alínea a) do art. 318.º, a prescrição não começa, nem corre, entre os cônjuges, ainda que separados de pessoas e bens⁵. A lei não contempla neste elenco os unidos de facto. Atendendo à situação material similar, deve a solução legal ser distinta?

Não defendemos uma equiparação do casamento à união de facto, nem a aplicação analógica das normas daquele instituto a esta realidade⁶. Porém, se chegarmos à conclusão que as premissas desta suspensão são as mesmas, seremos obrigados a questionar a congruência do legislador neste domínio.

A prescrição tem natureza imperativa (é, por exemplo, proibida a renúncia antecipada à mesma, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 302.º) e essa natureza subjaz em motivações de ordem pública e interesses gerais. Aliás, a prescrição fundamenta-se face ao devedor (evitar a onerosidade de uma prova quase impossível após o decurso de determinado tempo)⁷, bem como por questões de segurança e estabilidade jurídicas⁸.

2 A prescrição já constava no Código de Seabra (arts. 548.º e ss.). Para perspetiva histórica *vide* CORDEIRO, António Menezes - *Tratado de Direito Civil*. Parte Geral, Tomo IV, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 152 e ss..

3 Retomamos aqui um estudo já por nós afluído em *União de Facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*. Coimbra: Gestelgal, 2019, pp. 273 e seguintes, para onde remetemos para maiores desenvolvimentos.

4 Para esta questão, cfr. o nosso texto *Soluções patrimoniais pós-rutura da união de facto - Ac. do STJ de 4.7.2019, Proc. 2048/15.178STS.P1.S1*. "Cadernos de Direito Privado", n.º 71, Julho-Setembro 2020, pp. 3-37.

5 Figura de modificação do vínculo matrimonial, prevista nos arts. 1794.º e ss. do Código Civil.

6 Conforme já pudemos explicar no nosso *União de Facto versus casamento, ob. cit., passim*.

7 "O fundamento último da prescrição situa-se na negligência do credor em não exercer o seu direito durante um período de tempo razoável, em que seria legítimo esperar que ele o exercesse, se nisso estivesse interessado. Compreendendo-se que razões de certeza e de segurança nas relações jurídicas imponham que a inércia prolongada do credor envolva consequências desfavoráveis para o exercício tardio do direito, nomeadamente em defesa da expectativa do devedor de se considerar liberto de cumprir e até da dificuldade que ele poderia ter de, passado muito tempo, fazer prova de um cumprimento que, porventura, tivesse feito." Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4 de março de 2010, Proc. n.º 1472/04. OTVPRT-C.S1, [Consultado em 14.05.2021]. disponível em www.dgsi.pt. Ou ainda, "A não haver prescrição, qualquer pessoa poderia, a todo o tempo, ser demandada novamente por quase tudo o que pagou ao longo da vida." CORDEIRO, António Menezes - *Tratado de Direito Civil*. Parte Geral, Tomo IV, *ob. cit.*, p. 160.

8 A este propósito, cfr. também MARQUES, José Dias - *Prescrição Extintiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1953, p. 5 e ss.; CORDEIRO, António Menezes - *Tratado de Direito Civil*. Parte Geral, Tomo IV, *ob. cit.*, pp. 159 e ss.; VASCONCELOS, Pedro Pais - *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 382.

Regressemos à questão que nos importa: a suspensão da prescrição entre cônjuges⁹ e o silêncio da lei face aos unidos de facto. Conforme mencionado, o instituto da prescrição é fundamental à estabilidade e certeza do ordenamento jurídico, existindo determinações que visam adequar a prescrição a situações que, pela sua índole, o Direito não pode ignorar. Nessa senda, encontramos causas de suspensão da prescrição (que podem ser bilaterais, subjetivas ou objetivas¹⁰).¹¹ Para efeitos deste estudo, iremos atentar na causa bilateral de suspensão da prescrição que dispõe que a prescrição não começará, nem correrá, entre os cônjuges¹² (alínea a) do art. 318.º do Código Civil).

As causas bilaterais de suspensão da prescrição têm como fundamento uma conexão especial entre as partes, o que justifica o tratamento diferenciado. Em consequência, em duas das alíneas do art. 318.º encontramos relações de cariz familiar. Considerou o legislador que a índole destas relações e a proximidade entre estas pessoas merecia um tratamento particular. Pois, se a prescrição não se suspendesse nestes casos, além de colocar um pendor litigante nestas pessoas (que se veriam confrontadas com a difícil decisão de abdicar do seu direito ou iniciar um litígio com um ente próximo), estaríamos ainda a potenciar uma desproteção daqueles que, por receio, temor, precaução com a estabilidade familiar, ou ascendência da outra parte, prescindissem do direito que lhes assistia. Daí que estejam consagradas estas causas de suspensão da prescrição.

Ora, atendendo a essa preocupação face à proximidade relacional e familiar, causará estranheza não estender, à união de facto, a mesma solução da alínea a) do art. 318.º do Código Civil. Pois, todos os motivos supramencionados serão igualmente aplicáveis no âmbito da união de facto. Não só porque defendemos a natureza familiar da união de facto (com proteção constitucional no n.º 1 do art. 36.º da Constituição da República Portuguesa), mas também porque tal desconsideração pode levar a injustiças materiais. Pensemos, por exemplo, na situação em que dois unidos de facto, com filhos menores, se vêm na iminência de litigar entre si (pondo em causa a estabilidade familiar) atendendo à não suspensão da prescrição. Será tal razoável? Não estará, no limite, o Direito a desproteger os filhos fora do casamento face aos filhos do casamento? Não estará até em causa o princípio da igualdade? Ainda que o casamento e

9 Já no Código de Seabra se estabelecia que a prescrição não podia começar, nem correr, entre casados (art. 551.º, §1.º).

10 Destrinça de CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil*. Parte Geral, Tomo IV, *ob. cit.*, pp. 187 e segs.

11 “Na base do instituto da suspensão reside a ideia que, pesem embora as necessidades de certeza e de segurança, a atitude passiva do credor se justifica em virtude das especiais circunstâncias que acompanham a situação concreta. (...) é legítimo que esta não corra enquanto se verificar uma causa que o impeça de exercer o respectivo direito ou que o coloque numa situação de extrema dificuldade em o exercer.” ANTUNES, Ana Filipa Morais – *Prescrição e Caducidade – Anotação aos artigos 296.º a 333.º do Código Civil* (“O tempo e a sua repercussão nas relações jurídicas”). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 115.

12 Suspendendo-se passa a “não valer, para a prescrição, o tempo da suspensão, valendo, porém, o tempo anterior a esta, a que pode juntar-se o que decorrer depois de cessada a causa da suspensão.” SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz - *Prescrição extintiva e caducidade*. “Boletim do Ministério da Justiça”, n.º 106, 1961, p. 185.

a união de facto não sejam realidades iguais¹³, no exemplo aqui aventado, já estará o Direito a propiciar uma menor estabilidade aos filhos fora do casamento (cujos pais, embora unidos de facto, não beneficiam da suspensão da prescrição) e os filhos do casamento cujos progenitores não estarão sujeitos à pressão de uma decisão nesse sentido, pois a prescrição não começará, nem correrá, enquanto estiverem casados. E a discriminação (aqui material) entre filhos do casamento e fora do casamento é, como bem sabemos, inconstitucional (n.º 4 do art. 36.º da Constituição da República Portuguesa). Mas - mesmo que não existam filhos - não será a proximidade entre estas pessoas justificação suficiente para que a prescrição não corra entre elas?

Não esqueçamos que é a própria lei que descreve a união de facto como uma convivência análoga às dos cônjuges (n.º 2 do art. 1.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio). O carácter íntimo da convivência é o mesmo do casamento (ainda que os contornos jurídicos sejam distintos) e o que releva na suspensão da prescrição entre os casados não é o regime jurídico do casamento mas sim a proximidade especial entre duas pessoas. Se é esta a *ratio* da norma, não há porque não a aplicar à união de facto¹⁴. E não será de recorrer à analogia¹⁵, mas à interpretação extensiva¹⁶ - entendendo-se que a letra da norma ficou aquém do seu espírito¹⁷.

13 Equiparação que não defendemos. Porém, apesar de o tratamento legal não ser o mesmo, a proteção deverá ser equivalente. Em nossa opinião, são ambas realidades jurídico-familiares merecedoras de proteção constitucional, ainda que com contornos legais distintos. Cfr. o nosso em *União de Facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, ob. cit., pp. 81-201.

14 É o mesmo fundamento de uma especial ligação entre as partes que permite que o unido de facto possa, por exemplo, recusar-se a depor como testemunha (al. d) do n.º 1 do art. 497.º do Código de Processo Civil e al. b) do n.º 1 do art. 134.º do Código de Processo Penal).

15 Que não entendemos ser o caminho adequado no que à união de facto concerne.

16 Mesmo se considerarmos ser esta uma norma excecional (face à regra do art. 296.º do Código Civil), a interpretação extensiva será admissível nos termos do disposto no art. 11.º do Código Civil ("*As normas excecionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva.*"). Não ignoramos as vozes apreensivas na distinção entre analogia e interpretação extensiva, não lhes encontrando claras diferenças. Vide, por exemplo, BRONZE, Fernando Pinto - *Lições de Introdução ao Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 809 e ss.. No sentido da excecionalidade do art. 296.º e sua análise, vide ANTUNES, Ana Filipa Morais - *Prescrição e Caducidade - Anotação aos artigos 296.º a 333.º do Código Civil ("O tempo e a sua repercussão nas relações jurídicas")*, ob. cit., p. 116.

17 O acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15 de maio de 2012, explora a ideia da interpretação extensiva ("[s]ão dois os argumentos que se podem convocar para fundamentar uma interpretação extensiva: o argumento de identidade de razão - argumento a pari - e o argumento de maioria de razão - argumento a fortiori. De harmonia com o primeiro, onde a razão de decidir seja a mesma, mesma há-de ser a decisão; de acordo com o segundo, se a lei contempla, explicitamente, certas situações para que estabelece um dado regime, há-de forçosamente pretender abranger também outra ou outras que, com mais fortes motivos, exigem ou justifiquem aquele regime."), todavia conclui que a mesma não é admissível no âmbito da união de facto, excluindo a sua aplicação: "[d]ado que a palavra cônjuge tem, no contexto da lei, um significado preciso e unívoco - o de pessoas unidas pelo vínculo jurídico do casamento - atribuir-lhe também o sentido de pessoas unidas de facto, ultrapassa nitidamente os limites da interpretação admissível e o caso já é nitidamente de aplicação analógica, dado que as pessoas que mantêm uma relação de convivência e de comunhão à margem do casamento não são, para o bem e para o mal, cônjuges. Mas ainda que ex-adverso o contrário se devesse entender, a verdade é que não há razões - seja de identidade ou de maioria de razão - para interpretar extensivamente aquela norma, de modo estender a respectiva causa de suspensão da prescrição aos unidos de facto, dado que a letra da lei não comporta uma excepção implícita que não é admitida pelo seu espírito." Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15 de maio de 2012, Proc. n.º 885/09.5T2AVR.C1, [Consultado em 14.05.2021]. disponível em www.dsgi.pt. Não partilhamos a ótica

Esta seria a solução imediata face à questão nos moldes atuais. Porém, consideramos que, numa próxima oportunidade legislativa, se deverá consagrar expressamente a suspensão da prescrição entre os unidos de facto¹⁸.

Por fim, curiosamente entende o legislador que a prescrição continuará a não começar e a não correr caso os cônjuges estejam separados de pessoas e bens (2.^a parte da alínea a) do art. 318.^o), mas permite que um destes cônjuges separado de pessoas e bens integre uma união de facto com terceiro (uma vez que a separação de pessoas e bens não será um impedimento nos termos da alínea c) do art. 2.^o da Lei n.^o 7/2001, de 11 de maio), sendo que a suspensão da prescrição ocorrerá face ao cônjuge de quem está separado e não face ao unido de facto com quem vive (e convive). Chegaremos, assim, a um *non sense* jurídico: não por se consagrar que a prescrição continua suspensa quando ocorre a separação de pessoas e bens¹⁹ – pois o vínculo conjugal mantém-se, ainda que enfraquecido –; mas por se permitir que os cônjuges separados de pessoas e bens possam constituir uma união de facto protegida com terceiro²⁰ e fazer correr a prescrição neste último caso (cuja proximidade será, em princípio, bem maior quando comparada com aquela que existirá com o cônjuge de quem se separou de pessoas e bens). Parece-nos clara e evidente a incongruência legislativa neste domínio.

3. Conclusão

Sem prejuízo do que fomos defendendo, compreendemos que a solução que avançamos não é isenta de críticas e dificuldades. Desde logo, supondo que se aplica extensivamente a solução preceituada da alínea a) do art. 318.^o à união de facto, a partir de quando estaria a prescrição suspensa entre unidos de facto? A partir dos dois anos em que esta passa a ser protegida nos termos da Lei 7/2001, de 11 de maio, ou desde que se inicia a convivência? E a possível dificuldade de conseguir provar o lapso temporal daquela união? E se, por hipótese, uma das partes opta por não casar, justamente, para evitar determinados efeitos jurídicos – entre os quais a suspensão da prescrição – deve ver-se impedido de exercer o seu direito enquanto credor?

deste aresto, uma vez que pensamos que, olhando para a razão de ser desta norma, fará sentido estender a solução à união de facto, através da interpretação extensiva. A premissa de que partimos também é distinta, uma vez que consideramos a natureza familiar da união de facto, ao contrário do acórdão.

18 Como, aliás, fez o legislador italiano: “*La prescrizione rimane sospesa tra le parti dell’unione civile.*” (art. 1.^o, n.^o 18 da “*Legge 20 maggio 2016, n.^o 76 – Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*”). Sem prejuízo, a figura legal italiana que regula a convivência não é propriamente equiparável à nossa, face ao propósito da sua génese.

19 O vínculo conjugal debilita-se, mas não se dissolve. Daí que faça sentido que os receios do legislador se mantenham, mantendo também a suspensão da prescrição. Entende Pedro Pais de Vasconcelos que ainda existirá entre os cônjuges separados de pessoas e bens uma “*relevância interpessoal suficiente*”. VASCONCELOS, Pedro Pais - *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 387.

20 Desde que decorram os dois anos de convivência, mesmo que estes ocorram quando o vínculo conjugal com terceiro se mantém, ainda que modificado.

Muitas são as questões que se podem levantar neste domínio, muitas delas oriundas da opção que o nosso sistema tomou quanto à união de facto que consideramos não ser, face à situação atual, a mais adequada²¹.

21 Que, atendendo aos limites de espaço impostos ao presente texto, não poderemos escaupelizar. Remetendo para o nosso estudo no *União de Facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, ob. cit. pp. 134 e ss..

Tribunais nacionais, internacionais e paraestatais: os novos conflitos de jurisdição

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.29>

Solano de Camargo

Professor de pós-graduação da Faculdade de Direito da
Universidade Anhembi-Morumbi (Brasil)

1. Jurisdição internacional

A proliferação e a sistemática dos tribunais internacionais requerem uma definição preliminar do conceito de jurisdição internacional.

Como ponto de partida, podemos manter a noção genérica de jurisdição desenvolvida pela teoria do direito. De acordo com esse conceito, de um ponto de vista objetivo, entende-se a função de resolver disputas por meio da interpretação e aplicação da lei em uma determinada lide. Esse aspecto objetivo pressupõe e abrange o procedimento e o próprio julgamento, entendidos como uma série ordenada de atos processuais sucessivos, que desembocam na resolução do litígio.

No direito internacional, a origem da jurisdição internacional se dá por um tratado ou pelo ato de constituição do órgão judicante. Na prática, esses órgãos podem ser chamados tribunais, cortes, comissões ou comitês, enquanto seus membros são nomeados juízes, árbitros ou comissários.

Nesse sentido, é importante resolver agora um problema terminológico que às vezes é levantado pela doutrina sobre a distinção entre cortes e tribunais internacionais. Segundo alguns autores, o termo *corte*, na prática atual, refere-se a jurisdições internacionais permanentes, enquanto um *tribunal internacional* teria apenas um caráter provisório, estabelecido para lapso necessário à resolução de uma disputa específica ou a uma série de casos conexos, todos decorrentes da mesma violação ou de uma situação específica. Para efeitos desta pesquisa, respeitadas as designações oficiais de cada jurisdição internacional, usaremos os termos corte e tribunal como sinônimos. Com efeito, para identificar a natureza jurídica de certas organizações, o que realmente interessa não é sua denominação, mas o escopo específico de sua atividade.

Tanto no direito internacional como no direito interno, a função jurisdicional é uma atividade (as mais das vezes) contenciosa, cujo propósito é a solução de uma controvérsia por meio do proferimento de sentenças vinculantes que, por sua vez, declaram direitos, impõem reparação, condenam ou anulam determinados atos.

Tal definição foi formulada pela primeira vez nas Convenções da Haia de 1899 e 1907 sobre a solução pacífica de disputas internacionais, como já comentado, desde a primeira tentativa de a comunidade internacional organizar uma jurisdição permanente e centralizada, codificando também as regras do julgamento internacional.

A natureza vinculante desse provimento jurisdicional passou a ser o principal elemento de distinção entre esses órgãos e outros meios de solução pacífica de controvérsias internacionais, tais como a negociação, os bons ofícios, a mediação e a conciliação.

E tais idênticos requisitos foram confirmados posteriormente pelos estatutos do Tribunal Permanente de Justiça Internacional (PCIJ) e do Tribunal Internacional de Justiça (CIJ), nos artigos 38, parágrafos 1, 59 e 60. Desde então, tal conceito passou a ser reconhecido pela unanimidade pela doutrina internacionalista.

2. Breve digressão histórica

Embora um tribunal internacional permanente de jurisdição geral tenha sido estabelecido apenas no século XX, foi ele precedido por uma longa história de fóruns de arbitragem *ad hoc*, que serviram como veículos para a resolução de disputas internacionais por terceiros. O Tratado Jay de 1794 marcou o início das modernas arbitragens internacionais, sendo que muitas sentenças arbitrais proferidas nos termos do artigo VII daquele tratado tiveram um papel importante no desenvolvimento das normas de responsabilidade internacional do Estado e prepararam o terreno para o uso de arbitragens internacionais como método adequado de solução de controvérsias.

Entre 1795 e 1922, foram realizadas aproximadamente 350 arbitragens internacionais, muitas das quais envolveram mais de uma sentença. O auge das arbitragens internacionais foi atingido num período de dez anos, entre 1891 e 1900, quando ocorreram 74 procedimentos. Entre 1900 e 1930, foram realizadas 165 arbitragens. Porém, entre 1931 e 1990, as arbitragens declinaram acentuadamente, tendo sido realizadas pouco mais de 50. No entanto, a partir do final do século passado até a atualidade, em decorrência do fim da Guerra Fria e o advento da globalização econômica, as arbitragens entre Estados voltaram a aumentar consideravelmente.

Na última década, vários Estados indicaram o CPA em contratos-modelo, envolvendo não só os próprios Estados como também entidades e órgãos estatais, em particular aqueles relacionados a recursos naturais e projetos de infraestrutura. Exemplificativamente, nos últimos três anos, agências governamentais na Argentina, Brasil e México publicaram contratos e acordos-modelo relativos à exploração e exploração de petróleo e gás, fornecendo um papel para o CPA em suas cláusulas de solução de controvérsias.

Anteriormente, o Equador já incluía a CPA em seus contratos de serviços de mineração e petróleo, desde 2010. Moçambique e Seychelles também publicaram acordos-modelo em 2016 e 2013, respectivamente, com cláusula compromissória a indicar

a CPA como tribunal arbitral, mesmo ainda não sendo Estados membros daquela instituição.

O Secretariado do Tratado da Carta de Energia de seus Acordos Intergovernamentais, no modelo padrão para projetos de dutos e eletricidade transfronteiriços, que também preveem a arbitragem da CPA como órgão de resolução de controvérsias.

Aliás, é ainda oportuno lembrar que o Regulamento Sanitário Internacional em vigor, aprovado pela quinquagésima oitava Assembleia da Organização Mundial de Saúde (OMS) em 2005, em vigor desde junho de 2007, também prevê a resolução de controvérsias entre os Estados signatários por meio da CPA, o que significa, na prática, a possibilidade de se discutir o passivo trazido pela pandemia do Covid-19 em face da China.

Embora o estabelecimento do Tribunal de Justiça da América Central (TJAC, 1907), da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI, 1921 a 1945) e de sua sucessora, a Corte Internacional de Justiça (CIJ, 1945) tenham sido marcos importantes do desenvolvimento da jurisdição internacional, as arbitragens *ad hoc* e os julgamentos nacionais envolvendo litígios de direito internacional continuam a desempenhar papéis importantes até hoje.

Indiscutivelmente, a atuação dos tribunais internacionais foi catapultada no período subsequente à Segunda Guerra Mundial. A partir de então, a comunidade internacional testemunhou o estabelecimento de vários tribunais permanentes e outros órgãos de solução de controvérsias, surgidos com o propósito de resolver litígios em áreas especializadas do direito internacional. Isso inclui o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE, 1952); a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH, 1959); Tribunal Europeu de Energia Nuclear (ENET, 1960); Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos (ICSID, 1966); o Tribunal BENELUX (1966); a Suprema Corte do Caribe Oriental (CECA, 1967); a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 1979); o Tribunal de Reivindicações Irã-Estados Unidos (1981), o Tribunal de Justiça da Comunidade Andina (TJCA, 1984); o Tribunal para Conciliação e Arbitragem da Organização para Segurança e Cooperação na Europa (TCACSCE, 1992); o Tribunal da Associação Europeia de Livre Comércio (TEFTA, 1994); o Organismo de Solução de Litígios da Organização Mundial do Comércio e Órgão de Apelação (OMC, 1994) e os sistemas similares do Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA, 1994), do Tribunal de Justiça do Mercado Comum da África Oriental e Austral (TJMCAO, 1998), e do Mercado Comum do Cone Sul (MERCOSUL, 2004); Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI, 1994); o Tribunal Econômico da Comunidade de Estados Independentes (TCEI, 1994); o Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS, 1996); o Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem da Organização para a Harmonização na África do Direito Comercial (CCJA, 1998); Tribunal de Justiça da África Oriental (EACJ, 2001); o Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos (TAJDH, 2004); o Tribunal de Justiça do Caribe (TJC, 2005); o Tribunal da União Econômica da Eurásia (TEAEU, 2015).

As Nações Unidas também fizeram progressos substanciais no desenvolvimento de uma estrutura global de responsabilização por crimes internacionais graves. Foram criados tribunais penais internacionais *ad hoc*, como o Tribunal de Nuremberg (oficialmente, Tribunal Militar Internacional vs. Hermann Göring et al., 1946-1949); o Tribunal de Tóquio (oficialmente, Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, 1946-1948); o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (1993 a 2017) e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1995). Todos eles tribunais, por sua vez, abriram caminho para o advento do Tribunal Penal Internacional (TPI, 2002). Além dessas cortes, são dignas de registro Tribunal *ad hoc* para o Timor-Leste (2000); as Câmaras Extraordinárias dos Tribunais do Camboja (CETC, 2003); o Tribunal Especial do Líbano (TEL, 2007); o Tribunal Especial para Serra Leoa (TESL, 2002); sucedido pelo Tribunal Especial Residual de Serra Leoa (TERSRL, 2013); o Mecanismo das Nações Unidas para Tribunais Criminais (MNUTC, 2012); e as Câmaras Extraordinárias da África (CAE, 2013).

Os tribunais administrativos internacionais também desempenham importante papel jurisdicional, tais como os das Nações Unidas (TANU, 1949), da Organização Internacional do Trabalho (TAOIT, 1947), e do Banco Mundial (TABM, 1980), além do Conselho da Organização da Aviação Civil Internacional (COACI, 1944).

Como mencionado, a Convenção Internacional sobre Solução de Controvérsias sobre Investimentos, estabelecida pelo Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos (ICSID), desempenha uma função importante na resolução de disputas que surgem no contexto do direito internacional privado, assim como a Comissão das Nações Unidas para o Direito Internacional do Comércio (UNCITRAL) também desempenha um importante papel na definição das regras sobre arbitragem comercial.

3. Etnocentrismo e Direito Internacional

O pensamento jurídico ocidental, logo após a Segunda Guerra Mundial, enfatizou o relativismo, tanto em termos culturais como ideológicos, nos conceitos, princípios e na definição das instituições judiciárias internacionais.

O conceito central de que o direito e as atitudes sociais *de fato*, as crenças e os costumes étnico-culturais de qualquer nação ou de minorias não podem ser padronizadas, foi defendido por diversos estudiosos.

Dentro da sociedade internacional, a promulgação de uma norma pode parecer muitas vezes emanada de uma autoridade distante e estrangeira, como ocorria no Império Austro-Húngaro dos Habsburgos que, estabelecidos em Viena, promulgavam normas que deveriam vigorar nas províncias mais afastadas do interior da Romênia ou da Bulgária.

Na concepção e na construção de um modelo jurídico-institucional para a nova ordem mundial pós-Segunda Guerra, o Departamento de Estado dos EUA e os consultores

jurídicos reunidos em Yalta e em outras conferências de guerra (sobretudo, na de São Francisco em 1945), redigiram os pilares do que viria a ser a Carta das Nações Unidas. O texto, desde o início, projetava sob a comunidade internacional emergente do pós-guerra um modelo de organização baseada fundamentalmente na Constituição e nas instituições políticas dos EUA e na própria experiência histórico-normativa daquele Estado.

A *constitucionalização* do sistema internacional pós-Segunda Guerra foi inspirada, portanto, a partir de uma visão estadunidense quanto a necessidade de submeter os novos conflitos internacionais a procedimentos racionais e ordenados, conduzidos por órgãos independentes (tribunais internacionais), segregados de outros órgãos com funções legislativas e executivas.

Logo, o novo modelo de tomada de decisões jurisdicionais no âmbito internacional era derivado de uma abordagem inerentemente ocidental para a solução de controvérsias; em outras palavras, era produto de fatores intrínsecos à experiência histórico-jurídica ocidental, ainda não replicados em outras sociedades naquele momento histórico.

Porém, ao longo das últimas décadas, seja em virtude do colonialismo político e econômico, seja pela influência cultural e o intercâmbio científico, sociedades não ocidentais na Ásia e na África acabaram por aceitar e integrar as novas jurisdições internacionais.

Com efeito, a incorporação do modelo constitucional de uma sociedade para outra foi realizada com sucesso pelo Japão em 1946, após a Segunda Guerra. Antes, esse processo já havia ocorrido também na Índia, em 1935, por influência direta do governo colonial do Reino Unido.

4. Organizações de *soft law*

Na prática, os Estados podem optar por estabelecer instituições não baseadas em tratados, também chamadas de organizações de *soft law*, como era o antigo Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), a OSCE e o Conselho do Ártico, todas elas aptas a efetuar atividades jurisdicionais atípicas, isto é, não oriundas de um tribunal internacional institucionalizado.

No caso do antigo GATT, seu status jurídico ambíguo era consequência da rejeição pelos Estados Unidos de uma Organização Internacional de Comércio (ITO). O pano de fundo para essa rejeição foi, em parte, o desacordo sobre a conveniência do livre comércio, assim como uma certa desilusão com as Nações Unidas e outras organizações internacionais. O GATT desenvolveu gradualmente uma estrutura institucional na forma de uma secretaria, um conselho e um sistema de solução de controvérsias. Portanto, foi caracterizada como uma organização *de facto*.

Quando a Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa (CSCE) estabeleceu a Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) em 1995, os Estados parte deliberaram que o termo *organização* não alteraria o status do grupo de cooperação, para o de uma organização institucional (*rectius*: pessoa jurídica de direito internacional público). Embora vários Estados membros da atual União Europeia tenham proposto à época a celebração de um tratado que desse à CSCE o status de organização internacional com personalidade jurídica, também não houve o apoio dos Estados Unidos para tal desiderato.

Assim, à época, foi adotada uma declaração política, comprometendo-se os Estados participantes a conceder à OSCE capacidade jurídica necessária para a consecução de suas finalidades, e privilégios e imunidades junto aos Estados.

Mas, no caso de organizações de *soft law*, os Estados membros decidem deliberadamente pela informalidade institucional, o que as distingue das organizações internacionais institucionalizadas.

Embora haja atividades, como dito, legislativas e judicantes, tais organizações de *soft law* não possuem personalidade jurídica internacional.

5. Controle judicial das organizações internacionais

Como corolário lógico do Estado de Direito, o poder público é controlado pelos tribunais. Ao Poder Judiciário é confiada a função jurisdicional do Estado, exercida pelos tribunais e juízes singulares.

Portanto, sua atividade, muito mais que política, tem caráter essencialmente técnico. Mas sua forma varia em diferentes contextos no âmbito interno dos Estados, especialmente se os tribunais têm o poder de controle constitucional da formulação de leis.

O propósito da revisão judicial é tanto um mecanismo de responsabilização, para garantir que o poder executivo cumpra seus deveres constitucionais, quanto para proteger os súditos dos efeitos desses atos.

As decisões proferidas pelas organizações internacionais podem ser tratadas por tribunais internacionais de diferentes maneiras. Em primeiro lugar, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) pode ser instada a proferir uma opinião consultiva sobre “qualquer questão legal”, no âmbito das Nações Unidas, conforme previsto no artigo 96 da Carta, pela Assembleia Geral, pelo Conselho de Segurança, por outros órgãos da ONU ou mesmo pelas agências especializadas autorizadas pela Assembleia Geral.

Embora o Tribunal tenha expressado sua opinião sobre as decisões da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança, também se pronunciou sobre uma decisão da Organização Marítima Internacional (anteriormente, Organização Consultiva Marítima Intergovernamental), assim também como no âmbito da Organização Mundial da Saúde (OMS).

A validade das decisões proferidas por organizações internacionais contra Estados também pode ser questionada na CIJ, tal como ocorreu no caso *Lockerbie*, em que a Líbia impugnou as sanções impostas pelo Conselho de Segurança. No caso *Bósnia*, foi impugnado o embargo de armas adotado pelo Conselho de Segurança, sob a alegação de que tal medida violava o direito de legítima defesa daquele Estado.

6. Considerações finais

A pluralidade tem sido uma característica constante na rede institucional formada pelos tribunais internacionais.

E essa pluralidade tem sido administrada não pelo desenho de estruturas hierárquicas, mas, pelo contrário, pela pelo estabelecimento de várias camadas sobrepostas e um sem número de atores, muitas vezes, não estatais.

Nesse contexto, os atores judiciais estão cada vez mais cientes de sua posição em um mundo diversificado de solução de controvérsias, como atores-chave na formação do sistema jurídico internacional. Eles desempenham essa função firmando-se uns com os outros em busca de coerência.

À luz da multiplicação de foros internacionais para a solução de controvérsias, existe uma preocupação generalizada de que os riscos de procedimentos paralelos e decisões conflitantes tenham se tornado mais agudos.

Em última análise, teme-se que isso possa ameaçar a legitimidade da solução de controvérsias.

Esta realidade contemporânea na ordem jurídica internacional é aquela que os sistemas jurídicos nacionais e regionais enfrentam há algum tempo, havendo ferramentas processuais bem desenvolvidas para coordenar a jurisdição nos regimes de direito internacional privado desses sistemas específicos.

Isso sugere que existe uma preocupação primordial em garantir o estado de direito do sistema jurídico internacional, em vez de miná-lo, introduzindo o risco de julgamentos conflitantes, desperdício de recursos e incerteza.

Assim, as sementes foram plantadas para uma coexistência mais ordenada em um mundo de múltiplas cortes e tribunais. Isso também revela várias novas dimensões nos esforços multilaterais entre atores judiciais e estatais. Há uma abordagem gerencial abrangente emergindo.

E por sua própria iniciativa, as cortes e tribunais assumiram a responsabilidade de administrar a pluralidade inerente ao tecido da solução de controvérsias internacionais.

Alguns tribunais se comportam como atores da mudança judicial, favorecendo uma abordagem sistêmica para a solução de controvérsias.

Sua prática está moldando o surgimento de novos princípios de direito internacional, como o princípio da *litispêndência* ou uma abordagem de *conexidade* ou de cortesia.

Além disso, ao mesmo tempo em que são atores da mudança judicial, estão contribuindo para o desenvolvimento do direito processual internacional.

Esses vários aspectos são certamente desenvolvimentos recentes dignos de atenção e geralmente contribuem para a promoção do Estado de Direito Internacional de formas inovadoras.

Em certas áreas do direito internacional, os Estados se conscientizaram da necessidade de administrar as consequências da multiplicação de cortes e tribunais.

Dada a natureza transversal dos riscos associados à multiplicação de cortes e tribunais, outras áreas do direito internacional podem aprender e contribuir para essas abordagens gerenciais.

Quanto à contribuição de outras áreas do direito, talvez os conceitos de subsidiariedade ou exclusividade, que encontram aplicação especialmente no direito da UE (entre outras aplicações), ou o princípio da complementaridade, que é uma pedra angular do direito penal internacional, poderia desempenhar um papel na proteção contra incoerência e garantir a legitimidade no contexto de uma ordem jurídica internacional cada vez mais complexa.

Isso quer dizer que, embora certos fios de uma abordagem gerencial já tenham sido, ou estejam sendo, tecidos no tecido plural das cortes e tribunais internacionais, ainda há outros que podem fortalecer essa escolha de tecido no campo do direito internacional privado.

A interdisciplinaridade em Direito tributário: as normas de impacto tributário contidas em diplomas atinentes a outros ramos do direito

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.30>

Tânia Meireles da Cunha

Juíza Desembargadora no Tribunal Central Administrativo Sul

1. O direito tributário e a sua interligação com os demais ramos do direito

Se comumente o direito tributário é visto como uma disciplina algo hermética, a realidade demonstra-nos que tal visão não corresponde à realidade, sendo, no seu âmbito, inúmeras vezes convocados regimes de outros ramos do direito.

Essa interdisciplinaridade surge, desde logo, refletida no n.º 2 do art.º 11.º da Lei Geral Tributária (LGT), atinente à interpretação de normas fiscais, no qual se refere que “[s]empre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos de direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer diretamente da lei”.

Desde o direito administrativo ao direito da família, desde o direito das obrigações aos direitos reais, desde o direito societário ao direito da insolvência, não há praticamente ramo do direito que, em algum momento, não se cruze com o direito tributário, implicando que muitas das decisões proferidas tenham de ter sempre em consideração esta interdisciplinaridade.

Convocando-se, pois, disciplinas jurídicas tão diversificadas, uma tarefa que cabe ao julgador passa, naturalmente, pela interpretação e conformação de determinados institutos, tarefa hermenêutica nem sempre destituída de dificuldades.

Esta questão, por outro lado e inevitavelmente, abrange os casos de existência de normas, passíveis de serem consideradas normas tributárias, em diplomas legislativos criados e pensados para outras disciplinas do direito.

A situação acarreta dificuldades acrescidas atentas as exigências constantes da Constituição da República Portuguesa (CRP), concretamente as atinentes à reserva de lei parlamentar, prevista no seu art.º 165.º, n.º 1, al. i), que nem sempre são tidas

em conta pelo legislador, estamos em crer que pelo facto de tais normas estarem contidas em diplomas não especificamente orientados para o direito fiscal.

Propomo-nos, neste seguimento, fazer uma abordagem de duas normas onde justamente tal questão se colocou.

2. A reserva de lei parlamentar e o princípio da legalidade em matéria de impostos

Antes de passarmos à análise de dois casos específicos onde a questão da inconstitucionalidade orgânica se colocou, cumpre, ainda que muito sumariamente, circunscrever o alcance do princípio da legalidade em matéria de impostos.

Não obstante o nosso ordenamento configurar de forma tripartida os tributos – impostos, taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas – apenas nos iremos debruçar sobre os primeiros, dado que são tributos em relação aos quais a reserva de lei parlamentar tem um alcance mais alargado.

Assim, quanto à noção de imposto, este pode ser definido como uma prestação pecuniária unilateral, imposta coativa ou autoritariamente pelo Estado ou por uma entidade pública, sem carácter sancionatório, visando angariar receita ou a prossecução de outras finalidades públicas¹. É ainda de considerar 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 metajurídico.

A tributação, designadamente por via de impostos, é, pois, regida por um conjunto de princípios, com assento na nossa lei fundamental, que podem, desde logo, dividir-se entre princípios que definem limites de natureza formal e os que definem limites de natureza material².

Do ponto de vista dos limites de natureza formal, surge-nos o princípio da legalidade fiscal, na perspetiva da reserva (relativa) de lei parlamentar, espelhando o paradigma do *no taxation without representation*.

Assim, o já mencionado art.º 165.º, n.º 1, al. i), da CRP, prevê que seja da competência relativa da Assembleia da República (AR) legislar em matéria de impostos e sistema fiscal e sobre o regime geral das taxas e contribuições financeiras.

Portanto, no que toca aos impostos, a reserva relativa de lei abrange tudo o que respeite à sua criação, determinação da incidência (nas suas diversas vertentes – objetiva,

1 Cfr. NABAIS, José Casalta – *Direito Fiscal*. 5.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 18 e 19, VASQUES, Sérgio – *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 186 e 187, e DOURADO, Ana Paula – *Direito Fiscal – Lições*. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 38 a 44.

2 Cfr. NABAIS, José Casalta, *ob. cit.*, pp. 134 a 162.

subjativa, temporal e territorial)³, da taxa, dos benefícios fiscais e das garantias dos contribuintes, em consonância com o que resulta do n.º 2 do art.º 103.º da CRP.

O princípio da legalidade fiscal comporta, por outro lado, uma vertente material, de tipicidade fiscal⁴. Significa tal vertente que os elementos essenciais dos impostos têm de ser consagrados de forma rigorosa e definida, atento o disposto no já referido art.º 103.º, n.º 2, da CRP.

É ainda de referir que o legislador ordinário, na LGT, concretamente no seu art.º 8.º, densificou o âmbito do princípio da legalidade tributária.

3. As normas de impacto tributário contidas em diplomas atinentes a outros ramos do direito

Como já referimos, a inconstitucionalidade orgânica de normas contidas em diplomas legais relativos a outros ramos do direito, concretamente o direito societário e o direito da insolvência, está na origem da litigância sobre a qual nos iremos demonstrar.

Tal circunstância decorre, aparentemente, de uma não consideração pelo legislador da interdisciplinaridade a que nos referimos supra e que conduz a que normas, *prima facie* de cariz não fiscal, tenham impacto nesse âmbito, impacto esse que pode ter dimensão tal que conduz ao entendimento de que estamos, em determinados casos, perante norma fiscal atentatória do princípio da reserva de lei parlamentar, como veremos de seguida.

3.1. O art.º 100.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE)

O processo de insolvência, enquanto processo de execução universal, tem naturalmente reflexos e impacto ao nível das dívidas de natureza fiscal, como, aliás, surge evidenciado em algumas das disposições legais de âmbito claramente tributário (cfr., *v.g.*, o art.º 180.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário – CPPT).

Um desses impactos situa-se ao nível da contagem do prazo de prescrição.

O instituto da prescrição é transversal a todas as relações creditórias, contendo, no entanto, características muito díspares no nosso ordenamento, consoante a concreta natureza das dívidas em causa.

Naturalmente que uma disposição legal como o art.º 100.º do CIRE tem impacto ao nível das dívidas fiscais. Assim, dita a mesma que “[a] sentença de declaração da insolvência determina a suspensão de todos os prazos de prescrição (...) oponíveis pelo devedor, durante o decurso do processo”.

3 Cfr. a este respeito VASQUES, Sérgio – *Manual de Direito Fiscal*, *ob. cit.*, p. 284.

4 Sobre este princípio, *v.* DOURADO, Ana Paula – *Direito Fiscal – Lições*, *ob. cit.*, pp. 144 a 158.

Ou seja, também os prazos de prescrição de dívidas fiscais são influenciados por esta causa de suspensão.

A questão que se colocou a este propósito, nos tribunais nacionais, teve a ver com a inconstitucionalidade orgânica da norma constante do art.º 100.º do CIRE, no que respeita à suspensão, por via da sua aplicação, dos prazos de prescrição em caso de declaração de insolvência do devedor originário de uma determinada dívida fiscal, sob duas perspetivas: a do próprio devedor originário e a do revertido.

Isto porque, atento o teor da Lei n.º 39/2003, de 22 de agosto (que autorizou o Governo a legislar sobre a insolvência de pessoas singulares e coletivas), da mesma nada constava especificamente quanto a garantias dos contribuintes, tendo sido defendido que, em ambas as perspetivas assinaladas, tal feriria de inconstitucionalidade orgânica a interpretação do art.º 100.º do CIRE no sentido de o mesmo comportar a suspensão do prazo de prescrição de dívidas de impostos.

Sobre tal questão, o Tribunal Constitucional (TC) já se pronunciou, em termos distintos, consoante estejamos perante um caso de contagem do prazo de prescrição relativamente ao devedor insolvente ou perante um caso de contagem do mencionado prazo respeitante ao revertido.

Assim, se no primeiro caso, o TC considerou não padecer o art.º 100.º do CIRE de inconstitucionalidade orgânica, a sua decisão já foi em sentido distinto no caso da reversão (isto se não for o insolvente o próprio revertido).

Quanto aos casos em que o que estava em causa era a suspensão do prazo de prescrição relativamente a próprio devedor originário entretanto declarado insolvente, o TC pronunciou-se, designadamente, no Acórdão n.º 709/2019, de 04.12.2019 (no mesmo sentido, v. os Acórdãos n.ºs 769/2019, de 12.12.2019, e 175/2020, de 11.03.2020).

Ali se entendeu, em síntese, que, sendo concedida ao Governo autorização para estabelecer um “processo de execução universal”, nesta autorização não podem deixar de estar abrangidas todas as matérias necessárias à definição da totalidade dos créditos do insolvente, referindo-se que a suspensão da prescrição é uma “garantia de *operacionalidade do processo de insolvência* (...), remetendo todos os credores para o único e universal processo falimentar”, aplicável à generalidade dos créditos, sob pena de se criar uma solução relativa aos créditos de natureza tributária, gerando uma desigualdade injustificada.

Já no caso de se estar perante os efeitos da declaração de insolvência do devedor originário na contagem do prazo de prescrição das dívidas relativamente ao responsável subsidiário, contra o qual houve reversão da execução fiscal, a solução não é a mesma. É pertinente a este propósito lembrar que a LGT, no n.º 2 do seu art.º 48.º, prevê que “[a]s causas de suspensão ou interrupção da prescrição aproveitam igualmente ao devedor principal e aos responsáveis solidários ou subsidiários” (sem prejuízo do disposto no n.º 3 do mesmo art.º 48.º). Ou seja, à primeira vista e atento o

art.º 100.º do CIRE, suspendendo-se o prazo de prescrição relativamente ao devedor originário, tal suspensão teria reflexos na esfera jurídica do revertido.

A este propósito, no Acórdão do TC n.º 557/2018, de 23.10.2018, foi declarada a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do art.º 100.º do CIRE, “interpretada no sentido de que a declaração de insolvência aí prevista suspende o prazo prescricional das dívidas tributárias imputáveis ao responsável subsidiário no âmbito do processo tributário, por violação do artigo 165.º, n.º 1, alínea i), da Constituição da República Portuguesa”.

Neste caso, a pedra de toque reside na circunstância de não ser o revertido quem foi declarado insolvente, mas sim o devedor originário das dívidas que vieram a ser revertidas. Portanto, toda a argumentação que referimos supra não tem aqui aplicação, justamente por não estar diretamente em causa o cariz de execução universal do processo de insolvência e, como tal, não se poder considerar abrangido pela lei de autorização.

Com efeito, veja-se que o instituto da reversão já é um instituto muito particular do direito tributário, que permite que um terceiro à relação jurídico-tributária seja chamado a responder pela mesma, dada a sua especial relação em termos de condução dos destinos da devedora originária.

Neste contexto, considerou o TC, desde logo, que a prescrição das dívidas tributárias se inclui no domínio da reserva relativa de competência legislativa da AR, dado constituir uma garantia dos contribuintes. Nesse seguimento, entendeu que a Lei n.º 39/2003, de 22 de agosto, não continha credencial bastante para que o Governo legislasse sobre a matéria.

O TC afastou, a este propósito, os dois argumentos esgrimidos a favor da suficiência da lei de autorização. O primeiro, fundado na racionalidade e na teleologia do processo de insolvência e na garantia de operacionalidade deste processo, foi afastado, por estarmos perante não o devedor insolvente, mas o responsável subsidiário que não é o insolvente e que está fora do processo de insolvência, entendendo-se que haveria uma extensão de um efeito para fora do processo de insolvência não necessária ao seu carácter universal. O segundo, no sentido de ser suficiente o disposto na alínea a) do n.º 3 do art.º 1.º da Lei n.º 39/2003, de 22 de agosto (que legitima o Governo a legislar sobre as “consequências decorrentes do processo especial de insolvência para o Estado e a capacidade do insolvente ou seus administradores”), foi afastado, quer pela falta de especificação das consequências, quer pelo seu cariz genérico, incompatível com as exigências do art.º 165.º, n.º 2, da CRP.

Neste seguimento, como referimos, foi declarada a inconstitucionalidade orgânica, com força obrigatória geral, da norma extraída do artigo 100.º do CIRE, segundo a qual a declaração de insolvência suspende o prazo de prescrição das dívidas tributárias imputáveis ao devedor subsidiário.

3.2. O art.º 147.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais (CSC)

No âmbito tributário, o art.º 147.º do CSC tem sido chamado à colação em situações em que houve partilha imediata dos haveres sociais de sociedade dissolvida, tendo ocorrido, ulteriormente, liquidação de tributos.

Integrado no capítulo do CSC relativo à liquidação da sociedade, o art.º 147.º permite aos sócios proceder à partilha imediata, caso, à data da dissolução, a sociedade não tenha dívidas.

A esse respeito, o n.º 2 do mencionado art.º 147.º prescreve que “[a]s dívidas de natureza fiscal ainda não exigíveis à data da dissolução não obstam à partilha nos termos do número anterior, mas por essas dívidas ficam ilimitada e solidariamente responsáveis todos os sócios, embora reservem, por qualquer forma, as importâncias que estimarem para o seu pagamento”.

Como refere Raúl Ventura⁵, “[a] existência, à data da dissolução, de dívidas de natureza fiscal ainda não exigíveis não obsta à partilha imediata (...). Em contrapartida, a responsabilidade pelas dívidas fiscais ainda não exigíveis alarga-se a todos os sócios, ilimitada e solidariamente (portanto, muito mais gravosamente do que o estabelecido no art. 163.º para o passivo superveniente)”.

Nestes contextos, os sócios são chamados a responder pela dívida, enquanto responsáveis solidários.

Também aqui se tem colocado a questão da inconstitucionalidade orgânica da norma contida no n.º 2 do art.º 147.º do CSC, disposição legal esta que tem hoje a exata redação que tinha na sua origem.

O CSC, aprovado em 1986 (DL n.º 262/86, de 02 de setembro), apenas teve na génese uma autorização legislativa respeitante a matéria penal (Lei n.º 41/86, de 23 de setembro).

Como referimos, em termos de inconstitucionalidade orgânica do n.º 2 do art.º 147.º do CSC, a questão tem-se colocado em situações nas quais a liquidação de impostos ocorre já num momento ulterior ao da dissolução da sociedade e quando já tinha ocorrido a partilha, nos termos do n.º 1 do mesmo art.º 147.º. Nesses casos, a administração tributária tem chamado à responsabilidade os sócios.

O Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS) pronunciou-se sobre a questão em acórdão de 22.11.2013 (Processo: 06133/12), considerando que o n.º 2 do art.º 147.º do CSC não é organicamente inconstitucional, por não criar novas responsabilidades tributárias. No entanto, no mencionado aresto entendeu-se que tal norma teria de ser interpretada por forma a que a responsabilidade dos sócios não ultrapassasse o

5 VENTURA, Raúl Ventura – *Dissolução e Liquidação de Sociedades*. 1.ª Ed., 3.ª Reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 271.

limite estabelecido no art.º 197.º, n.º 3, do CSC, sob pena de violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

Mais tarde, já em 2019, o TCAS voltou a pronunciar-se sobre a matéria [Acórdão de 17.10.2019 (Processo: 387/18.9BELLE)], considerando não padecer o referido normativo de inconstitucionalidade orgânica, porquanto o mesmo prevê um direito que os sócios podem voluntariamente exercer (sendo, pois, possível optar pela liquidação nos termos gerais). Nesse seguimento, considerou o TCAS que não são criadas novas responsabilidades tributárias. Este acórdão foi votado por maioria, contendo um voto vencido, no sentido de se estar perante uma situação de inconstitucionalidade material (por violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade) e orgânica.

Pouco tempo depois, ainda em 2019, o Supremo Tribunal Administrativo (STA) pronunciou-se pela primeira vez sobre a questão, no seu Acórdão de 06.11.2019 (Processo: 0857/12.2BELRS 01173/16). Neste acórdão, que não foi igualmente votado por unanimidade, espelham-se duas perspetivas inerentes a esta questão, afastando-se do entendimento do citado Acórdão do TCAS de 22.11.2013.

A tese que obteve vencimento (seguida no Acórdão do STA de 18.11.2020 – Processo: 0879/14.9BEVIS 0377/18), partindo do entendimento de que a definição dos pressupostos da responsabilidade tributária se enquadra no âmbito da reserva relativa de lei parlamentar, designadamente por respeitar a garantias dos contribuintes, concluiu que a norma contida no art.º 147.º, n.º 2, do CSC dependia de lei formal da AR ou de DL do Governo precedido de autorização legislativa, o que não sucedeu. Como tal, desaplicou a mencionada norma, por inconstitucionalidade orgânica.

Como referimos, esta decisão não obteve unanimidade, sendo de sublinhar o entendimento diverso explanado no voto de vencido formulado (entendimento esse que, em parte, subscreve aqueloutro constante do já referido Acórdão do TCAS, de 17.10.2019 – Processo: 387/18.9BELLE).

Ali se considerou, designadamente, que o n.º 2 do art.º 147.º do CSC não visou instituir uma obrigação fiscal, mas instituir um ónus que pode funcionar como instrumento de desincentivo à partilha antecipada de bens, motivo pelo qual, nesta perspetiva, não padece a norma em causa de inconstitucionalidade orgânica.

Temos, pois, duas perspetivas em confronto, sobre as quais o TC foi chamado a pronunciar-se, em sede de fiscalização sucessiva, justamente no âmbito dos autos 0857/12.2BELRS⁶.

4. Conclusões

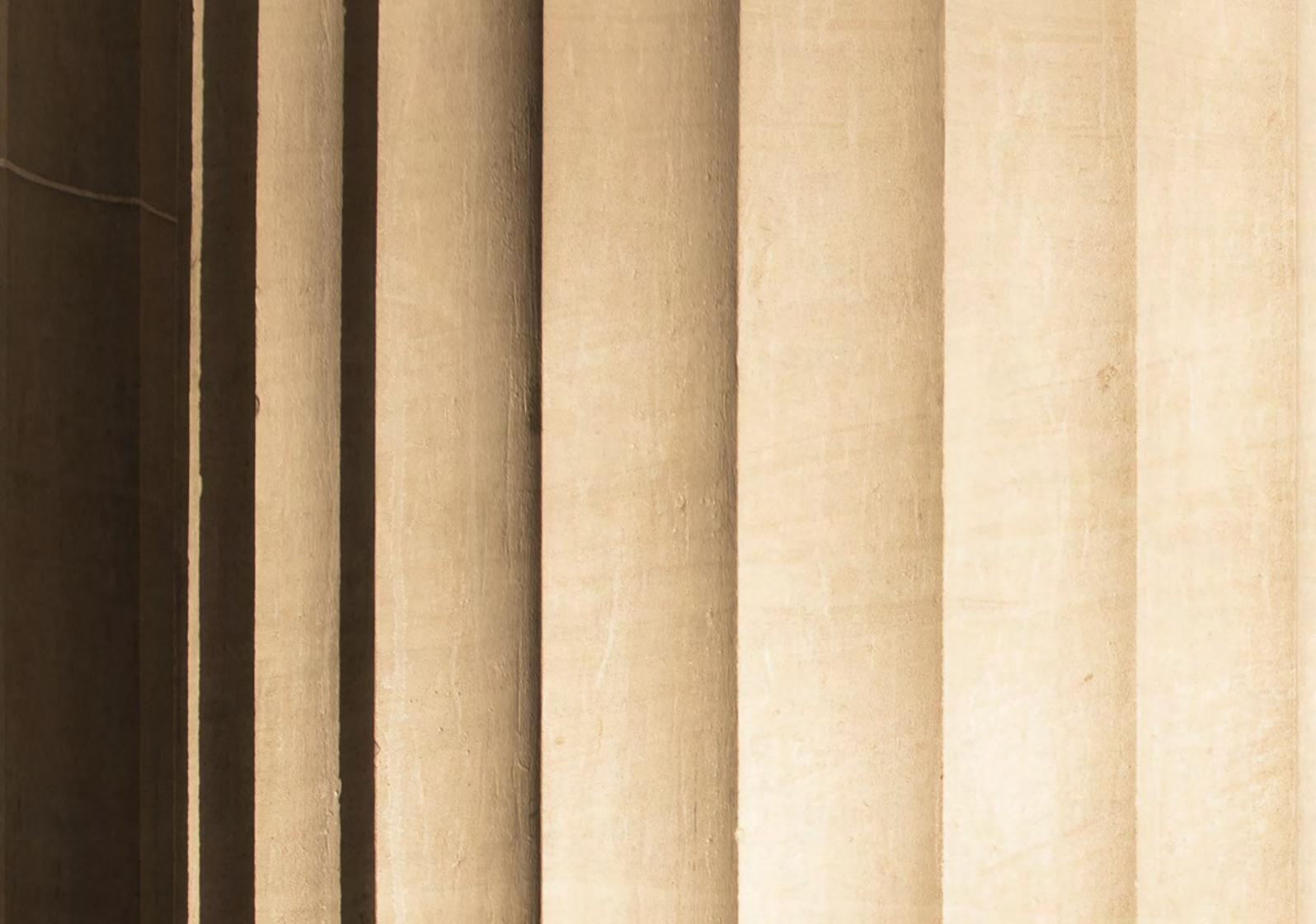
Do exposto podemos concluir que a interdisciplinaridade e a cada vez mais notória interligação entre os diversos ramos do direito conduzem a que, com alguma facilidade,

6 Não tendo, à presente data (14.05.2021), sido ainda proferido acórdão.

sejam introduzidas normas de caráter tributário em diplomas, *prima facie*, alheios a este ramo do direito.

Esta circunstância, atendendo ao princípio da reserva relativa de lei parlamentar que abrange os aspetos essenciais em matéria de definição quer dos caracteres dos impostos quer das garantias dos contribuintes, implica que o legislador deva ter uma especial atenção e uma especial capacidade de antecipação do alcance dos efeitos de diplomas legislativos, por forma a cabalmente ser dada resposta às exigências constitucionais – designadamente sendo aprovadas as competentes autorizações legislativas.

Conclui-se dos exemplos que mostramos que, sem sombra de dúvida, não podemos considerar que existem estanques, sendo imprescindível encarar o ordenamento na sua complexidade e interdisciplinaridade, quer para evitar situações de eventuais inconstitucionalidades orgânicas, quer para evitar casos de dificuldade (evitável) na conciliação de regimes que, apesar de conexos, foram pensados isoladamente e, logo, de costas voltadas para as particularidades uns dos outros.



Este livro de actas recolhe comunicações apresentadas ao 7.º Congresso Internacional Direito na Lusofonia, cujo tema geral adoptado foi “Dizer o Direito: o papel dos Tribunais no séc. XXI”, tendo a sua realização, em versão exclusivamente online, sido prevista para os dias 21 a 25 de Junho de 2021.

Em primeiro lugar, importa situar a iniciativa: o Congresso “Direito na Lusofonia” é um evento organizado pela Escola de Direito, mas com o intuito de congregar juristas de todos os espaços geográficos em que a língua portuguesa foi - e ainda é - veículo de construção normativo-jurídica.

A realização da sétima edição do Congresso tem a novidade de ter lugar em versão exclusivamente online. Efectivamente, todas as anteriores edições do Congresso foram presenciais, tendo tido lugar em Braga (Portugal), Luanda (Angola), Brasília (Brasil) e Fortaleza (Brasil).



UMinho Editora



Universidade do Minho

ISBN 978-989-8974-37-2



9 789898 974372 >