

Ednan Galvão Santos (Org.)

Estudos Conimbricenses

DE DIREITO PÚBLICO



A obra "Estudos Conimbricenses de Direito Público" tem o objetivo de ofertar um contributo à comunidade jurídica lusófona a partir da reunião de artigos sobre o Direito Público contemporâneo. Os coautores foram criteriosamente selecionados. Todos são Mestres e/ou Doutorandos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Nossa Alma Mater dispensa apresentações. A Universidade de Coimbra é a mais antiga universidade do mundo lusófono e uma das mais antigas e tradicionais instituições de ensino da Europa. Sempre receptiva na formação acadêmica dos estudantes brasileiros, a Universidade teve papel decisivo em diferentes estágios da construção e do desenvolvimento de nossa Nação, desde o século XVI até os dias de hoje. Notável em diferentes áreas do conhecimento, Coimbra é amiúde lembrada pela excelência na formação de juristas e por suas contribuições substanciais para a evolução da Ciência do Direito em escala global. Nomes como J. J. Gomes Canotilho, Fernando Alves Correia, Vieira de Andrade e Castanheira Neves são amplamente conhecidos nos diferentes continentes. A vocação desta obra reside em aliar o olhar atualizado sobre os temas estudados à tradição da Universidade de Coimbra. Eis o sentido do espírito conimbricense: construir o futuro sem ignorar as bases sólidas do passado.



Estudos Conimbricenses de Direito Público

Estudos Conimbricenses de Direito Público

Organizador:

Ednan Galvão Santos



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SANTOS, Ednan Galvão (Org.)

Estudos Conimbricenses de Direito Público [recurso eletrônico] / Ednan Galvão Santos (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

451 p.

ISBN - 978-65-5917-086-9

DOI - 10.22350/9786559170869

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Coimbra; 2. Portugal; 3. Universidade; 4. Direito; 5. Pesquisa; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	9
Ednan Galvão Santos	
1	12
Direitos Sociais em Tempos de Crise Econômica: Uma Análise do Contexto Brasileiro de Pandemia Covid-19	
Anna Claudia Lavoratti	
2	36
O Princípio da “Igualdade Proporcional” como fator decisório na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional Português	
Arthur de Souza Bastos Ricardo Oliveira da Silva Júnior	
3	71
O Conteúdo Jurídico do Direito à Vida Privada e Familiar Sob a Ótica da Justiça Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: (In) Aplicabilidade dos seus Contornos para as Pessoas Monitoradas Eletronicamente	
Arthur Corrêa da Silva Neto	
4	117
O fundamento axiológico e o objeto do princípio <i>ne bis in idem</i> sob a ótica do Direito Penal Europeu e algumas considerações sobre sua previsão no Mandado de Detenção Europeu	
Bruno Fernandes Carvalho	
5	147
O Parágrafo Único do Artigo 116 do Código Tributário Nacional: um Caminho Entre a Ineficácia e o Excesso	
Carlos André Soares Nogueira	
6	174
Os Princípios Gerais do Direito Processual Constitucional no Ordenamento Jurídico Português	
Ednan Galvão Santos	

7.....	192
A Repristinação no Âmbito do Controle Judicial de Constitucionalidade na Ordem Jurídica Portuguesa	
Eduardo Henrique Santos Cavalcanti	
8	218
Devemos Desistir de Falar Sobre Crime de Colarinho Branco? (Breves Notícias e Reflexões sobre Polêmicas Ligadas à sua Definição)	
Gabriel Marson Junqueira	
9.....	250
Nova Cidadania e a Mundialização do Direito: do reconhecimento ao acolhimento em tempos pós-westfalianos	
Gustavo Cristóvão de Oliveira Batista	
10	280
A Liberdade Religiosa Expressada Através do Uso do Véu Islâmico no Ambiente de Trabalho	
Paloma Marita Cavol Klee	
11.....	305
O conceito de expropriação e sua distinção para figuras afins, especialmente a nacionalização e a requisição	
Pedro Henrique Cavalcanti da Silva	
12	335
Teoria da imputação objetiva e crimes de trânsito: uma revisitação necessária	
Túlio Felipe Xavier Januário	
13	392
Proteção de Dados Pessoais: Regime de Garantias ou Direito Fundamental Autônomo?	
Vanessa Barbosa Figueiredo	
14	426
A jurisdição do Tribunal Penal Internacional nos casos de terrorismo internacional	
Vinícius Wildner Zambiasi	

Apresentação

Ednan Galvão Santos

Organizo, com muito gosto, este projeto intitulado “Estudos Conimbricenses de Direito Público”, que tem o objetivo de ofertar um contributo à comunidade jurídica lusófona a partir da reunião de artigos sobre o Direito Público contemporâneo. Os coautores foram criteriosamente selecionados. Todos são Mestres e/ou Doutorandos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Nossa *Alma Mater* dispensa apresentações. A Universidade de Coimbra é a mais antiga universidade do mundo lusófono e uma das mais antigas e tradicionais instituições de ensino da Europa. Sempre receptiva na formação acadêmica dos estudantes brasileiros, a Universidade teve papel decisivo em diferentes estágios da construção e do desenvolvimento de nossa Nação, desde o século XVI até os dias de hoje.

Notável em diferentes áreas do conhecimento, Coimbra é amiúde lembrada pela excelência na formação de juristas e por suas contribuições substanciais para a evolução da Ciência do Direito em escala global. Nomes como J. J. Gomes Canotilho, Fernando Alves Correia, Vieira de Andrade e Castanheira Neves são amplamente conhecidos nos diferentes continentes. Com efeito, a obra “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, de autoria de Gomes Canotilho, exerceu – ainda exerce e sempre exercerá – grande impacto nos rumos da doutrina constitucional brasileira. Constitui verdadeiro paradigma na matéria. Um livro grandioso nas acepções qualitativa e quantitativa. Cada uma das 1.455 páginas guarda um brilhantismo próprio do Mestre conimbricense. Afinal, o mais difícil não é escrever 1.455 páginas, como Canotilho, mas escrever uma página como Canotilho!

A vocação desta obra reside em aliar o olhar atualizado sobre os temas estudados à tradição da Universidade de Coimbra. Eis o sentido do espírito conimbricense: construir o futuro sem ignorar as bases sólidas do passado.

É uma honra ofertar à comunidade jurídica esta obra de esforço coletivo. Agradeço aos colegas e amigos – Ana Cláudia Lavoratti, Arthur Bastos, Arthur Corrêa Neto, Bruno Fernandes, Carlos Nogueira, Eduardo Cavalcanti, Gabriel Junqueira, Gustavo Batista, Paloma Cavol Klee, Pedro Henrique Cavalcanti, Ricardo Oliveira, Túlio Xavier Januário, Vanessa Barbosa Figueiredo e Vinícius Zambiasi – que, desde Coimbra e durante os anos de Mestrado Científico e/ou Doutorado, cultivaram uma inspiradora saudade de nossa pátria amada. Sentimento que igualmente inspirou Vinícius, ao conceber “Pátria Minha” (1949)¹.

Se em Coimbra pesou a saudade de nossa pátria amada, hoje avulta em nossos corações a saudade da cidade que tem arrebatador “encanto na hora da despedida”. Participar destes “Estudos Conimbricenses” é como

¹ “A minha pátria é como se não fosse, é íntima/ Doçura e vontade de chorar; uma criança dormindo/ É minha pátria. Por isso, no exílio/ Assistindo dormir meu filho/ Choro de saudades de minha pátria./ Se me perguntarem o que é a minha pátria, direi:/ Não sei. De fato, não sei/ Como, por que e quando a minha pátria/ Mas sei que a minha pátria é a luz, o sal e a água/ Que elaboram e liquefazem a minha mágoa/ Em longas lágrimas amargas./ Vontade de beijar os olhos de minha pátria/ De niná-la, de passar-lhe a mão pelos cabelos.../ Vontade de mudar as cores do vestido (auriverde!) tão feias/ De minha pátria, de minha pátria sem sapatos/ E sem meias, pátria minha/ Tão pobrinha!/ Porque te amo tanto, pátria minha, eu que não tenho/ Pátria, eu semente que nasci do vento/ Eu que não vou e não venho, eu que permaneço/ Em contato com a dor do tempo, eu elemento/ De ligação entre a ação e o pensamento/ Eu fio invisível no espaço de todo o adeus/ Eu, ou sem Deus!/ Tenho-te no entanto em mim como um gemido/ De flor; tenho-te como um amor morrido/ A quem se jurou; tenho-te como uma fé/ Sem dogma; tenho-te tudo em que não me sinto a jeito/ Nesta sala estrangeira com lareira/ E sem pé-direito./ Ah, pátria minha, lembra-me uma noite no Maine, Nova Inglaterra/ Quando tudo passou a ser infinito e nada Terra/ E eu vi Alfa e Beta de Centauro escalam o Monte até o céu/ Muitos me surpreenderam parado no campo sem luz/ À espera de ver surgir a Cruz do Sul/ Que eu sabia, mas amanheceu.../ Fonte de mel, bicho triste, pátria minha/ Amada, idolatrada, salve, salve!/ Que mais doce esperança acorrentada/ O não poder dizer-te: aguarda.../ Não tardo!/ Quero rever-te, pátria minha, e para/ Rever-te me esqueci de tudo/ Fui cego, estropiado, surdo, mudo/ Vi minha humilde morte cara a cara/ Rasguei poemas, mulheres, horizontes/ Fiquei simples, sem fontes./ Pátria minha.../ A minha pátria não é florão, nem ostenta/ Lábaro não; a minha pátria é desolação/ De caminhos, a minha pátria é terra sedenta/ E praia branca; a minha pátria é o grande rio secular/ Que bebe nuvem, come terra/ E urina mar./ Mais do que a mais garrida a minha pátria tem/ Uma quentura, um querer bem, um bem/ Um *libertas quae sera tamen*/ Que um dia traduzi no exame escrito: “liberta que serás também”/ E repito!/ Ponho no vento o ouvido escuto a brisa/ Que brinca em teus cabelos e te alisa/ Pátria minha, e perfuma o teu chão.../ Que vontade me vem de adormecer-me/ Entre teus doces montes, pátria minha/ Atento à fome em tuas entranhas/ E ao batuque em teu coração./ Não te direi o nome, pátria minha/ Teu nome é pátria amada, é patriazinha/ Não rima com mãe gentil/ Vive sem mim como uma filha, que és/ Uma ilha de ternura: a Ilha/ Brasil, talvez./ Agora chamarei a amiga cotovia/ E pedirei que peça ao rouxinol do dia/ Que peça ao sabiá/ Para levar-te presto este avigrama:/ “Pátria minha, saudades de quem te ama.../ Vinícius de Moraes.”

reviver Coimbra... que já não é a capital de Portugal, embora seja, ainda, a “capital do conhecimento” em terras lusitanas.

Viçosa, Minas Gerais – 30/11/20.

Direitos Sociais em Tempos de Crise Econômica: Uma Análise do Contexto Brasileiro de Pandemia Covid-19

*Anna Claudia Lavoratti*¹

1. Introdução

A necessidade de lidar com crises que assolam os Estados não pode ser considerada um mal exclusivo da globalização. Desde a antiguidade, a República Romana, por exemplo, já era alvo de emergências que culminaram na criação de instrumentos de enfrentamento considerados arquétipos dos modelos atuais de estados de exceção².

Embora seja relativamente antigo o movimento de constitucionalização dos sistemas de controle de crises, e a quase totalidade das constituições modernas disponham de regimes emergenciais, a tradicional previsão de eventos fáticos como desencadeadores da decretação desses regimes se reduz às emergências de natureza violenta.

Por conseguinte, certas crises que, apesar de não terem cunho violento, possam abalar o funcionamento dos Estados Constitucionais, são deixadas de fora das possibilidades de invocação de estados de exceção para enfrentá-las, como é o caso da depressão econômica.

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Advogada, Professora no Centro Universitário Assis Gurgacz e Servidora Pública Federal.

² Clinton Rossiter (1948) aponta estar na ditadura romana os moldes para os estados de exceção modernos. Ver mais: ROSSITER, Clinton L. *Constitutional Dictatorship - Crisis Government in the Modern Democracies*. Princeton, Princeton University Press, 1948. Já o italiano Agamben (2005) indica ser o *Iustitium*, também de origem romana, o arquétipo para os atuais regimes de emergências. Ver mais: AGAMBEN, Giorgio. *State of Exception*. Translation by: Kevin Attell. Chicago, The University of Chicago Press, 2005.

E qual a gravidade disso? Diante da crise, inobstante não se possa formalmente invocar os regimes emergenciais previstos, os Estados agem como se o tivessem feito e acabam, igualmente, adotando medidas restritivas de direitos fundamentais, só que nesse caso, sem se ancorar nos princípios e regras jurídicas fundamentais que informam o *direito de necessidade* (SILVA, 2014, p. 71).

Tal problemática passou a ganhar enfoque a partir de última grave emergência econômica vivenciada pelos Estados europeus a partir do ano de 2012, fruto da crise imobiliária americana. Nesse período, os países europeus, em especial Portugal, Itália e Grécia, passaram a adotar medidas de austeridade que fugiram dos padrões da normalidade (REYNOLDS, 2012, p. 123), como por exemplo, a criação em Portugal da Contribuição Extraordinária de Solidariedade (CES), bem como a redução da remuneração de servidores públicos que vigorou por anos.

A atual pandemia causada pela COVID-19 reaviva essa discussão, eis que teve como resultado a adoção de medidas pelas autoridades locais brasileiras, como o fechamento de comércio, toque de recolher, entre outras, que suscitaram a preocupação de que essa crise sanitária fosse resultar também em uma emergência econômica.

Como consequência dessa tensão, o Governo Federal brasileiro passou a adotar soluções legislativas que, sem dúvida alguma, afetam direitos fundamentais sociais.

Tal contexto aproxima novamente as temáticas da crise econômica e estado de exceção, especialmente quando analisada a relação entre texto e realidade constitucional, tornando questionável a capacidade do texto da Constituição Federal de 1988 em fornecer instrumentos adequados para lidar com a emergência econômica em meio a pandemia e, sobretudo, se as medidas adotadas pelo Governo brasileiro são compatíveis com a Constituição.

É no fito de analisar tais pontos controversos que se inicia o presente escrito. Dessa forma, se mostra necessário examinar preliminarmente como se consolidaram os sistemas constitucionais de controle de crise em

sua acepção moderna e, em particular, quais os seus pontos característicos, para então ser possível avaliar se as medidas adotadas no contexto de Pandemia são compatíveis com a garantia de direitos fundamentais no bojo da Constituição Normativa ou, se estaríamos vivenciando a premissa schmittiana de que “a regra vive da exceção” (BERCOVICI, 2014, p. 737).

2. Os Sistemas Constitucionais de Controle de Crises: Histórico e Características

A crença de que um estado constitucional está autorizado a alterar seu padrão de governo temporariamente com o objetivo de preservá-lo permanentemente não é novidade da modernidade, pois consoante mencionado alhures, os moldes do estado de exceção remontam à República Romana.

Após esse período, a temática reassumiu importância na Idade Moderna com os instrumentos britânicos de cariz emergencial, dos quais destaca-se a *martial law* como um “estado fático” ou “ajurídico”, que permitia que todos os súditos, e se necessário os cidadãos, repelisses pelo uso da força a situação de crise, tendo essa lei inspirado a adoção de esquemas de lei marcial em França e Estados Unidos (GOUVEIA, 1998, p. 150-152).

Na experiência francesa, foi introduzida em 1789 para fazer face aos tumultos tão logo se iniciou a Revolução e, apesar da inspiração inglesa, gradativamente migrou para um modelo mais rígido que deu origem ao então *état de siege* (GOUVEIA, 1998, p. 187-188).

A França também funcionou como o laboratório moderno da utilização da suspensão da Constituição como mecanismo de exceção, através da sua previsão na Constituição de 1799 (ano VIII), cujo artigo 92º afirmava “Em caso de revolta armada ou de perturbações que ameacem a segurança do Estado, a lei poderá suspender, nos lugares e pelo tempo por ela determinado, o império da Constituição”.

Assinala-se que no início do constitucionalismo liberal, quando a Constituição emerge como oposição ao Absolutismo, o estado de exceção

encontra certa dificuldade de recepção e, por tal razão, entre os finais do século XVIII e dos princípios do século XIX, houve uma tendência da sua exclusão do texto da Constituição e apenas a sua previsão no plano infra-constitucional (GOUVEIA, 1998, p. 30).

Não obstante a inicial regulamentação dos instrumentos de exceção *extra-constitutionem*, a partir da metade do século XIX os Estados começaram a enfrentar as situações novas advindas da industrialização, como os problemas sociais e a expansão colonialista (BERCOVICI, 2013, p. 216), passando a ser vertido nos textos constitucionais mecanismos de exceção, ainda que de caráter meramente formal.

Do ponto de vista teórico-constitucional, a iniciativa de previsão decorreu da concepção garantística da Constituição quanto à normatização do poder público pelo Estado Constitucional, não podendo o estado de exceção estar excluído (GOUVEIA, 1998, p. 223-224).

Essa nova fase foi influenciada pelo modelo do estado de *siege* francês quanto à possibilidade da suspensão temporária das garantias constitucionais, no fito de ampliar os poderes do Estado para restaurar a ordem constitucional (LEAL, 2011, p. 108).

Nesse horizonte, segundo Cruz Villalón (1984, p. 31-34), a constitucionalização da exceção pode se desenvolver segundo dois modelos básicos. O primeiro, apelidado de estado excepcional, é caracterizado pela *tipificación de la emergencia*, abrangendo aspectos essenciais como as causas, órgãos competentes para declarar o regime de exceção, bem como uma série de garantias em caso de utilização abusiva de competências extraordinárias. Já na ditadura constitucional, por meio de uma cláusula geral, atribui-se todos os poderes emergenciais necessários para lidar com a crise sem que haja delimitações dos seus efeitos, mas apenas a subordinação finalística de superar a crise.

Tal cláusula de plenos poderes se assenta ou na “auto-habilitação” do Chefe do Estado referente ao exercício de competências acrescidas para resolver situações de crise, ou na concentração de poderes no órgão executivo (CANOTILHO, 2003, p. 1093).

O último caráter da clausula foi materializado em outro momento da constitucionalização da exceção apontado por Bacelar Gouveia (1998, p. 238-239), que consistiu na adoção da ditadura presidencial constitucional, pela qual se admitia dentro de um texto constitucional de tradição liberal a possibilidade de concentração dos poderes no órgão executivo marginalizando, em especial, o órgão parlamentar, em nome da defesa da ordem constitucional.

Essa nova tendência, explorada pelas obras de Carl Schmitt e Rossiter, perfizeram, no século XX, papel de relevo em reação às guerras mundiais (GOUVEIA, 1998, p. 240-243), tendo a sua adoção na Constituição de Weimar, onde o artigo 48º atribuíu considerável gama de poderes de atuação excepcional ao Presidente do *Reich*, incluindo a suspensão total ou parcial de certos direitos fundamentais (ROSSITER, 1948, p. 31). Esse artigo serviu de inspiração para Constituições posteriores, tal qual o artigo 73º da Constituição brasileira de 1937 e o artigo 16º da Constituição francesa de 1958, cujo ponto principal de discussão radica na decretação dos poderes presidenciais excepcionais sem qualquer controle político parlamentar (GOUVEIA, 1998, p. 250).

Também em França, apesar do *état de siège* prever que as competências para a decisão do seu término ou reintrodução pertenciam ao parlamento, com o advento da Primeira Guerra Mundial, o mesmo sofreu uma modificação substancial, na medida em que um decreto presidencial de Poincaré impôs toda a França sob o seu regime, sendo em seguida promulgada uma lei declarando que o mesmo duraria *for the duration of the war* (GROSS; AOLÁIN, 2006, p. 28-29).

Entretanto, consoante assevera Leal (2011, p. 111), como o “[...] término da emergência militar não coincidiu com o fim da emergência econômica”, finda a guerra, o argumento da falta de disposição do parlamento em tomar medidas antipopulares frente às rápidas mudanças na realidade política e econômica também contribuiu para a atribuição ao executivo de poderes emergenciais para legislar (GROSS; AOLÁIN, 2006, p. 29).

Acrescenta-se, ainda que a Alemanha, fragilizada pelos termos do Tratado de Versalhes, passou a empregar a partir de 1922 os poderes de emergência para tratar de um problema econômico. O então Presidente Ebert e o chanceler Joseph Wirth determinaram que a segurança pública e a ordem, tal como entendidas no artigo 48º, poderiam ser, como bem assevera Rossiter (1948, p. 41) “[...] seriamente perturbadas e ameaçadas” tanto por transtornos econômicos como políticos e, portanto, os decretos econômicos de emergência deveriam ser considerados “medidas necessárias”.

É diante desse contexto que, consoante o professor Bercovici (2013, p. 308-314), os poderes excepcionais se consolidaram entre os anos 1920 e 1930 como resposta à crise econômica, transplantando as noções de segurança e ordem pública para a esfera econômica.

A primeira metade do século anterior funcionou, assim, como um verdadeiro laboratório de desenvolvimento do conceito do estado de exceção, visto que passou pelo processo gradual de emancipação da situação de guerra para lidar com outras modalidades de crise, inclusive de caráter interno e econômico.

Essa ampliação de poderes do executivo tornou-se, entretanto, uma prática regular nas democracias europeias que passaram a possibilitá-la sob vários pretextos que não necessariamente emergências reais, transformando-se, nas palavras de Agamben (2005, p. 7), em um verdadeiro *paradigm of government*.

Ademais, a prática legalizadora de poderes emergenciais do executivo somada ao paradigma do Estado de direito de cariz positivista abriu portas para regimes totalitários, como foi o Nazismo, e os abusos cometidos pré e durante a Segunda Guerra.

Essa conjuntura fática despertou a atenção para vários problemas na dogmática jurídica, pois além de denunciar a falha do *The Rule of Law* inerente a uma concepção positivista equiparativa de lei e direito, evidenciou as deficiências do regime de exceção e a necessidade de uma reanálise da sua operacionalização.

Como resultado desse conjunto é possível verificar a presença de duas tendências que divergem, mas se complementam. Em um primeiro momento, a recorrência de crises reforçou a indispensabilidade da regulamentação de mecanismos excepcionais efetivos. A história, todavia, demonstrou que a inexistência de freios a essas medidas anormais abre caminhos para desvios e arbitrariedades e, portanto, urgiu pela necessidade de limitações.

Foi diante desse interím que o constitucionalismo deu um importante passo em seu trajeto a partir do reconhecimento da Constituição com *status* de norma jurídica apta a salvaguardar direitos mínimos invioláveis dos indivíduos, os quais passaram a funcionar como imposições negativas ao poder político, esculpindo assim, os moldes do Estado Constitucional de Direito (BARROSO, 2007, p. 209).

Nesse panorama, o estado de exceção adquiriu uma maior preocupação no plano normativo constitucional no sentido de ser por ele regulamentado e limitado, com o fito de que a sua utilização seja compatível com a garantia dos direitos fundamentais.

Atualmente, a maioria das constituições preveem alguma regulamentação de regimes emergenciais e, no empenho de estabelecer quais seriam os pontos característicos de um sistema constitucional de controle de crises, será nesse escrito utilizado o referencial teórico complementado pelas disposições do ordenamento jurídico brasileiro.

Um primeiro foco de análise, cuja importância exige considerável atenção, consiste na necessidade da presença de um pressuposto fático, o denominado por Camus (1965, p. 15) como *élément objectif*, para que haja o reconhecimento da situação como emergencial e declaração de um dado regime excepcional.

Em razão do conceito elástico de emergência, pois as circunstâncias que colocam em perigo a segurança das nações são infinitas, há uma certa dificuldade em defini-la antecipadamente no plano jurídico (SAINT-BONNET, *apud* BERCOVICI, 2013, p. 40).

Como tentativa de resposta, várias Constituições dispõem em seu corpo diversos tipos de emergência, no fito de tornar mais eventos como constitucionalmente permitidos (GROSS, 2003, p. 90), além de prever uma pluralidade de tipos de estado de exceção aplicáveis conforme a gravidade da emergência (GOUVEIA, 1998, p. 545).

Verifica-se nessa lógica que a Constituição Brasileira regulamenta dois regimes de exceção: o Estado de Defesa (Artigo 136º), cuja instauração para locais restritos e determinados depende, consoante Novelino (2019, p. 865-867), “[...] alternativamente, da existência de grave e iminente instabilidade institucional *ou* de calamidade de grandes proporções da natureza.”, e o Estado de Sítio (Artigo 137º), direcionado às crises mais graves, cujos pressupostos fáticos consistem em “[...] comoção grave de repercussão nacional, conflito armado com Estado estrangeiro, ou ainda, quando as medidas adotadas durante o estado de defesa se mostrarem insuficientes.”.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), são elencados no artigo 27º, subitem 1, como fatos hábeis a permitir a suspensão das obrigações contidas na mesma, a guerra, o perigo público, ou outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte³.

Tendo em vista ser entendido, da perspectiva constitucional, que é necessário o reconhecimento da situação emergencial e a decretação formal do estado de exceção, questiona-se: Qual seria a autoridade competente para decretá-lo? Isso depende da opção feita pelo constituinte de cada país, mas como bem assinala Ackerman (2004, p. 1054), de acordo com a maioria das regulamentações jurídicas e como reação a experiências totalitárias no passado, é comum haver o envolvimento de outro poder na decisão.

Gizado por esse raciocínio, no plano brasileiro se verifica um sistema complexo para a decretação dos regimes emergenciais. Quanto ao Estado de defesa, exige-se cumulativamente, nos termos do artigo 136º, caput, e §1º da Constituição Federal: prévia manifestação do Conselho da

³ Artigo 27º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

República e do Conselho de Defesa Nacional; Decretação pelo Presidente da República, cujo decreto deve conter a previsão do prazo de duração da medida, especificando as áreas abrangidas e indicadas as medidas coercitivas a serem adotadas.

Já a decretação do Estado de Sítio necessita do atendimento aos seguintes procedimentos, previstos nos artigos 137º e 138º: oitiva do Conselho da República e do Conselho da Defesa Nacional; solicitação de autorização ao Congresso Nacional; autorização pelo Congresso Nacional pela maioria absoluta dos seus membros; edição do Decreto pelo Presidente que deverá indicar “[...] sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.”

Vale salientar que como o Conselho da República e o Conselho da Defesa Nacional são órgãos consultivos, a manifestação dos mesmos não vinculam a decisão do Presidente da República (NOVELINO, 2019, p. 865-866).

Outro ponto característico de extrema importância se traduz no caráter temporário do estado de exceção. Esse reflete não apenas a necessidade de que haja um prazo máximo previsto *in abstracto* na Constituição sobre sua vigência, mas também sobre a decisão que determina a sua duração no caso concreto. Isso porque o regime emergencial não pode se estender para além da crise (ÖZBUDUN; TURHAN, 1995, p. 31). Logo, assinala Miranda (2014, p. 303) que a fixação do prazo deve observar a proporcionalidade, sendo limitado pelo estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.

Nessa lógica, é exigido pela Constituição brasileira que o decreto dos regimes emergenciais indique o tempo de duração (art. 136, § 1º e art. 138, CF), tendo como prazo máximo 30 dias. Quanto a prorrogação, enquanto essa é limitada no Estado de Defesa, só podendo ocorrer uma única vez pelo período de 30 dias, no que concerne ao Estado de Sítio não há um

limite pré-determinado, já que a norma somente estabelece que cada prorrogação não pode exceder 30 dias e que “[...] poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira.” (NOVELINO, 2019, p. 868).

Outra característica consiste na presença de um regime diferenciado com o efeito de alterar o equilíbrio da balança de poderes, na medida em que geralmente um poder passa a ter suas competências ampliadas.

Nessa lógica, Camus (1965, p. 18) figura como *élément subjectif* do estado de exceção a presença de um sujeito da lei dotado de um poder de livre determinação para enfrentar a situação de necessidade.

Provavelmente como herança da primeira metade do século XX, na qual fora concedido ao executivo certas competências para legislar, ainda que de forma emergencial, é comum que nos regimes atuais de exceção seja adotada uma espécie de transferência adicional de poderes ao mesmo (ÖZBUDUN; TURHAN, 1995, p. 17), nomeadamente o estabelecimento de plenos poderes ao executivo para promulgar decretos com força de lei (AGAMBEN, 2005, p. 5-7).

No Brasil, como compete ao Presidente da República, na forma do art. 136 e 138, decretar o estado de defesa ou de sítio, respectivamente, além de determinar as medidas coercitivas a vigorarem no período, verifica-se que ao Executivo é conferida uma maior amplitude de poderes para lidar com a situação de crise em comparação com os demais componentes da tripartição constitucional.

Ainda, é inerente aos regimes de emergência modernos a possibilidade da *suspensão da Constituição*. Esta, todavia, não equivale a uma *carta branca* ao Estado para suspender os direitos de forma arbitrária, mas se refere à possibilidade de limitação temporária do exercício de certos direitos fundamentais, no fito de viabilizar maior eficácia e rapidez na superação da crise. Nesse quesito os Estados não são totalmente livres, uma vez que devem observar os tratados de direitos humanos, como o PIDCP (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) e a CADH, que enumeram os chamados *direitos irrevogáveis*, os quais

não podem ser suspensos sob nenhuma circunstância (KHAKEE, 2009, p. 9).

Acrescenta-se que algumas Constituições estabelecem de forma taxativa quais os direitos fundamentais que podem ser suspensos, como é o caso da Carta brasileira (ver art. 139, CF). Assim, como o constituinte originário já ponderou de forma antecedente quais os direitos fundamentais passíveis de suspensão no enfrentamento de crises, não podem outros sofrer com limitações sob esse fundamento. Além disso, a Lei Fundamental brasileira proíbe através §1º, artigo 60, que na vigência dos regimes emergenciais seja a Constituição emendada.

Em razão da possibilidade de suspensão de direitos fundamentais, asseveram Özbudun e Turhan (1995, p. 25) que trava-se um dissenso doutrinário sobre a possibilidade do estado de exceção comportar fiscalização de constitucionalidade, pois enquanto alguns autores entendem se tratar de uma decisão de natureza política, não comportando controle (CARVALHO, 2019, p. 32), para outros, ainda que provoque um desequilíbrio entre os poderes, os regimes de exceção mantêm seu fundamento no Estado de Direito e, dessa forma, tem seu desempenho sujeito a revisão por cortes independentes.

Há ainda quem, embora reconheça o ato que declara a emergência como político, não veja impedimento para o controle jurídico, já que se trata de um ato administrativo no exercício da função política (CORREIA, 1989, p. 169).

Não obstante a cada Estado Nacional seja deixada a prerrogativa de regulamentar os regimes de exceção em sua Constituição, bem como de definir quais os fatos que ensejam a sua decretação, o que se verifica é que diante da dificuldade em se prever o imprevisível, o aparecimento de uma situação emergencial não tipificada, em tese, impede a decretação formal do estado de exceção e a tomada de medidas com limites pré-definidos.

É o que vem acontecendo em relação às crises econômicas. Como supramencionado, os países europeus diante da última grave crise econômica disseminada a partir de 2010, acabaram por adotar medidas de

austeridade no que tange a afetação de direitos fundamentais sem, todavia, as mesmas estarem legitimadas pela decretação formal do estado de exceção, eis que, as Constituições europeias não previam a emergência econômica como pressuposto fático para tanto. Do mesmo modo, o Brasil vivencia tal problemática. Como analisado nesse capítulo, nos pressupostos fáticos previstos na Constituição brasileira, não se encontra a depressão econômica.

Considerando a crise econômica em contexto de pandemia, remete-se à leitura dos próximos capítulos como passos imprescindíveis para compreender o teor das medidas de enfrentamento adotadas pelo governo brasileiro e a sua (in)compatibilidade com o texto constitucional.

3. Pandemia, Crise Econômica e a Lei n. 14.020/2020

Em resposta ao anseio dos impactos no plano econômico decorrentes do enfrentamento da Pandemia da Covid-19, por meio do Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020 e com fundamento no artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal, foi reconhecido o Estado de Calamidade Pública, o qual dispensou o cumprimento da meta fiscal pelo Poder Executivo para o enfrentamento da pandemia.

Na sequência, foi editada a Medida Provisória nº 936/2020, transformada na Lei Ordinária 14.020 de 06/07/2020, que instaurou o denominado “Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda”, o qual determinou, basicamente, três medidas: a redução proporcional da jornada de trabalho e de salários, a suspensão temporária do contrato de trabalho e o pagamento do benefício emergencial (MP nº 936).

No âmbito das disposições legais previstas, ainda em sede de Medida Provisória, fora possibilitada pelo art. 8º, a suspensão temporária do contrato de trabalho pelo prazo máximo de 60 dias.

Outra medida com evidente caráter de austeridade foi a autorização concedida ao empregador para acordar, de forma individual, com o empregado a redução proporcional da jornada de trabalho e do salário, em

três diferentes percentuais, pelo período máximo de três meses, conforme o previsto no artigo 7º e seus incisos. Foi permitida ainda, durante este período excepcional, segundo o artigo 8º caput e parágrafo primeiro, a pactuação através de um acordo individual da suspensão temporária do contrato de trabalho por até dois meses (MP nº 936).

Foi determinado no artigo 12 que a redução de salário e de jornada de trabalho, bem como a suspensão contratual poderiam ocorrer através de acordo individual ou por negociação coletiva, desde que o salário do trabalhador fosse “igual ou inferior a R\$ 3.135,00”, ou para os empregados “portadores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do INSS” (MP nº 936).

No parágrafo único do supramencionado artigo, ficou definido que, para aqueles empregados que não se encaixavam nestas hipóteses, os acordos apenas poderiam ser pactuados por convenção ou acordo coletivo. Contudo, se a redução da jornada de trabalho e de salário fossem em 25%, tal poderia ser acordada de forma individual, independente do valor de remuneração do empregado (MP nº 936).

Ainda, o parágrafo quarto do artigo 11 determinava que em dez dias os sindicatos representativos da categoria deveriam ser informados pelo empregador quanto aos acordos individuais celebrados (MP nº 936).

Ocorre que, ao examinar o texto constitucional, especialmente a redação dos artigos 7º e 8º, é possível extrair que o constituinte originário objetivou salvaguardar o direito fundamental ao trabalho. Considerando a vulnerabilidade do trabalhador frente às imposições patronais contratuais, o inciso VI do art. 7º, assegura a irredutibilidade salarial, apenas excetuando-a quando houver uma convenção ou acordo coletivo, valendo o mesmo para a redução da jornada de trabalho e compensação de horário de trabalho (inciso XIII, art. 7º).

Em virtude da duvidável compatibilidade do conteúdo da MP com a Constituição, fora questionada a sua violação aos artigos 7º, VI, XIII e XXVI, e 8º, III e VI, CF/88 perante o STF, através da ADI nº 6.363. O

pedido cautelar foi analisado pelo Ministro Ricardo Lewandowski no dia 06 de abril de 2020, que conferiu uma interpretação conforme a Constituição ao parágrafo quarto do artigo 11, da MP nº 936, para que existisse um marco a partir do qual o acordo individual pudesse surtir os efeitos.

Analisando a decisão, o Ministro Lewandowski referiu que a determinação prevista na Medida Provisória de informação aos sindicatos representativos da categoria, em até dez dias, sobre os acordos individuais pactuados não era suficiente para afastar a possível inconstitucionalidade, diante da não previsão das consequências jurídicas deste aviso (ADI n. 6.363/DF).

Assim, entendeu o Ministro que, após o sindicato laboral ser avisado sobre os acordos individuais firmados, este deveria poder avaliar a necessidade e iniciar uma negociação coletiva, porém, se preferir permanecer inerte frente à comunicação, o silêncio deveria significar a anuência à negociação tabulada entre o empregado e o empregador (ADI n. 6.363/DF).

O Plenário do STF, em decisão proferida no dia 17 de abril de 2020, decidiu, por maioria, derrubar a liminar e manter a eficácia das medidas introduzidas pela Medida Provisória que permitem a redução da jornada de trabalho e do salário, ou a suspensão temporária do contrato de trabalho, por meio de acordos individuais, mesmo que sem a anuência dos sindicatos da categoria (ADI n. 6.363/DF).

Diante da excepcionalidade do momento vivenciado, e tendo em consideração o caráter temporário das medidas, os votos vencedores entenderam que a realização de acordos individuais está de acordo com a proteção constitucional à dignidade do trabalho e à manutenção do emprego. Ainda, concluíram que a submissão posterior do acordo individual ao Sindicato, como delineado pelo Ministro Lewandowski, causaria insegurança jurídica e desestabilizaria valores como a proteção social ao emprego, tendo em vista ser prescindível a participação dos Sindicatos neste atual momento (ADI n. 6.363/DF).

Ultrapassados mais de três meses da decretação da Medida e a situação pandêmica brasileira tomando proporções cada vez maiores, este instrumento foi transformado na Lei 14.020, em 06 de julho de 2020.

A legislação em comento prevê os mesmos objetivos da Medida Provisória anteriormente aludida e grande parte das medidas nela contidas.

Conservou-se a possibilidade de redução proporcional da jornada de trabalho, do salário e da suspensão temporária do contrato de trabalho, podendo estas serem concretizadas de maneira “setorial, departamental, parcial ou na totalidade dos postos de trabalho”.

No tocante as regras para a realização do acordo individual, houve mudanças pontuais referente a alguns critérios para a aceitação deste pacto. Consoante o artigo 12, temos a criação de um limite salarial para as empresas com receita bruta, no ano de 2019, superior a R\$ 4,8 bilhões, e outro no caso dos empregadores que auferiram igual ou abaixo deste valor (Lei 14.020/2020).

Foram elaboradas condições para a implementação e validação de acordos com empregados aposentados, e dispositivos atinentes a validade dos pactos individuais após celebração de convenção ou acordo coletivo que possua cláusulas conflitantes. Por fim, foi mantida a comunicação aos sindicatos da categoria profissional no prazo de dez dias (Lei 14.020/2020).

Independente da introdução conveniente de novas normas buscando auxiliar a manutenção dos empregos e das empresas, a Lei 14.020 conservou a possibilidade de redução de salários por acordo individual, o que indubitavelmente leva ao questionamento quanto a consolidação ou não, durante o estado de calamidade pública, de um retrocesso em termos de direitos sociais, bem como se as medidas implementadas em momentos de crise implicam axiomáticamente uma aproximação com o que se concebe como estado de exceção.

4. O Tratamento dos Direitos Sociais em face da Crise Econômica

Como examinado no tópico 2 quanto à construção histórica dos sistemas constitucionais de controle de crises, a primeira metade do século XX demonstrou *com variada paleta de cores* a relação inegável entre estado de exceção e crise econômica, eis que, embora os regimes emergenciais não tenham sido projetados para lidar com crises dessa natureza, acabaram, por frequência, sendo empregados para lhe fazer face. Outrossim, em razão da ausência de regras bem delineadas, verifica-se empiricamente que o estado de exceção foi utilizado como *artifício* para funcionar como um paradigma de governo em assuntos econômicos, justificando a restrição generalizada de direitos fundamentais, especialmente os sociais.

Vale ressaltar que os direitos sociais, conforme Canotilho (2003, p. 473), têm a respectiva proteção associada a um conjunto de condições designadas pela doutrina como “pressupostos de direitos fundamentais”, os quais condicionam, de forma positiva e negativa, a sua existência e proteção.

O principal desses condicionantes é o econômico-financeiro, posto que avulta a progressiva efetivação dos direitos sociais aos recursos disponíveis, isto é, ao “máximo de recursos disponíveis”, conforme disposto no art. 2º, n. 1, do PIDESC (MIRANDA, 2012, p. 264). Em razão desse condicionamento material, os direitos sociais são direitos sob reserva do possível (NOVAIS, 2010, p. 148).

O corolário da “reserva econômica do possível” corresponde a dependência dos direitos sociais da realidade constitucional, cuja eficácia é dinâmica, sendo maior ou menor consoante os circunstancialismos econômico-sociais que se afigurem relevantes. (GOUVEIA, 1998, p. 728).

À medida que o Estado vai concretizando os direitos sociais, resultam os direitos derivados à prestação (NOVAIS, 2010, p. 148) que, entre outras funções, desempenham o papel de garantidores do grau de concretização já obtido, de modo que, consoante Canotilho (2003, p. 479) os poderes públicos não podem eliminar arbitrariamente o núcleo essencial já realizado desses direitos.

É nessa linha que asseveram Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 663) que:

[...] tanto a doutrina, quanto, ainda que muito paulatinamente, a jurisprudência, vêm reconhecendo a vigência, como garantia constitucional implícita, do princípio da vedação de retrocesso social, a coibir medidas que, mediante a revogação ou alteração da legislação infraconstitucional (apenas para citar uma forma de intervenção nos direitos sociais), venham a desconstituir ou afetar gravemente o grau de concretização já atribuído a determinado direito fundamental (e social), o que equivaleria a uma violação da própria Constituição Federal e de direitos fundamentais nela consagrados”.

Os referidos autores ainda salientam que a justificação e fundamentação jurídico-constitucional, além de se vincular ao dever de realização progressiva dos direitos sociais, previsto no art. 2.º do PIDESC, se relaciona com o princípio da segurança jurídica e com os princípios do Estado Democrático e Social de Direito e da proteção da confiança (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

Segundo Bacelar Gouveia, uma crise econômico-financeira faz atenuar — quando não mesmo desaparecer por momentos — a força dos direitos sociais quando ~~que~~ não é possível satisfazê-los de outro modo (GOUVEIA, 1998, p. 728).

Muito embora não exista direito absoluto — e, dessa forma, no caso concreto, se um direito social colidir com outro, esse pode, como resultado da aplicação da proporcionalidade, ser limitado casuisticamente —, exceto na possibilidade de a própria Constituição permitir, a restrição ou suspensão genérica de direitos sociais fundamentais não encontra resguardo no manto constitucional.

Como mencionado no tópico 2 acerca das características dos regimes emergenciais, fora analisado que no Brasil a Constituição elenca as situações fáticas que podem ensejar a decretação de um estado de exceção, bem como identifica de forma taxativa quais direitos fundamentais que podem ser suspensos ou ter seu âmbito restringido durante as mesmas.

Ante o exposto, a grande problemática de teor perigoso que emerge é o fato de que, assim como a maioria, senão totalidade das Constituições europeias, também a Constituição brasileira não prevê a crise econômica como pressuposto para a decretação de um estado de exceção. Em outras palavras: não é possível utilizar (formalmente) os sistemas constitucionais de controle para lidar com a emergência econômica.

Além disso, nos dispositivos que elencam os direitos fundamentais passíveis de afetação nesses períodos, quais sejam, os arts. 136, § 1º e 139 da CF/88, não se encontram previstos os direitos sociais.

Porém, como analisado no tópico 3, em face de uma iminente crise econômica que se segue a pandemia, editou-se a Medida Provisória nº 936 de 01/04/2020, transformada na Lei nº 14.020 de 06/07/2020 que se refere justamente à direitos sociais.

Ressalta-se que na redação da Lei fora reforçada, no art. 7º, a permissão já constante na Medida Provisória acerca da possibilidade de, durante o estado de calamidade pública, ocorrer a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário dos empregados, pelo prazo de 90 (noventa) dias, sendo permitida e a prorrogação “por prazo determinado em ato do Poder Executivo”.

Também no art. 8º foi mantida a autorização, concedida pela Medida Provisória nº 936/2020, quanto à suspensão temporária do contrato de trabalho pelo prazo máximo de 60 (sessenta) dias, novamente, havendo a autorização de prorrogação por ato do Poder Executivo.

E por que esses dispositivos merecem tanta atenção? Assim como tantos outros países europeus, a exemplo de Portugal, durante a crise econômica iniciada em 2009, sem que esse dispusesse de um regime emergencial constitucional para o seu enfrentamento, também o Brasil, apesar de não ter decretado (por impossibilidade jurídica) um regime emergencial para lidar com o contexto de pandemia COVID-19 e emergência econômica, adotou medidas de austeridade que afetaram de forma generalizada direitos sociais como são os artigos citados.

Outro ponto problemático identificado se refere, em específico, a previsão nos arts. 7º e 8º da Lei nº 14.020/2020 quanto à possibilidade da prorrogação das medidas que reduzem proporcionalmente salário e jornada, bem como que suspendem o contrato de trabalho.

Veja-se que os dois dispositivos concedem ao Chefe do Executivo Federal o poder de decidir sobre quanto tempo essa afetação de direitos fundamentais pode vigorar, lembrando que o Estado de Calamidade Pública, na forma do art. 1º do Decreto Legislativo nº 6/2020, tem efeitos até 31/12/2020.

Essas previsões correspondem à já citada ampliação dos poderes do executivo, que é característica durante o estado de exceção.

Ante o exposto, é possível afirmar que se concretiza, no cenário brasileiro, o que se presenciou em alguns países europeus, ao que Dimopoulos (2013, p. 509) denominou como *an undeclared state of economic emergency*.

Ocorre que esse estado de exceção econômico, justamente por não ser declarado, não se vincula aos parâmetros constitucionais que informam o direito de necessidade e limitam a atuação estatal.

Assim, diferente dos regimes emergenciais constitucionalmente previstos, em que há uma limitação temporal fixada pelo constituinte originário, como detentor legítimo da prerrogativa de ponderar por quanto tempo é proporcional a afetação de direitos fundamentais, na realidade atual brasileira, o Executivo determina, quase que livremente (somente limitado ao fim do Estado de Calamidade Pública), a prorrogação de medidas restritivas de direitos sociais fundamentais.

Conclusão

Tematizar sobre estado de exceção dificilmente conduz à assertivas definitivas, afinal, as crises que afetam um Estado Constitucional hoje podem não ser as mesmas de ontem, e o que se pode dizer sobre o amanhã?

Não obstante, da análise da formação dos sistemas constitucionais de controle de crises foi possível extrair alguns caracteres, quais sejam: a

previsão de pressupostos fáticos e de um procedimento hábil a legitimar a decretação dos regimes emergenciais; a presença de um desequilíbrio na separação de poderes, frequentemente, pela ampliação dos poderes do executivo, com o resultado de, invariavelmente, direitos fundamentais serem afetados, todavia, sujeitos à limitação temporal.

Ocorre que, do confronto entre esses sistemas tradicionalmente previstos no corpo constitucional e a realidade de uma crise econômica, resulta a denúncia da insuficiência das Constituições contemporâneas. Isso porque, como examinado, essas não preveem a emergência econômica como pressuposto para a decretação de regimes emergenciais.

Por tal razão, verificou-se que o Governo brasileiro, embora impedido de decretar formalmente um estado de exceção para lidar com a iminente crise econômica no contexto da Pandemia da COVID-19, implementou medidas que afetaram direitos sociais como se a Constituição assim permitisse, o que indica a consolidação de um estado de exceção econômico não declarado.

Além da afetação dos direitos sociais à margem do texto constitucional, também a Lei 14.020/2020 concedeu ao Executivo Federal a *palavra* sobre a prorrogação dessas medidas.

Ocorre que essa possibilidade aproxima o risco de se concretizar, no Brasil, um fenômeno identificado no que concerne à implementação de legislações durante emergências terroristas. Trata-se da *normalización de medidas extraordinarias*, no qual as medidas emergenciais, provocadas por eventos extraordinários, tornam-se institucionalizadas ao longo do tempo como integrantes do sistema jurídico ordinário, mesmo depois que as circunstâncias que as justificaram terem desaparecido (LAVORATTI, 2020, p. 681, *apud* GALLI, 2011, p. 402).

Isto é, se verifica que, no panorama brasileiro, sem amparo constitucional e sem vinculação a um limite temporal constitucionalmente fixado, a crise econômica funciona como argumento para justificar a restrição de direitos sociais fundamentais por períodos indeterminados.

Essa problemática, que vem cruzando séculos e continentes, exige solução. Embora se recorrer à constitucionalização do estado de exceção econômico traga receios, uma vez que se autorizaria e legitimaria constitucionalmente a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais sociais, entretantes, o Estado estaria vinculado a implementar a legislação anticrise dentro dos parâmetros previamente fixados, o que amenizaria o risco de normalização da afetação desses direitos.

É nessa linha que Gomes Canotilho (2003, p. 1086) afirma ser a essência do Estado constitucional a vinculação dos poderes públicos à Constituição, de modo que, quanto mais um Estado se torne constitucional, tanto mais se impõe a regulamentação constitucional do direito de necessidade.

Ante tudo quanto exposto, sendo as emergências econômicas consideradas como resultado normal da economia (MINSKY *apud* QUELHAS, 2012, p. 8), e, portanto, projetando que o Brasil ainda servirá de palco para futuras, caso não seja constitucionalizado o estado de exceção de cariz econômica, cabe-nos questionar: Quem determinará quando estará configurada a crise econômica que “autoriza” a afetação de direitos sociais? A quem caberá a palavra final sobre a duração da emergência? Continuarão os direitos sociais abandonados à *sua sorte* na luta pela sua sobrevivência durante as crises econômicas?

Referências

- ACKERMAN, Bruce. «Emergency Constitution». **Yale Law Journal**, v. 113, n. 5, 2004, pp. 1029-1091. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/pdf/289_jz567_rmk.pdf> Acesso: 20 set. 2020.
- AGAMBEN, Giorgio. **State of Exception**. Tradução: Kevin Attell. Chicago: The University of Chicago Press, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. «Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)». In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Peira de Souza (Orgs.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

BERCOVICI, Gilberto. «A expansão do estado de exceção: da garantia da Constituição à garantia do capitalismo». In: CUNHA, Luís Pedro; QUELHAS, José Manuel; ALMEIDA, Teresa. **Boletim de ciências económicas – Homenagem ao prof. Doutor António Avelãs Nunes**. Volume LVII. Coimbra, 2014, pp. 737-753.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier, 2013.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas**. Coimbra: Almedina, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 10 de abril de 2020.

_____. **Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm> Acesso em 04 de abril de 2020.

_____. **Lei 14.020, de 06 de junho de 2020**. Disponível em <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.020-de-6-de-julho-de-2020-265386938>> Acesso em 06 de junho de 2020.

_____. **Medida Cautelar na ADIn nº 6.363/DF**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Decisão proferida no dia 06.04.20 Publicada no Diário Oficial dia 13.04.20. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342847103&ext=.pdf>> Acesso em 13 de abril de 2020.

_____. **Medida Provisória nº 936 de 1º de abril de 2020**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm> Acesso em 06 de abril de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 582**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativos582.htm>>. Acesso em 15 de abril de 2020.

CAMUS, Geneviève. **L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ EN DÉMOCRATIE**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence (Évreux, impr. Hérissé), 1965.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 18 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.
- CORREIA, António Damasceno. **Estado de Sítio e de Emergência em Democracia**. Lisboa: Vega, 1989.
- DIMOPOULOS, Andreas. PIGS and Peals: «State of Economic Emergency, Right to Resistance and Constitutional Review in the Context of the Eurozone Crisis». **Vienna Journal on International Constitutional Law**, vol. 7, 2013, p. 501-520. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2333462>. Acesso: 03 out. 2020.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O Estado de Excepção no Direito Constitucional** – Entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição. Vol. I. e II. Coimbra: Almedina, 1998.
- GROSS, Oren. «Providing for the unexpected: Constitutional Emergency Provision». **Israel Yearbook on Human Rights**, vol. 33, 2003, pp. 1-31. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=475583> Acesso: 22 set. 2020.
- GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. **Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- KHAKKEE, Anna. **Securing Democracy? A comparative Analysis of Emergency Powers in Europe**. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces. Policy Paper, n. 30, 2009.
- LAVORATTI, Anna Claudia. «As contradições das medidas antiterroristas conflitantes com direitos humanos no contexto do Estado Democrático e Constitucional de Direito». In: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 6, 2020, nº 1, pp. 655-702.
- LEAL, Gabriel Prado. «Exceção Econômica e Governo de Crise nas Democracias». In: NABAIS, José Calsata; SILVA, Suzana Tavares da (Coords.). **Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise**. Coimbra: Almedina, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. 2, Tomo IV, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____. «Estado Social, Crise Económica e Jurisdição Constitucional». **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, vol. LIII, Coimbra Editora, 2012, pp. 255-283.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

ÖZBUDUN, Ergun; TURHAN, Mehmet. «Emergency Powers», in **Science and technique of democracy. European Commission for democracy through law (Venice Commission)**. Strasbourg, 1995.

QUELHAS, José Manuel Gonçalves. **Sobre as Crises Financeiras, o Risco Sistemático e a Incerteza Sistemática**. Coimbra: Almedina, 2012.

REYNOLDS, John. «The Political Economy of States of Emergency», in **Oregon Review of International Law**, vol. 14, 2012, pp. 85-129. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2173535> Acesso: 14 set. 2020.

ROSSITER, Clinton L. **Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies**. Princeton: Princeton University Press, 1948.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos Fundamentais na Arena Global**. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

VILLALÓN, Pedro Cruz. **Estados excepcionales y suspensión de garantías**. Madrid: Tecnos, 1984.

O Princípio da “Igualdade Proporcional” como fator decisório na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional Português

*Arthur de Souza Bastos*¹

*Ricardo Oliveira da Silva Júnior*²

Introdução

O princípio da igualdade é amplo objeto de estudo e conhecimento na ordem jurídica, devendo ter em consideração a sua relevância e a sua previsão material na Constituição da República Portuguesa, conforme se dá no artigo 13.º. Dessa forma, dedica-se o presente estudo a análise do referido princípio, bem como dos contornos de aplicação do mesmo, no período da chamada “Jurisprudência da Crise”, momento em que o Tribunal Constitucional foi chamado a se manifestar sobre a possível inconstitucionalidade de leis que alteravam regimes de direitos sociais dos cidadãos, tendo sido feita uma ampla utilização de princípios.

Dentre os princípios utilizados, o princípio da igualdade foi aplicado diversas vezes, porém, em alguns acórdãos o TC decidiu com base no princípio da “igualdade proporcional”. Condizente a estes apontamentos, a

¹ Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Constitucional. Professor de cursos de Pós-Graduação e preparatórios para concursos. Pesquisador. Advogado. Docente no Curso de Direito do Centro Universitário Araguaia-Goiás (arthursouzabastos@gmail.com).

² Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra. Mestre e Especialista em Direito do Trabalho. Professor de cursos de Pós-Graduação e preparatórios para concursos. Pesquisador. Parecerista. Advogado e Membro da Comissão de Direito Internacional da OAB-PB. (oliveiraricardo.adv@hotmail.com)

presente pesquisa possui o escopo de averiguar os contornos assumidos pela igualdade na ordem jurídica portuguesa.

Nesse sentido, os primeiros aspectos a serem elucidados se voltam para os conhecimentos relativos ao princípio da igualdade, quais sejam, fundamentação material, as responsabilidades dos entes públicos na efetivação desse princípio, suas vertentes de aplicação e orientação sob o direito, conforme consolidado na doutrina e na jurisprudência. No segundo momento, é realizada uma contextualização a respeito dos elementos da crise econômico-financeira que acometeu Portugal, sendo esclarecidas algumas minuciosidades relativas aos acordos assumidos pelo país frente a instituições econômicas e internacionais, no objetivo de resolução da crise, assim como, será desenvolvida a evolução da jurisprudência da crise, apontando traços relativos a perspectiva de decisão do TC.

Ao final, a pesquisa se volta para a elucidação das formulações relativas ao princípio da “igualdade proporcional”, salientando o modo como os acórdãos sustentaram sua aplicação, bem como as orientações que são possíveis de serem extraídas a respeito do tema. Outrossim, serão elencadas as percepções da doutrina sobre os possíveis pontos de incongruência e méritos relativos a tal forma do princípio da igualdade na jurisprudência portuguesa.

1. O Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade, possui forte relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, e possui a finalidade de reger a forma como os direitos fundamentais são exercidos, sendo previsto amplamente nas Constituições dos Estados, a exemplo do que acontece na Constituição da República Portuguesa, consoante previsão do art. 13.º.

Ao direcionar os estudos para o princípio da igualdade, cabe contextualizar que tal instituto, reconhecido no ambiente jurídico e consagrado constitucionalmente, possui relações muito fortes com matérias da

“*Ciência e da Filosofia do Direito e do Estado*”³. Embora o escopo concedido no presente trabalho se volte ao sentido jurídico-constitucional e não somente filosófico, é importante fazer o reconhecimento de que os elementos da filosofia e da história auxiliam na materialização dos princípios⁴. Consoante a isto, deve-se ter em consideração que o princípio da igualdade possui relações muito fortes com os valores de justiça e de liberdade.

Primeiramente, no que diz respeito à justiça, Maria Lúcia Amaral ressalta que, por mais diferentes que sejam casos concretos apreciados, o entendimento de justiça acaba por coincidir com a assertiva de que “*aquilo que é justo é aquilo que é igual em proporção*”⁵.

Ademais, no que tange à igualdade jurídica e à liberdade individual, a doutrina colaciona que estas possuem uma estreita relação, haja vista que as máximas da igualdade formal, advindas do constitucionalismo liberal consagram o entendimento de que “*os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos*”, logo, a igualdade é um elemento importante para que ocorra um balanceamento das liberdades individuais dos cidadãos que estão sujeitos a um determinado ordenamento jurídico⁶⁻⁷.

No estudo dos direitos fundamentais, observa-se que o princípio da igualdade ocupa uma função basilar, por possuir um forte imbricamento com a dignidade da pessoa humana, haja vista que esteve relacionado ao combate histórico às discriminações arbitrárias e atualmente está

³ MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional – Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais**. Volume 1. Lisboa. Universidade Católica de Lisboa. 2016. p. 290.

⁴ AMARAL, Maria Lúcia. **A forma da república: uma introdução ao estudo do direito constitucional**, 1ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012. p. 170.

⁵ AMARAL, Maria Lúcia. Ob. Cit. p. 171.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. 15ª reimpressão. Coimbra, Almedina. 2003. p. 426.

⁷ Nesse mesmo sentido, Jorge Miranda esclarece: “Existe uma tensão inelutável entre liberdade e igualdade. Levado às últimas consequências, um princípio radical de liberdade oblitera a igualdade da condição humana e, em contrapartida, um princípio de igualdade igualitária esmaga a autonomia pessoal. Porém, em concreto, elas andam constantemente a par, uma implicando a outra – como demonstram, sobretudo, a problemática da liberdade religiosa e da liberdade política. Ao mesmo tempo vai-se tornando recorrente, nas sociedades contemporâneas – plurais, heterogêneas e, por vezes, multiculturais – tanto a procura de um equilíbrio entre bem comum e interesse de grupo como entre a igualdade e aquilo a que se vem chamando direito à diferença.” MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra, Almedina, 2017. p. 288.

consagrado expressamente nas Constituições Estaduais. Nesse sentido, seus ideais estão, também, distribuídos no conteúdo dos direitos de liberdade e direitos sociais, constituindo uma das principais referências quando se trata do estudo do Direito Constitucional⁸. Dessa disposição geral, pode ser auferido que se fixou um princípio que rege a forma como os direitos fundamentais serão exercidos⁹.

Sobre a parte específica das Constituições que elencam o princípio da igualdade, a Constituição da República Portuguesa de 1976 – CRP realiza uma previsão expressa no artigo 13.º, em que constam duas partes. O n.º 1 dispõe sobre a imposição geral da igualdade: *“Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”*; e a proibição de tratamento arbitrário e discriminatório, negativo e positivo: *“Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever...”*. Ademais, a própria CRP realiza a enumeração de quais critérios não servem de parâmetro para discriminações positivas ou negativas; são estas: *“ascendência, sexo (ou género), raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas, convicções ideológicas, instrução, situação económica, condição social, orientação sexual”*. É necessário destacar que este rol é exemplificativo, podendo haver outros fatores que fundamentam uma possível desigualdade injustificada¹⁰.

Condizente ao exposto, observa-se que o princípio da igualdade impõe aos poderes públicos que os seres humanos recebam tratamento igual perante a legislação e veda que sejam instituídas discriminações sem fundamentação, sendo possível diferenciação apenas quando houver comprovação da carência e/ou da necessidade de tutelar ou proteger aquelas pessoas¹¹. Ademais, dessa definição do princípio, é possível aferir que

⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional – Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social**. Tomo II. Volume 2. Coimbra. Coimbra Editora. 2014. p. 489-490.

⁹ AMARAL, Maria Lúcia. Ob. Cit. p. 172.

¹⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional. Parte Especial do Direito Constitucional**. Volume II. 5ª edição, revista e atualizada. Coimbra. Almedina. 2013. p. 742-743.

¹¹ Carlos Blanco de Moraes realiza esse conceito, atestando em nota que a sua formulação se baseia em inúmeros textos e referências, conforme consta na nota 1060, página 490 da obra supra-citada: MORAIS, Carlos Blanco de. Ob. Cit., p. 490.

existem quatro acepções: uma vertente negativa, uma positiva, uma vertente subjetiva e uma objetiva.

Primeiramente, a perspectiva negativa do princípio é representada pela proibição de regalias – vantagens atribuídas sem nenhuma fundamentação cabível e que destoam dos demais cidadãos que estariam na mesma condição, é um pressuposto que advém do princípio da universalidade –; e discriminações – entendidas como situações de desvantagem, seja por não serem receptores de direitos que contemplam outras pessoas ou àqueles que recebem deveres aos quais outros não estão sujeitos à tal obrigação. Essa perspectiva negativa, além de proibir discriminações, possui a característica de proteger as pessoas de serem alvo destas diferenciações o que condiz com o artigo 26.º, n.º 1, da CRP, que assegura a proteção até mesmo por via penal, e com possibilidade de reparação conforme os princípios gerais de responsabilidade¹².

É necessário ressaltar que do n.º 2, do artigo 13.º, fica o esclarecimento de que existem hipóteses de diferenciações consideradas legítimas, em razão de estarem sustentadas por razões materiais; ou seja: que se dê tratamento igual àqueles que estejam nesta mesma condição e aos que estão em desigualdade seja realizado um tratamento diferente¹³. Tal imposição advém do conteúdo da alínea *d*), do art. 9.º da CRP, ao estipular a existência da igualdade real entre os portugueses¹⁴, que designa ao Estado à obrigação de que, por meio de políticas públicas de caráter geral, se atinja tal objetivo, mas que, em caso de medidas diferenciadoras, estejam bem fundamentadas¹⁵.

¹² MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional – Estado e Constitucionalismo*. Ob. Cit., p. 294.

¹³ Idem.

¹⁴ Fernando Alves Correia elucida que: “a promoção da “*igualdade real entre os portugueses*” foi elevada ao nível de uma tarefa fundamental do Estado pelo artigo 9.º al. d) da Constituição.” CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coleção Teses. 2ª Reimpressão. Coimbra. Almedina. 2001. p. 396. Ainda assim, é importante ressaltar que: “O saber-se *como é que se promove a igualdade real entre os portugueses* é algo que, em princípio, se inscreverá no âmbito da liberdade de conformação política do legislador. E como este, sendo democraticamente legitimado, não poderá deixar de representar um certo sentir social, serão os seus próprios critérios que orientarão o modo como, em cada tempo e perante cada caso, se deverá resolver a tensão inevitavelmente existe entre a exigência da liberdade e a exigência da justiça.” Cfr. AMARAL, Maria Lúcia. Ob. Cit., p. 177.

¹⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. Ob. Cit., p. 491.

Denota-se que o sentido positivo da igualdade está relacionado com o imperativo de que o legislador, na sua tarefa de criação do direito, atue conforme o princípio da igualdade, realizando o julgamento e a avaliação do que seria a igualdade justa. Contudo, cabe questionar como se efetivaria esse processo. Confirme dizeres de J.J. Gomes Canotilho, uma possível resposta está contida nas decisões do Tribunal Constitucional, que elucidam sobre a orientação da proibição geral do arbítrio, constatando que haveria violação ao princípio da igualdade quando o tratamento desigual se der de forma arbitrária - uma vez que este deve estar atrelado a um enunciado normativo-material que contenha elementos que justifiquem as relações de igualdade e desigualdade. Por outras palavras, o que se pretende auferir é que será considerada arbitrária quando não estiver assentada em um fundamento considerado sério, sem legitimidade e que propague a diferenciação sem motivos coerentes. Condizente ao exposto, acaba por ser realizado uma análise comparativa entre as categorias e as situações¹⁶.

No momento em que a CRP enuncia a “*igualdade dos cidadãos*”, acaba por englobar também pessoas coletivas e outros conjuntos não individualizados, indo além das relações entre estes e o Estado, já que também é imperioso o tratamento da igualdade nas relações entre particulares. É vedado que existam diferenciações infundadas entre entidades públicas, como, por exemplo, entre Universidades Públicas¹⁷.

Importa salientar que a proibição que se dirige inicialmente ao legislador, também se aplica à Administração e à Jurisdição, inclusive no que tange à obrigação da Administração Pública se orientar fundamentalmente conforme o princípio da igualdade, que é extraída da interpretação dos artigos 13^o e 18^o, n.º 1 da CRP, e que passou a ter previsão expressa no

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. Cit., p. 428.

¹⁷ MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional – Estado e Constitucionalismo**. Ob. Cit., p. 295-296.

artigo 266, n.º 2 da Constituição¹⁸, resultado da revisão constitucional de 1989¹⁹.

Nesse sentido, com relação à dimensão subjetiva da igualdade, estão os sujeitos ativos da relação de igualdade, que são todos aqueles interessados que integram a realidade desencadeada²⁰. Por sua vez, com relação à dimensão objetiva, há uma perspectiva objetiva do princípio da igualdade, consagrado como o dever do Estado agir com igualdade em todas as suas decisões e na interpretação do direito, consistindo em um “*princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico-constitucional*”²¹.

Da jurisprudência do TC é possível auferir que o julgador tem feito uso de três vertentes da igualdade, quais sejam: proibição do arbítrio²², proibição de discriminação e obrigação de diferenciação²³. Nesse sentido, são encontrados Acórdãos relevantes no esclarecimento da concepção do Tribunal sobre a aplicação do princípio da igualdade. No que diz respeito à proibição do arbítrio, é importante o seguinte texto, proveniente do Ac. n.º 39/88:

O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe, isso sim, o arbítrio; ou seja: proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objetivo, constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação; ou seja: as diferenciações de tratamento

¹⁸ Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade e da boa-fé.

¹⁹ CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. Ob. Cit., p. 403.

²⁰ Encontramos exemplo na obra de Carlos Blanco de Moraes, como segue: “Assim, se órfãos nascidos fora do casamento forem discriminados, no sentido de serem privados de abono de família por um ato legislativo, os seus representantes legais podem invocar diretamente em tribunal a sua inconstitucionalidade a partir do artigo 13.º, não carecendo de uma lei de mediação.” Cfr. MORAIS, Carlos Blanco de. Ob. Cit., p. 493.

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. Cit. p. 432.

²² “Sobre a igualdade como proibição do arbítrio: “foi formulada por Gerhard Leibholz num estudo publicado pela primeira vez em 1925. Leibholz considerava desnecessárias indagações mais profundas sobre o conceito de igualdade, uma vez que entende conter o princípio da igualdade perante a lei a proibição de criação. De normas arbitrarias.” BRITO, Miguel Nogueira. **Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional**. In: Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos. org. Gonçalo de Almeida Ribeiro, Luís Pereira Coutinho. Coimbra. Almedina. 2014. p. 115.

²³ CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. Coimbra. Almedina. 2016. p. 58.

fundadas em categorias meramente subjectivas, como são as indicadas, exemplificativamente, no n.º 2 do artigo 13.^o²⁴.

Condizente com os esclarecimentos trazidos pelo recorte do Acórdão citado, observa-se que há uma relação coerente entre os apontamentos feitos pela doutrina e os esclarecimentos jurisprudenciais. Ademais, o princípio da igualdade é um dos princípios constitucionais que o Tribunal Constitucional tem feito uso recorrente nas suas decisões relativas a direitos sociais, sendo um dos mais utilizados nesse tipo de matéria.

Os estudos realizados por José Carlos Vieira de Andrade são no sentido de que a CRP não pode ser entendida como um plano a ser utilizado pelo governo, haja vista que é um quadro normativo amplo; dessa forma, os direitos sociais não podem estar engessados constitucionalmente e devem permitir que sejam possíveis a realização de mudanças conforme as necessidades que venham a ser consagradas democraticamente. Contudo, há situações excepcionais que comportam a proibição de revogações sem substituição no que diz respeito a determinados conteúdos, devendo haver respeito ao princípio da proteção da confiança na parte em que se veda ou a falta de razoabilidade contida naquela decisão prejudicial aos direitos sociais²⁵.

Sobre esse contexto, a vertente utilizada pelo Tribunal Constitucional coincide com o entendimento de que será inconstitucional uma alteração relativa a um direito social que esteja já “*enraizado ou sedimentado no seio da sociedade*”. Fernando Alves Correia corrobora estas afirmações e ressalta que tais constatações relativas à atuação do TC podem ser corroboradas pelas considerações do Acórdão n.º 509/2002, pois tal medida não estava dotada de sedimentação significativa na sociedade e não possuía um “*valor materialmente constitucional*”²⁶.

²⁴ Proc. 136/85, Ac. 39/88, Conselheiro Messias Bento. 09 de fevereiro de 1988. <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880039.html?impressao=1>>

²⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016. p. 381.

²⁶ CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**...Ob. Cit. p. 59.

Constata-se que o Tribunal Constitucional tem se pronunciado a respeito de situações relacionadas à questão das discriminações positivas²⁷, uma vez que se atentam às medidas legislativas que objetivam realizar a compensação da desigualdade existente. Dessa forma, constata-se que o julgador tem proferido sentenças consideradas aditivas ou integrativas - tais sentenças são aquelas em se constata que a legislação deveria conter mais alguns elementos do que foi feito pelo legislador, contudo, para não se decidir pela inconstitucionalidade, o julgador realiza uma extensão do conteúdo, elencando as condições consideradas devidas para que se chegue ao fim pretendido²⁸⁻²⁹.

Ademais, mesmo que o princípio da igualdade deva ser base de orientação para a Administração Pública, o Judiciário e o Legislativo, questiona-se qual o papel deste último na concretização de tal princípio, se este seria o responsável pela efetivação de uma realidade de fato, ou seja, se o princípio da igualdade estaria correlacionado com direitos prestacionais por parte do Estado³⁰.

²⁷ Na CRP, estão contidas uma série de discriminações positivas, podendo ser citadas algumas diferenciações positivas, dentre elas estão: “proteção ao trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto [arts. 59.º, n.º 2, alínea c), 1.ª parte, e 68.º n.ºs 3 e 4]; a especial proteção dos trabalhos dos menores, das pessoas com deficiência e das que desempenham atividades particularmente violentas ou em condições insalubres, tóxicas ou perigosas [art. 59.º, n.º 2, alínea c), 2.ª parte]; as garantias especiais dos salários (art. 59.º, n.º 3); a regulamentação dos impostos e dos benefícios sociais de harmonia com os encargos familiares [art. 67.º, n.º 2, alínea ff)]; a especial proteção das crianças órfãs, abandonadas ou privadas de ambiente familiar normal (art. 69.º, n.º 2); (...). Noutro plano, a proteção e o apoio às pequenas e médias empresas e às iniciativas e empresas geradoras de emprego e fomentadoras de exportação ou de substituição de importações [arts. 86.º, n.º 1, 2.ª parte, e 100.º, alínea d)] (...)” Ademais, ainda é possível encontrar exemplos que estão em leis ordinárias, como é o caso da previsão de quotas para deficientes dentro dos quadros dos empregos públicos, segundo o Decreto-lei n.º 29/2009, de 3 de fevereiro, e a Lei n.º 12-A, de 3 de fevereiro.” Cfr. MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional – Estado e Constitucionalismo**...Ob. Cit. p. 297-298.

²⁸ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. Cit., p. 1019.

²⁹ Fernando Alves Correia corrobora a existência de decisões integrativas ou aditivas na jurisprudência do TC, atestando que: “Foi o que o Tribunal Constitucional fez nos Acórdãos n.ºs 181/87 e 449/87, que julgaram inconstitucional a norma da alínea b) do n.º 1 da Base XIX da Lei n.º 2127, de 3 de Agosto de 1965, na parte em que estabelecia pressupostos mais gravosos para o viúvo do que para a viúva na atribuição do direito à pensão devida aos familiares de sinistrados falecidos por acidentes de trabalho, assim estendidos aos viúvos a regulamentação mais favorável, bem como no Acórdão n.º 12/88, o qual declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das normas do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 459/79, de 23 de Novembro, na redação que lhe tinha sido dada pelo artigo único do Decreto-Lei n.º 231/80, de 16 de Julho, e do n.º 1, alínea b), parte final, do Despacho Normativo n.º 180/81, de 21 de julho, na medida em que determinavam que certas pensões por acidentes de trabalho fossem atualizadas de harmonia com certas disposições legais, conforme tivessem sido fixadas antes ou depois de certa data - declaração de inconstitucionalidade antes da data limite, tendo, por isso, como efeito prático o aumento de certas pensões.” CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**...Ob. Cit. p. 59.

³⁰ CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. Ob. Cit., p. 408.

Sobre as atribuições concedidas ao legislador, é necessário ressaltar que o modo utilizado por este na concretização da necessidade de igualdade real entre os portugueses, como postulado na alínea *d*) do artigo 9.º da CRP, deve ter em conta a liberdade de conformação política do mesmo. Uma vez que os legisladores são eleitos por meio de um processo democrático, ficam assim com a obrigação de observar as necessidades sociais e decidir de forma coerente as soluções³¹. Nesse sentido, deve-se ter em consideração que o Estado de Direito Social é consagrado em diversos preceitos da CRP³².

Os estudos realizados por Miguel Nogueira de Brito sobre o princípio da igualdade esclarecem os níveis de efetivação do princípio da igualdade. O autor divide em três graus: i) igualdade como “prevalência da lei”, que se concretiza na ideia de que a lei possui aplicação e conteúdo geral, sendo então uma regra formal relativa às matérias consagradas e analisadas; ii) igualdade “perante a lei”, que determina que exista uma justificativa plausível para o que se considera igual ou desigual nas ações tomadas, sendo vedado qualquer tipo de conteúdo que atente o rol elencado no artigo 13.º, n.º 2, da CRP; e, iii) a igualdade “através da lei” que possui a atribuição de concretização da igualdade material, como o escopo de reparar os excessos da liberdade individual. Estas últimas são direcionadas aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e consolidam a ideia de igualdade na criação da lei. A igualdade como “prevalência da lei” possui como destinatário os juízes e a administração pública e denota a igualdade na aplicação da lei, independente de qual for o seu teor³³.

³¹ AMARAL, Maria Lúcia. Ob. Cit., p. 177.

³² “Esta interpretação apoia-se em vários preceitos constitucionais, de que destacamos: o artigo 1.º, quando indica que o nosso país é uma República “empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”; o artigo 2.º, que refere que a República Portuguesa “tem por objetivo a realização da *democracia económica, social e cultural*”; o artigo 9.º, al. d) que comete ao Estado a tarefa fundamental de promover a “*igualdade real* entre os portugueses”; o artigo 81.º, al. b), que incumbe prioritariamente o Estado, no âmbito económico e social, de “operar as necessárias *correções das desigualdades* na distribuição da riqueza e do rendimento”; e o artigo 106.º, n.º1, que indica como um dos objetivos do sistema fiscal “uma *repartição justa* dos rendimentos e da riqueza” (cfr. também o artigo 107.º, n.ºs 1, 3 e 4).” CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. Ob. Cit. p. 408.

³³ Essa organização realizada alude a diferença entre a “igualdade jurídica” e a “igualdade de facto. BRITO, Miguel Nogueira. Ob. Cit., p. 111-112.

Conforme esclarecimentos de J.J. Gomes Canotilho, é necessário compreender que o princípio da igualdade deve ser visto como um princípio da justiça social, estando relacionado com a necessidade de cumprimento de preceitos constitucionais que orientam os direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro lado, há também a dimensão de se compreender a relação deste princípio com a dignidade da pessoa humana, constituindo a igualdade da dignidade social, estabelecida no artigo 13.º, n.º 2, alcançando ainda a necessidade de se compensar as diferenças, e como princípio que dá razão a possíveis casos de inconstitucionalidade por omissão³⁴.

Analisando as funções do Estado na sociedade e na socialidade, José Carlos Vieira de Andrade ressalta que para a existência de uma concepção realista e solidária referente aos direitos fundamentais, pressupõe-se a existência de quatro elementos estruturantes: o mínimo para a existência condigna; necessidade e conveniência de cooperação do Estado com o sector social e com ao sector privado; um entendimento razoável e desideologizado da força normativa dos direitos sociais e prestações – seja quanto à sua submissão a uma “*reserva do possível*”, sejam quanto a uma alegada “*proibição do retrocesso*”; e, assumir um novo entendimento sobre a igualdade e a universalidade. Dessa forma, o novo entendimento sobre a *igualdade* e à universalidade relativas a consolidação de direitos sociais deve deixar de ser visto como um direito que se estende a todos, ou seja, na atualidade é preciso conceder atenção para a proteção de determinadas situações que requerem maior zelo³⁵.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional tem sido chamado a se manifestar inúmeras vezes sobre a possível inconstitucionalidade de leis com base no princípio da igualdade. É possível perceber que um grupo de decisões proferidas pelo TC, inscritas em um momento de delicado contexto econômico, evidenciam o princípio da “igualdade proporcional”, fazendo uso de outros critérios de julgamento, conforme será elucidado a frente.

³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. Cit. p. 430-431.

³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. “O papel do Estado na Sociedade e na Socialidade”. in: A Economia Social e Civil: Estudos. Estudos SPES. Vol. 1 Coordenação João Carlos Loureiro, Suzana Tavares da Silva. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2017. p. 31 e 33.

2. O Contexto de Crise Econômica e o Controle das Medidas Legislativas Ocorridas no Âmbito do Tribunal Constitucional

Conforme apontamentos feitos anteriormente, as novidades legislativas estão sendo levadas à apreciação de inconstitucionalidade no Tribunal Constitucional e a jurisprudência tem evidenciado o amplo uso dos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança, principalmente quando as questões discutidas se voltam para direitos sociais³⁶.

Estas constatações são mais evidentes quando observadas decisões proferidas, principalmente entre os anos de 2010 e 2014, período este em que a crise econômico-financeira foi fortemente sentida em Portugal. Essas decisões constituem o que ficou conhecido como *jurisprudência constitucional da crise económico-financeira*, podendo ser citados alguns acórdãos reconhecidos como principais desse momento: n.ºs 399/2010, 396/2011, 353/2012, 187/2013, 862/2013, 413/2014, 572/2014, 574/2014 e 575/2014³⁷.

Antes de passar a elucidação dos aspectos jurisprudenciais do referido grupo de julgados, é importante contextualizar alguns fatores relativos à crise econômica e às medidas que foram tomadas inicialmente.

A crise econômica e financeira internacional evidenciada em 2008 ultrapassou o período de crescimento e animação econômica vivida até então. Esse momento evidencia uma recessão e deve ser chamada atenção

³⁶A jurisprudência do TC sobre cortes na função pública, sejam na forma de cortes salariais ou de cortes no pessoal, tem por objeto questões complexas e controversas dessa natureza. São questões de princípio. Nenhuma disposição no texto constitucional proíbe *verbatim* a redução de vencimentos ou o despedimentos por razões objectivas dos trabalhadores do sector público. O TC “chumbou” estas medidas com fundamento na violação de princípios, desde princípios de média abstracção, como “justa causa” no despedimento – até, e como muito maior frequência, aos mais abstractos princípios constitucionais – como “igualdade proporcional” ou “protecção da confiança”. Que estes princípios, sobretudo os mais abstractos, têm foros de cidade na ordem constitucional de qualquer Estado que se reclame de direito e democrático é o que não suscita a mais pequena dúvida. Seria impensável eliminá-los do direito constitucional português, ainda que por lapsos ou parcimónia não estivessem explicitados no texto constitucional (como é o caso da “protecção da confiança”). RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. “O Constitucionalismo dos Princípios”. *in: O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*. Org. Gonçalo de Almeida Ribeiro, Luís Pereira Coutinho. Coimbra. Edições Almedina S.A. 2014. p. 73.

³⁷CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Ob. Cit. p. 59.

para o fato de que principalmente no sul da Europa os países voltaram a contrair “dívidas soberanas”. Especificamente sobre a situação vislumbrada em Portugal, realça um contexto marcado por dívidas privadas que se juntaram à dívida soberana, e ainda foram acompanhadas por ameaças problemáticas provenientes do setor bancário³⁸.

O Estado Português, diante das consequências causadas pela crise econômica e dos efeitos sentidos internamente, realizou um empréstimo em 2011, que vigorou até 2014, que ficou conhecido como PAEF – Programa de Assistência Econômica e Financeira. Tal acordo foi estabelecido, por via contratual, entre o Governo de Portugal e as seguintes instituições: Fundo Monetário Internacional, Banco Central Europeu e Comissão Europeia. Com a assinatura do presente documento, ficaram estabelecidas obrigações a serem seguidas por Portugal, conhecidas como “*medidas de ajustamento*”, que objetivavam diminuição das despesas públicas e aumento da receita estadual, comportando diminuição de direitos dos cidadãos, principalmente no que tange a salários, pensões e emprego. As três principais medidas do PAEF possuíam o escopo de realizar a estabilização do orçamento do Estado; elevação da concorrência da economia portuguesa; e, a fortificação das finanças. Acrescenta-se que, posteriormente a isto, se deu um Tratado Orçamental que atingia todos os países da Zona do Euro, que estabelecia medidas para redução das dívidas públicas, que deveriam se dar de curto a médio prazo³⁹.

Ressalta-se que os Memorandos de Entendimento, um dos instrumentos contidos no PAEF, foram celebrados em maio de 2011 por um Governo de Gestão e o país estava próximo de um período de campanha eleitoral. A assinatura dos documentos pelo Ministro das Finanças se deu após a deliberação do Conselho de Ministros, sem nenhuma análise prévia, muito menos aprovação, por parte da Assembleia da República e não ocorreu publicação no Diário da República. Diferentemente do que aconteceu em Portugal, na Grécia e na Irlanda, que

³⁸ANDRADE, José Carlos Vieira de. “O papel do Estado na Sociedade e na Socialidade”. Ob. Cit., p. 29.

³⁹MORAIS, Carlos Blanco de. Ob. Cit. p. 710.

também celebraram Memorandos semelhantes, foram feitas apreciações por parte dos Parlamentos desses dois Estados⁴⁰.

Mesmo que as medidas consolidadas em razão das orientações advindas do PAEF tenham ensejado um aumento das leis restritivas de direitos, que por conseguinte tiveram várias tensões com princípios constitucionais, entende-se que a valoração da constitucionalidade ou não destes documentos, não colaboraria expressivamente para auferir as razões financeiras que justificaram tais medidas de austeridade que vigoraram⁴¹.

Insta ressaltar que a crise econômico-financeira ocasionou uma realidade de pressão, seja sobre os governantes, que devem atuar com responsabilidade e de forma eficaz para se atingir o objetivo de corresponder aos acordos traçados e garantir a efetividade da saída da crise, seja sobre o povo, que é atingido ao receber as medidas traçadas. O Presidente da República ocupou uma posição de bastante visibilidade, em razão de possuir legitimidade processual ativa para fiscalização preventiva de leis e decretos, bem como para fiscalização abstrata sucessiva.

Mesmo diante dessas considerações, Maria Benedita Urbano ressalta que deve haver a preocupação de analisar como o TC se portou diante de todas as pressões recebidas. Sabe-se que o TC foi pressionado pela classe política, consubstanciada tanto pelos políticos que dominam as bancadas do governo - quanto pelos que estão na linha de oposição⁴².

Em outros estudos a mesma autora reitera que o papel do juiz constitucional numa situação de crise, independente da razão do momento difícil, é uma função complicada, mas ressalta que mesmo que seja complicado não se pode decidir pela não verificação do direito que se estrutura no combate à crise, deixando de lado a verificação da coerência

⁴⁰ALEXANDRINO, José de Melo. "Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades". in: **O Tribunal Constitucional e a Crise - Ensaios Críticos**, Org. Gonçalo de Almeida Ribeiro, Luís Pereira Coutinho, Coimbra, Edições Almedina S.A. 2014. p. 53-54.

⁴¹MORAIS, Carlos Blanco de. Ob. Cit. p. 725.

⁴²URBANO, Maria Benedita. "A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?", in: **O Tribunal Constitucional e a Crise - Ensaios Críticos**, Org. Gonçalo de Almeida Ribeiro, Luís Pereira Coutinho, Coimbra, Edições Almedina S.A. 2014. p. 11-13.

desse direito com a Constituição. Contudo, não é tranquilo estabelecer como deve ser a atuação dos juízes constitucionais no contexto de crise-econômica e financeira, sendo ainda mais complexo traçar possíveis orientações em Portugal, uma vez que a CRP não prevê expressamente considerações relativas a essas situações, ocupando a justiça constitucional um papel de grande relevância⁴³.

No quadro da jurisprudência da crise, é possível dividi-la em três fases⁴⁴. Na primeira fase, que se deu entre os anos de 2010 e 2011, considera-se que o TC realizou o reconhecimento de que se tratava de um momento de contexto financeira diferenciado, que fundamentava juridicamente um direito que necessitasse de ser analisado de forma diferente do que a realizada habitualmente. Isso é corroborado pelo fato de não fazer uso do termo *crise*, uma vez que o TC fazia uso nos acórdãos das seguintes expressões: "conjuntura financeira", "conjuntura econômico-financeira internacional", "desequilíbrio orçamental", "conjuntura de absoluta excecionalidade"⁴⁵. Os principais acórdãos desse momento são os Acórdãos n.º 399/2010 e n.º 396/2011⁴⁶.

⁴³URBANO, Maria Benedita. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. Coimbra. Almedina. 2016. p. 41-42.

⁴⁴José de Melo Alexandrino, corrobora esta divisão, conforme segue: "A respeito das consequências extraídas no plano metódico da observação do cenário, podemos talvez afirmar a existência de três momentos distintos: a fase anterior ao Acórdão n.º 353/2012, a fase correspondente à prolação dessa decisão e a fase posterior à mesma." ALEXANDRINO, José de Melo. **"Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades"**. Ob. Cit., 59. Nesse mesmo sentido, Catarina Santos Botelho ressalta que: é viável traçar uma evolução da chamada "jurisprudência da crise". A autora aponta que: "Primeiro: um *favor legislatoris*, ou seja, a jurisdição constitucional entendeu por bem ter em consideração, para a fundamentação dos seus arestos, os fatores endógenos e exógenos da crise econômica e financeira, que justificariam uma certa dose de autocontenção jurisprudencial." O segundo momento, ocorrido em 2012, momento em que "o TC fez alguns recados ao poder político-legislativo no sentido de que a tolerância ao argumento da crise seria inversamente proporcional à duração da mesma"; e por último que "2013 e início de 2014 o TC considerando a presença da TROIKA, passou a uma formulação de juízo de constitucional segundo uma lógica de normalidade, dando como superado o argumento da crise. A ideia é de que a crise trouxe uma excecionalidade e que por esta razão de ser, não há base para que se perpetue." BOTELHO, Catarina Santos. "40 anos de direitos sociais: uma reflexão sobre o papel dos direitos fundamentais sociais no século XXI". in: **Julgado**, n.º 29, Coimbra, 2016. p. 212.

⁴⁵URBANO, Maria Benedita. **A Jurisprudência da Crise no Divã**. Ob. Cit., p. 15.

⁴⁶Corroborando o exposto, no que tange a orientação seguida pelo TC: "Por sua vez, no Acórdão n.º 396/2011, o mesmo Tribunal, debruçando-se, ao lado de outras, sobre a questão da constitucionalidade da norma que reduzia, para o ano de 2011, entre 3,5% e 10%, os valores totais das remunerações mensais superiores a 1.500 euros, consignou que as mesmas não violariam o *princípio da proteção da confiança*, porque, como país atravessava uma conjuntura de absoluta excecionalidade do ponto de vista da gestão financeira dos recursos públicos, existia a necessidade de reduzir drasticamente as despesas públicas, incluindo as resultantes do pagamento de remunerações; e, por isso, a frustração das expectativas de manter o nível salarial já adquirido, que a redução das remunerações implicava, tinha a justifica-la a necessidade de salvaguardar aquele interesse público, que deve ser tido por prevalente

O momento intermediário da jurisprudência se deu em 2012, com o julgamento do Acórdão n.º 353/2012, uma vez que nessa decisão foi demonstrado que o TC seguia uma orientação nos julgados realizados até esse momento, porém, neste acórdão foi desenhado um novo entendimento próprio, que viria a ser seguido⁴⁷.

Ainda assim, tal acórdão é importante ferramenta no estudo do princípio da “igualdade proporcional”, o qual será dedicado a próxima parte desse estudo. Contudo, no contexto da crise, ressalta-se que foi a partir desse julgado que o TC mudou a forma de analisar medidas que diminuíssem ou restringissem direitos sociais previamente consagrados, uma vez que foi reconhecido o quadro de “grave emergência financeira” conforme as obrigações que Portugal tinha assumido com o PAEF, sendo justificável as restrições salariais pretendidas⁴⁸.

Evidencia-se no Acórdão n.º 353/2012 que o julgador estaria concedendo atenção maior às medidas legislativas consagradas pelo legislador, superando seu primeiro posicionamento. Dessa forma, o TC manifesta-se seguindo um novo perfil de análise nas decisões dos anos de 2013 e 2014, exemplo disso é o Acórdão n.º 187/2013 que deixou claro que as medidas tomadas legalmente seriam observadas pelo Tribunal à luz das diretrizes contidas nos acordos celebrados pelo Estado perante os órgãos internacionais⁴⁹.

O presente momento é de tensões estabelecidas consoante os julgamentos realizados no ano de 2013, além do Acórdão n.º 187/2013, em que mais uma vez o TC fez uso do princípio da “igualdade-proporcional”. São encontrados como expoentes os Acórdãos n.ºs 474/2013 e 862/2013, que tomaram decisões com base no princípio da proteção da confiança. Por sua vez, no ano de 2014, observa-se os Acórdãos 413/2014 e 574/2014,

sobre tais expectativas, pois tal redução era notoriamente necessária, adequada para atingir o fim em vista e não tinha nada de excessivo.” CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**...Ob. Cit. p. 59-60

⁴⁷ ALEXANDRINO, José de Melo. “Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades”. in: **O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos**. Org. Gonçalo de Almeida Ribeiro, Luís Pereira Coutinho. Coimbra. Edições Almedina S.A. 2014. p. 59.

⁴⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. Ob. Cit. p. 716.

⁴⁹ URBANO, Maria Benedita. **A Jurisprudência da Crise no Divã**. Ob. Cit., p. 24.

baseados também no princípio da “igualdade-proporcional” e o Acórdão 575/2014, que se fundou no princípio da proteção da confiança.

Da análise da trajetória dos julgamentos do TC esboçada aqui, percebeu-se que em meio a jurisprudência da crise, o princípio da igualdade, orientado até então, conforme as linhas abordadas em sede da primeira parte do presente trabalho, passou a ser designado também pela vertente da “igualdade proporcional”. Dessa forma, dedicar-se-á a próxima parte deste trabalho aos aspectos específicos deste princípio na jurisprudência da crise.

3. O Recurso ao Princípio da “Igualdade Proporcional” na Jurisprudência da Crise

Diante da contextualização do momento da crise econômico-financeira, constatou-se que a produção legislativa, principalmente das leis de Orçamento de Estado que se deram no período do PAEF, foram alvo de questionamento de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional. Da análise desses julgados, observa-se a alusão a uma nova perspectiva do princípio da igualdade, que correspondem às formulações do princípio da “igualdade proporcional”⁵⁰.

O Acórdão 353/2012, de 05 de julho de 2012, é considerado um marco dentro da doutrina da crise por diversos fatores, uma vez que nesse julgado o TC apreciou o pedido de inconstitucionalidade feito por deputados da Assembleia da República, relativo às normas dos artigos 21.º e 25.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro de 2011, correspondente a Lei do Orçamento do Estado para 2012. Estas normas que foram analisadas possuíam como escopo a inserção de novas regras para o orçamento de 2012, que implicariam na cessação do pagamento dos subsídios de férias e de Natal. Um dos principais argumentos que sustentavam a ação era a violação dos princípios de Estado de Direito

⁵⁰ BRITO, Miguel Nogueira. Ob. Cit., p. 107.

Democrático, consubstanciados no princípio da proteção da confiança, da proporcionalidade e da igualdade.

O principal foco do presente julgado é relacionado ao princípio da proteção da confiança, contudo, o que se destacou foi a constatação feita pelo TC de que a violação que se dava era a do princípio da igualdade conforme as disposições do artigo 13.º da CRP, pois incidia uma diferenciação da “igualdade perante os encargos públicos”. Também foi determinado que os efeitos da decisão não fossem aplicados a suspensão dos pagamentos no decorrer do ano de 2012, ou seja, foi proferida uma decisão de inconstitucionalidade com efeitos *in futuro*⁵¹. Tal decisão foi realizada em 05 de julho de 2012 e se tratava do Orçamento do Estado para o ano de 2012, sendo assim, a declaração de inconstitucionalidade só produziria efeitos após o final daquele ano⁵².

Outro fator preponderante relativo a esse acórdão é que o TC realizou a apreciação do princípio da igualdade, de uma forma que ultrapassou o princípio da igualdade como proibição do arbítrio, relativo a atuação do legislador ou do aspecto de vedação a diferenciações desmedidas e sem justificativa, desenvolvendo o princípio da “igualdade proporcional”, uma vez que o legislador estabeleceu mudanças de tratamento excessivas⁵³.

Elucida o Acórdão n.º 353/2012 que:

Igualdade jurídica é sempre uma igualdade proporcional, pelo que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade. A dimensão da desigualdade do tratamento tem que ser

⁵¹ Dessa forma, foi utilizada a possibilidade contida no artigo 282.º, n.º 4, da CRP, no qual se determina que, em razão de segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo, é possível que o Tribunal Constitucional tome uma decisão fora dos padrões estabelecidos nos incisos 1 e 2.

⁵² No que tange a esta decisão, há apontamentos na doutrina no sentido de que decisões de inconstitucionalidade com efeitos pro futuro, ou seja, que mantenham a norma inconstitucional em vigor no ordenamento jurídico de Portugal, mesmo que durante certo lapso temporal determinado, não era algo já visto na jurisprudência do TC, para maiores considerações sobre, conferir: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. “O Diferimento da Eficácia no Tempo da Declaração de Inconstitucionalidade”, in: **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Ano 145º, nº 3998. Coimbra. Coimbra Editora. 2016. p. 274. Em outra perspectiva, ressalta Fernando Alves Correia, sobre esse julgado, que o TC já proferiu decisão de mera declaração de inconstitucionalidade ou de inconstitucionalidade com possibilidade do legislador corrigir a inconstitucionalidade posteriormente, mesmo que de uma forma diferente, para maiores esclarecimentos, conferir CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. Ob. Cit. p. 311.

⁵³CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. Ob. Cit., p. 61.

proporcionada às razões que justificam esse tratamento desigual, não podendo revelar-se excessiva.

Por sua vez, o Acórdão n.º 187/2013 é relativo à fusão de quatro processos encaminhados ao TC relativos às normas trazidas pela Lei 66-B/2012 – Lei de Orçamento do Estado para o ano de 2013. Dentre as argumentações realizadas, ressalta-se que foi invocado o “*princípio da igualdade na sua dimensão de proporcionalidade*”, e o TC julgou inconstitucional termos da referida lei por entender que o peso das medidas lançadas sobre os funcionários públicos seria ainda mais desproporcional do que havia acontecido no julgamento da OE de 2012.

É realizada no Acórdão n.º 187/2013 a demonstração de quais são os fundamentos que constituem o princípio da “igualdade proporcional” para o TC. Primeiramente o presente julgado retoma as seguintes orientações colocadas no Ac. n.º 353/2012:

(...) princípio da igualdade exige que, a par da existência de um fundamento material para a opção de diferenciar, o tratamento diferenciado assim imposto seja proporcionado. Se o princípio da igualdade permite (ou até requer, em certos termos) que o desigual seja desigualmente tratado, simultaneamente impõe que não seja desrespeitada a medida da diferença. Ainda que o critério subjacente à diferença de situações nem por isso se tornará “imune a um juízo de proporcionalidade”.

Em seguida esclarece que:

A desigualdade do tratamento deverá, quanto à medida em que surge imposta, ser proporcional, quer às razões que justificam o tratamento desigual – não poderá ser “excessiva”, do ponto de vista do desígnio prosseguido -, quer à medida da diferença verificada existir entre o grupo dos destinatários da forma diferenciadora e o grupo daqueles que são excluídos dos seus efeitos ou âmbito de aplicação.” 37. Os dois níveis de comparação em que, do ponto de vista operativo, se desdobra o princípio (acórdão n.º 114/2005) introduzem no tema da repartição dos encargos públicos uma nova dimensão problemática, ela própria multidirecional: a igualdade proporcional implica a consideração do grau de diferenciação imposto, quer na sua relação com as finalidades prosseguidas – o que pressupõe que as medidas diferenciadoras sejam

impostas em grau necessário, adequado e não excessivo do ponto de vista do interesse que se pretende acautelar (cf. acórdãos n.ºs 634/93 e 187/2001) -, quer no âmbito da comparação a estabelecer entre os sujeitos afetados pela medida e os sujeitos que o não são e, do ponto de vista daquela finalidade, entre uns e outros e o Estado. Estão em causa limites do sacrifício adicional imposto àqueles sujeitos: para além de certa medida, esse acréscimo de sacrifício traduz um tratamento inequitativo e desproporcionado, não podendo ser justificado pelas vantagens comparativas que esse modo de consolidação orçamental possa apresentar quando comparado com alternativas disponíveis.

Compreende-se que a partir desses esclarecimentos o TC organizou dogmaticamente quais seriam suas orientações relativas ao princípio da “igualdade proporcional”⁵⁴.

Com empenho nessa tarefa, primeiramente, deve ser esclarecido que consta na jurisprudência do TC referência à “igualdade proporcional” no Acórdão n.º 39/88, de 09 de fevereiro⁵⁵, sendo possível extrair os seguintes dizeres: *“a igualdade não é, porém, igualitarismo. É, antes, igualdade proporcional. Exige que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que, a situações substancialmente desiguais, se dê tratamento desigual, mas proporcionado”*. E acrescenta em seguida: *“O princípio da igualdade, enquanto proibição do arbítrio e da discriminação, só é, assim, violado, quando as medidas legislativas contendo diferenciações de tratamento se apresentem como arbitrárias, por carecerem de fundamento material bastante.”*. Mesmo que exista tal referência ao acórdão de 1988, Miguel de Brito Nogueira entende que no Ac. n.º 187/2013 se deu um detalhamento maior do controle de constitucionalidade da legislação com fulcro no princípio da igualdade⁵⁶.

⁵⁴ PEREIRA, Ravi Afonso. “Igualdade e Proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público.” in: *Revista Española de Derecho Constitucional*. n.º 98, Ano 33 - maio/agosto. CEPC. Madrid. 2013. p. 353.

⁵⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão n.º 39/88. Relator Conselheiro Messias Bento. Disponível em: <<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880039.html?impressao=1>>. Acesso em: Acesso em 15 de dezembro de 1988.

⁵⁶ NOGUEIRA, Miguel de Brito. Ob. Cit., p. 109.

Contudo, para entender melhor o instituto da “igualdade proporcional” é necessário recorrer às orientações que a doutrina e a jurisprudência têm feito sobre esse conteúdo e as referências encontradas no sentido de esclarecer e construir o entendimento sobre essa perspectiva de análise.

O primeiro aspecto a ser discutido é sobre a relação entre o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade. Apesar dos esclarecimentos realizados pelo TC sobre quais os parâmetros a serem observados na aplicação do princípio da “igualdade proporcional”, importa apresentar que existem divergências doutrinárias concernentes à relação entre o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade. Esclarecimentos sobre esta relação podem auxiliar na compreensão dessa vertente da “igualdade proporcional”.

Nos estudos doutrinários há apontamentos no sentido de que a proporcionalidade é decorrente da igualdade, outros autores não fazem distinção entre os dois institutos e há uma terceira via que coloca na igualdade alguns elementos advindos da proporcionalidade. Apesar disso, eles se desenvolvem em linhas orientadoras diferentes, sendo possível constatar isso quando se analisa o conteúdo material e intencionalidade, pressupostos, estrutura e metódica de aplicação do princípio da igualdade⁵⁷.

O princípio da igualdade possui como conteúdo material, relativo ao princípio geral da igualdade, o texto do artigo 13.º da CRP, assim como explicitado anteriormente. No que diz respeito aos pressupostos de aplicação, pode ajudar nessa diferenciação verificar se no caso em apreço ocorre ou não um choque ou embate entre bens, interesses ou valores questionados. Essa verificação importa, uma vez que o princípio da proporcionalidade pressupõe sempre esse tipo de circunstância, logo, esse tipo de característica se torna, assim, a razão justificativa das disposições

⁵⁷ VITALINO, Cañas. “Constituição prima facie: igualdade, proporcionalidade, confiança”. in: **Revista Eletrônica de Direito Público**. Vol. 1, no 1, Lisboa, jan. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000100015&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 de novembro de 2018, CANAS, Vitalino. p. 2

daquela legislação e que se constitui a finalidade daquela norma, porém, o princípio da igualdade requer que tenha sido feita uma diferenciação normativa, não sendo necessários que haja contraposições⁵⁸.

Já no que diz respeito a estrutura e metódica de aplicação do princípio da igualdade é que serão encontradas as maiores contribuições relativas ao estudo sobre o princípio da igualdade proporcional. Como estudado anteriormente, é consagrada e consolidada a perspectiva da igualdade como proibição geral do arbítrio, consistindo em um dos parâmetros externos no que tange à liberdade de conformação do legislador ou sobre as orientações tomadas pelo poder público; ou seja, consiste em um princípio negativo de controlo⁵⁹.

A vertente do princípio da igualdade como proibição do arbítrio tem sido considerada a “versão fraca” deste princípio, haja vista que há o desenvolvimento de uma vertente do princípio da igualdade como *proibição do desequilíbrio*, consistindo esta última na chamada “versão forte”⁶⁰⁻⁶¹.

Os estudos dessa versão forte, relativos à proibição do desequilíbrio, remontam ao princípio da igualdade referente à vedação de possíveis tratamentos diferentes não dotados de uma justificativa íntegra e de forma objetiva, se dando uma atividade comparativa das peculiaridades que objetivamente atingiriam àqueles grupos. Essa vertente foi desenvolvida pelo

⁵⁸Exemplificando essa questão: “Por exemplo, no primeiro caso, dentro de um universo subjetivo caracterizado por similitudes parciais (*gênero próximo*: por exemplo, os trabalhadores por conta de outrem), a norma circunscreve um grupo caracterizado por uma *diferentia specifica* em relação aos demais (os trabalhadores remunerados por verbas públicas), aplicando-lhes um tratamento qualificável como diferenciado à luz de um critério comparativo (*tertium comparationis*: sujeição ou não a reduções salariais). A verificação deste pressuposto está incindivelmente ligada a um aspecto estrutural fundamental do princípio da igualdade: a *comparação* entre grupos ou situações. Em contraste, a aplicação do princípio da proporcionalidade não pressupõe uma diferenciação normativa entre grupos de pessoas ou situações.” VITALINO, Cañas. Ob. Cit., p. 3.

⁵⁹NOGUEIRA, Miguel de Brito. Ob. Cit., p. 119. Nesse mesmo sentido, tal jurisprudência é marcada pelo recurso à fórmula da proibição do arbítrio, que o TC sempre concedeu, não como um critério definidor do conteúdo do princípio da igualdade, mas antes como um critério de densidade de controlo judicial a que o Tribunal se autovincula face à legitimidade de que goza o legislador democrático.” PEREIRA, Ravi Afonso. Ob. Cit., p. 359.

⁶⁰ VITALINO, Cañas. Ob. Cit., p. 3

⁶¹“A autonomização da questão da intensidade do controlo judicial ensejado pelo princípio da igualdade facilita, naturalmente, o entendimento da proibição do arbítrio como correspondendo, a um controlo de igualdade de menor intensidade, ao lado do qual seria de admitir, em determinadas circunstâncias, um controlo de maior intensidade.” NOGUEIRA, Miguel de Brito. Ob. Cit., p. 119-120.

Tribunal Constitucional Alemão, em uma decisão de outubro de 1980, onde foi realizada a aproximação entre o princípio da proporcionalidade e da igualdade, sendo também chamada de “igualdade proporcional” ou de “nova fórmula” (*neue Formel*)⁶².

Sobre a utilização dessa “nova fórmula”, Vitalino Canas elucida que há quatro principais correntes na doutrina germânica a respeito da relação entre o princípio da igualdade e da proporcionalidade a partir de quatro concepções. A primeira corresponde a uma perspectiva “*totalmente integradora da proporcionalidade*” que assegura a obrigatoriedade dos três segmentos da proporcionalidade, ou seja, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, à aplicação do princípio da igualdade⁶³.

A segunda, considerada “*limitadamente integradora da proporcionalidade*”, propõe que a proporcionalidade só venha a ser articulada com a igualdade quando for constatado correspondência na estrutura dos dois princípios - o que se daria somente quando uma norma legislativa diferenciadora que objetivasse finalidades externas, sendo perceptível essa situação em casos de mudanças relativas a direitos de liberdade. A penúltima é a corrente “*integradora da proporcionalidade em termos modificados*”, que faz alusão à integração do princípio da proporcionalidade com a igualdade, caso seja realizada a elaboração de uma proporcionalidade própria que venha a integrar este último princípio⁶⁴.

Por último, há uma quarta corrente, intitulada “*negacionista da integração*”, que não concorda com a apreciação da proporcionalidade na estrutura do princípio da igualdade por considerar que possuem estruturas diferentes e impossíveis de troca e interação, uma vez que atuam

⁶² “A “antiga fórmula” do princípio da igualdade é assim substituída por uma “nova fórmula, adoptada pela primeira vez na decisão do Tribunal Constitucional alemão de 7 de outubro de 1980, segundo a qual o princípio em causa é violado “quando um grupo de destinatários de uma norma é tratado de maneira desigual, em comparação com outros destinatários da mesma, apesar de entre os dois grupos não existirem diferenças de espécie e peso capazes de justificar o tratamento diferente”. Cf. *BVerfGE 55,72 (88)*. Na jurisprudência do TC, cf. o Acórdão n.º 330/93. Conteúdo referente aos estudos de NOGUEIRA, Miguel de Brito. Ob. Cit., p. 120.

⁶³ “A diferenciação deve ser adequada a prosseguir o fim da norma legislativa, não deve haver nenhuma diferenciação alternativa menos interferente e igualmente adequada e devem ponderar-se os benefícios da diferenciação com os sacrifícios por ela provocados”. VITALINO, Cañas. Ob. Cit., p. 6.

⁶⁴ Para maiores considerações a respeito, conferir VITALINO, Cañas. Ob. Cit., p. 6.

diferentemente, e os objetos de apreciação são diversos. A proporcionalidade se atentaria ao valor das intromissões realizadas em direito e o princípio da igualdade possui escopo de verificar a validade das diferenciações existentes⁶⁵.

Sobre estas considerações, Vitalino Canas salienta que as teorias que melhor se adequam à “versão forte” da igualdade são aquelas que tornam evidentes as diferenças existentes, mas que não deixam no todo, de lado, a consideração de que existem aproximações no arcabouço dos balanceamentos existentes em cada um dos princípios, já que existem problemas no que diz respeito à relação entre os critérios da adequação e da necessidade na estrutura da igualdade. O principal problema assenta-se no fato de que o teste da necessidade, elemento da proporcionalidade, verifica se a medida adotada não poderia ter sido substituída por alguma outra que fosse menos prejudicial, ao passo que, na lógica da igualdade, isso não parece possível, pois o peso maior é dado aos fatores que consubstanciam a diferenciação⁶⁶.

Sobre esta ótica divergente no âmbito alemão, que divide a doutrina e não há consenso preciso⁶⁷, o estudo do princípio da “nova fórmula” no âmbito da doutrina portuguesa são encontradas, também, opiniões dissonantes, ou seja, alguns se orientam pela integração da proporcionalidade no princípio da igualdade, ao passo que outros discordam, conforme será explicado.

Primeiramente, Miguel Nogueira de Brito entende que, ao tratar da “igualdade proporcional”, deve ser entendido que não está sendo inserido na igualdade as exigências do princípio da proporcionalidade. Conforme o ponto de vista do autor, o máximo que se pode compreender é que o princípio da igualdade poderia exigir no caso prático, onde se constatou uma diferenciação, que esta tenha sido considerada adequada à finalidade

⁶⁵ VITALINO, Cañas. Ob. Cit., p. 7.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ PEREIRA, Ravi Afonso. Ob. Cit., p. 370.

pretendida e se isso não for comprovado, seria então, considerada uma determinação arbitrária⁶⁸.

Ainda assim, destaca-se o entendimento sobre o teste da necessidade, considerando que este seria o mais dificultoso para ter sua relação com o princípio da igualdade demonstrada, uma vez que, se o TC passar a atuar de forma mais intensa sobre as medidas legislativas, estaria ultrapassando a liberdade do legislador. No entanto, aponta que é possível invocar a “igualdade proporcional” associando-a ao princípio da proporcionalidade quando estiverem em causa não somente leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, mas sim se estendendo a outros atos do poder público, conforme o TC já afirmou nos Acórdãos n.º 187/2001 e 491/2002⁶⁹.

Em outra perspectiva, são encontradas as orientações de que a “nova fórmula” representa a introdução da aplicação do princípio da igualdade de elementos do princípio da proporcionalidade, desencadeando, assim, uma análise mais apurada e perfunctória por parte do TC⁷⁰.

Nesse sentido, escreve Carlos Blanco de Moraes, sustentando que o princípio da “igualdade proporcional” no zelo dos direitos fundamentais, faz a associação entre os princípios da igualdade, relativo às disposições do artigo 13.º da CRP; e, do princípio da proporcionalidade no âmbito da restrição de direitos, conforme o n.º 2 do artigo 18.º da CRP. Essa nova concepção corresponderia à efetivação de um aperfeiçoamento coerente, pois o princípio da proporcionalidade é um instituto que veda ações abusivas e seus parâmetros seriam mais seguros já que os “testes” da

⁶⁸ NOGUEIRA, Miguel de Brito. Ob. Cit., p. 114. Nesse mesmo sentido: “Ficou designadamente claro que não se trata de transpor para o princípio da igualdade os testes em que se analisa o princípio da proporcionalidade, de que se lança mão para apreciar a conformidade constitucional de uma afectação (relação meio-fim). Sendo aquilo que o princípio da proporcionalidade medeia a afectação lícita e a afectação ilícita de um direito fundamental face à ordem constitucional de valores, ele só pode ter por objecto um direito fundamental cujo âmbito de protecção normativa esteja determinado ou seja determinável a nível constitucional, pois só um âmbito de protecção de um direito constitucionalmente pré-determinado é susceptível de ser legislativamente afectado.” PEREIRA, Ravi Afonso. Ob. Cit., p. 353.

⁶⁹ NOGUEIRA, Miguel de Brito. Ob. Cit., p. 122.

⁷⁰ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. “Socialidade, Solidariedade e Sustentabilidade: Esboços de um Retrato Jurisprudencial. O papel do Estado na Sociedade e na Socialidade”. *in: A Economia Social e Civil: Estudos. Estudos SPES*. Vol. 1 Coordenação João Carlos Loureiro, Suzana Tavares da Silva. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2017. p. 93.

proporcionalidade, em que seriam feitos julgamentos com base nos argumentos “do *“excesso”*, *exclusivamente no “ambiente normativo”*, *na razoabilidade e na pura discricionariedade do juiz*”⁷¹.

Sobre a problemática que envolve a aplicação do teste da necessidade, é possível aferir que se o TC fizer uso desse teste tanto em sede de aplicação da “igualdade proporcional” quanto da própria proporcionalidade no julgamento de alguma inconstitucionalidade, existe a obrigação de que o julgador faça uma boa justificação, devendo demonstrar quais eram as outras opções plausíveis para a resolução daquela situação, sem grande peso no direito dos cidadãos. Ressalta-se que para evitar críticas relativas à intervenção excessiva dos juízes na liberdade de conformação de legislador, nos casos em que for feito uso na necessidade em matéria que envolve invalidade de direitos sociais, não basta apontamento de meras proposições, mas sim a demonstração de referências normativas que sejam menos prejudiciais⁷².

À luz do Acórdão n.º 187/2013, Ravi Afonso Pereira entende que a “igualdade proporcional” é a ferramenta para verificação de possíveis exa-geros quando se trata de desigualdade de regime, ou seja, deixando de lado a perspectiva de análise da intensidade da finalidade contida em algum direito. Tal análise não seria feita de acordo com os testes do princípio da proporcionalidade, uma vez que a “nova fórmula” deveria ser interpretada como uma manifestação do teste da necessidade, sendo este um reflexo do

⁷¹ “De todo o modo, em matéria de redução salarial, a convocação do critério da proporcionalidade seria sempre incontornável. O direito ao salário é um direito social análogo aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, e só pode ser restringido nos termos do n.º 2 do art. 18.º da CRP, ou seja com fundamento na preservação de outros direitos com maior peso ou um interesse público qualificado. A medida restritiva teria sempre de ser submetida a um teste de proporcionalidade e o interesse público invocado, insito na exigência de equilíbrio das contas públicas, não poderia equivaler a um carimbo, já que, atenta a sua gravosidade na esfera do rendimento das pessoas, careceria de uma rigorosa motivação. O legislador restringe, mas é obrigado a justificar de uma forma cabal e fundada. O facto é que, por força dos princípios da igualdade e da solidariedade nacional, os encargos do equilíbrio das contas públicas impendem sobre todos e não apenas sobre alguns: de acordo com o n.º 2 do art. 13.º da CRP, ninguém pode ser prejudicado ou beneficiado ou isento de qualquer dever, em razão da sua condição social ou profissional. Como tal não é legítimo ao Estado onerar apenas uma categoria de trabalhadores (os funcionários públicos) com sacrifícios que relevam para a prossecução de fins de interesse geral”. MORAIS, Carlos Blanco de. Ob. Cit., p. 728-729.

⁷² Essas observações são feitas por Carlos Blanco de Moraes, contudo, o autor acrescenta que: E é um facto que o Tribunal Constitucional não logrou proceder cabalmente a essa justificação em diversos acórdãos da jurisprudência da crise, salvo, talvez, no caso do Ac. n.º 862/2013 quando apelou à via gradual da imposição dos sacrifícios. MORAIS, Carlos Blanco de. Ob. Cit. p. 737-738.

ajustamento do princípio da proporcionalidade na lógica do princípio da igualdade⁷³.

Nesse sentido, Ana Raquel Gonçalves Moniz, ao estudar a jurisprudência do período de crise, aponta que o princípio da igualdade tem sido aplicado conforme duas perspectivas que não possuem configuração normativa igual, são estas a igualdade sincrônica e a igualdade diacrônica⁷⁴.

No que diz respeito à igualdade sincrônica, o TC tem se ocupado em verificar a questão da igualdade perante os encargos públicos, circunstância em que se observa as situações de diferenciação para entender e verificar qual a razão daquela medida. Dessa forma, o julgador estaria fazendo uso da vertente da necessidade ou exigibilidade advindas do princípio da proporcionalidade, assim como do princípio da igualdade.

Sendo assim, a referida autora realiza uma comparação entre a forma que o TC se manifestou em alguns acórdãos, constatando que no Acórdão n.º 396/2011 foram consideradas outras possíveis soluções para que se atingisse o interesse público, contudo, as reduções apresentadas não ultrapassavam a liberdade de conformação do legislador. Ressalta-se que quem decide a melhor forma de operar e concretizar o interesse público, principalmente devido às implicações ocorridas no orçamento é o legislador, contudo, o TC pode deixar de lado a verificação caso entenda que a escolha tomada pelo legislador tenha sido a menos prejudicial para os cidadãos. Contudo, nos Acórdãos n.º 353/2012⁷⁵ e 187/2013, o escopo de apreciação se voltou para a “igualdade proporcional”, deixando expresso que

⁷³ PEREIRA, Ravi Afonso. Ob. Cit., p. 363-364.

⁷⁴ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Ob. Cit., p. 94.

⁷⁵ Sobre a igualdade perante os encargos públicos, relativamente o julgamento do Acórdão n.º 353/2012, Fernando Alves Correia esclarece que: “Ainda de acordo com a retórica argumentativa do Tribunal Constitucional, aquelas normas apesar de apenas imporem reduções remuneratórias aos trabalhadores do setor público, e não também as dos setor privado, não violavam o *princípio da igualdade* (designadamente, a *igualdade perante os encargos públicos*), porque, de um lado, uns e outros não se encontram em posição de igualdade – e, por isso, o sacrifício adicional, que apenas se impõe àqueles, vinculado à prossecução do interesse público, não consubstanciava um tratamento injustificadamente desigual, pois não era irrazoável, nem arbitrário; e, do outro lado, porque a correção do desequilíbrio orçamental não tinha que ser, necessariamente, conseguida pela via tributária, pois o *princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos* não tem que ser convertido num princípio impositivo de medidas tributárias em detrimento de soluções pelo lado da redução da despesa com o pagamento de remunerações.” CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. Ob. Cit., p. 60.

determinadas diferenciações vão além do princípio da proibição do excesso e acarretam pesos discrepantes entre os atingidos pelas medidas. Por sua vez, o Acórdão n.º 413/2014 considerou que a diminuição das remunerações não teria problema na medida em si e não nas razões que a ocasionaram⁷⁶.

Sobre a outra perspectiva de argumentação da jurisprudência constitucional, está a igualdade diacrônica, ou seja, o TC acaba por chegar a essa matéria quando verifica a sequência dos atos legislativos no tempo e sobre as questões da seguridade social dos funcionários públicos que passaram por alinhamento com o regime geral. Dessa forma, o TC verifica que a evolução da legislação não determinou uma discrepância em relação aos atingidos pelas medidas, não atentando contra o princípio da igualdade, contudo, numa outra linha, a jurisprudência se apoia na proibição geral do retrocesso social, engessando assim a conformação do legislador. Diante desse agir do TC, percebe-se que a igualdade diacrônica advém de uma relação com os princípios da proteção da confiança⁷⁷ e da proporcionalidade⁷⁸.

É interessante ressaltar que no Acórdão 187/2013 foi argumentado que as mudanças legislativas devem se fundamentar em razões justificativas que se atentem à sustentabilidade financeira do sistema e não devem ser contrárias ao mínimo social, bem como aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da proteção da confiança⁷⁹.

Observando essa perspectiva de atuação do TC, uma das situações mais preocupantes é com relação às decisões tomadas constituírem

⁷⁶ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Ob. Cit., p. 93-94.

⁷⁷ Sobre a relação existente entre o princípio da igualdade e da proteção da confiança, podem ser trazidas algumas notas: “O princípio da igualdade relaciona-se com o princípio da confiança na medida em que as expectativas também assentam na igualdade das soluções para hipóteses iguais. Por isso, também é um princípio conservador que impede que, por razões conjunturais ou de oportunidade, de política, se introduzam diferenças no tratamento de situações iguais”. Para maiores considerações sobre: HESPANHA, Antônio Manuel. A revolução neoliberal e a subvenção do “Modelo Jurídico”: Crise, Direito e Argumentação Jurídica. in: **A Crise e o Direito**, Coord. Jorge Bacelar Gouveia e Nuno Piçarra, Coimbra, Almedina, 2013. p. 94.

⁷⁸ Ana Raquel Gonçalves Moniz, extrai esse entendimento dos Acórdãos n.º 3/2010 e n.º 188/2009. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Ob. Cit., p. 96.

⁷⁹ CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. Ob. Cit., p. 62.

sentenças políticas, deixando de lado o aspecto jurídico devido, pois o controle de constitucionalidade feito pelo julgador constitucional, somente é considerado plenamente correto quando estas são dotadas de razões jurídicas⁸⁰.

Com relação à aplicação do princípio da igualdade no contexto da crise, a doutrina ressalta que este pode transmitir várias perspectivas de ordem política, já que em determinadas circunstâncias acaba por fixar obrigações, como o pagamento de impostos ou ter cortes em seus rendimentos, e, assim como foi realizada a imposição de efeitos de maior amplitude da medida que fazia discriminações⁸¹. Especificamente sobre a aplicação do princípio da “igualdade proporcional” no contexto da crise, no julgamento dos Acórdão n.º 353/2012 e 187/2013, o TC foi além das suas competências, tendo invadido o domínio das políticas estabelecidas pelo legislador, democraticamente legitimado⁸².

É salutar destacar que os princípios possuem um papel de grande relevância na construção da Constituição assim como no estudo da sua teoria e aplicação, contudo, não pode ser deixado de lado que existem vulnerabilidades que avultam o estudo dos princípios. Importa ressaltar que as preocupações são com relação às situações em que se tornam evidentes que princípios serviram de base para eventuais caracterizações materiais de normas práticas, assim como há riscos e cuidados a serem tomados nas situações de choques normativos e nos balanceamentos que se tornam cabíveis. Ainda assim, os princípios proporcionam maleabilidade dentro do sistema, o que pode ser levado a uma perspectiva em que as questões serão comumente levadas à apreciação do TC⁸³.

Contudo, isto não quer dizer que as medidas legislativas não possam ser levadas à apreciação com base nos princípios consolidados na Constituição, o que pode ser realçado é que existem aspectos centrais da

⁸⁰ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Ob. Cit., p. 100-101.

⁸¹ HESPANHA, António Manuel. “A revolução neoliberal...”. Ob. Cit., p. 95.

⁸² CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. Ob. Cit., p. 68.

⁸³ ALEXANDRINO, José Melo. **Lições de Direito Constitucional**. Ob. Cit., p. 205-206.

Constituição que devem ser mantidos e que servem como parâmetro para apreciação dos casos⁸⁴.

Muito embora o estudo realizado sobre o princípio da “igualdade proporcional” evidencie que este serve como critério de densidade do exame jurídico do princípio da igualdade, observa-se que os Acórdãos n.º 187/2013 e 353/2012 adotam a vertente de um viés jurídico-normativo, com escopo de determinar inconstitucional uma norma consagrada pelo legislador. Ressalta-se que neste último acórdão foi afirmado que o princípio da igualdade proporcional é um princípio estruturante do Estado de Direito⁸⁵.

Conforme elucidado durante este trabalho, o princípio da igualdade proporcional acaba por buscar a vedação de desequilíbrio nas medidas tomadas, servindo, assim, como um parâmetro mais intenso do que às formulações existentes assentes na proibição do arbítrio. Essa vertente acaba por evidenciar maior interferência do julgador sobre a livre conformação realizada pelo legislador.

Contudo, mesmo que o TC tenha encontrado a resposta para determinadas questões para além da proibição do arbítrio, realizando uma combinação entre o princípio da igualdade e da proporcionalidade, não pode ser afirmado que este tenha deixado de lado a “versão fraca” da igualdade, que seria a proibição do arbítrio⁸⁶.

No que diz respeito à fórmula da “igualdade proporcional”, entende-se que este conceito ainda é elemento de estudo na doutrina e a jurisprudência ainda não possui um entendimento unânime sobre, ou seja, não existe consenso se o TC viria a adotar somente essa perspectiva do princípio - enquanto isso, ressalta-se que o fundamento para aferir a inconstitucionalidade de uma norma com fulcro no princípio da igualdade continua sendo o artigo 13.º, n.º 1 da CRP.

⁸⁴ MEDEIROS, Rui. A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a ilusão de um problema conjuntural e a tentação de um novo dirigismo constitucional. in: **O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos**. Org. Gonçalo de Almeida Ribeiro, Luís Pereira Coutinho, Coimbra, Edições Almedina S.A., 2014, p. 285.

⁸⁵ PEREIRA, Ravi Afonso. Ob. Cit., p. 367.

⁸⁶ PEREIRA, Ravi Afonso. Ob. Cit., p. 360.

Considerações finais

O princípio da igualdade possui estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que da sua construção histórica e filosófica percebe-se a sua importância na tentativa de materialização dos ideais de justiça e na imposição de balizas de análise da liberdade. Consoante a este panorama, o princípio da igualdade é previsto expressamente na CRP, estabelecendo a necessidade de que os poderes públicos devem trabalhar em prol do tratamento igualitário a todos, no sentido de combater discriminações e realidades arbitrárias.

Diante do conteúdo material previsto na Constituição e da aplicação realizada pelo Tribunal Constitucional, consolidou-se o entendimento de que o princípio da igualdade assume algumas orientações: proibição de regalias e discriminações; as novas normas legislativas devem se atentar a configuração da igualdade, assim como as ações dos demais poderes; a igualdade se aplica a todos os sujeitos de direitos, sendo vedada discriminação no tratamento entre instituições também; e, constitui um dever do Estado de agir conforme a igualdade nas suas decisões e interpretação, exigindo que medidas de carácter diferenciador sejam fundamentadas. Dessa forma, consolida-se no ordenamento jurídico português o princípio da igualdade como proibição do arbítrio, como proibição de discriminação e obrigação de diferenciação em determinados casos.

Nesse sentido, o princípio da igualdade consolidado tradicionalmente como proibição do arbítrio, durante o período da “jurisprudência da crise”, a partir da segunda fase, ou seja, posteriormente ao Acórdão 353/2012, o TC realizou decisões com base no princípio da “igualdade proporcional”, desencadeando assim, o interesse pelo estudo de quais seriam os contornos relativos à essa vertente da igualdade, quais as possíveis semelhanças ou diferenças com a vertente tradicional.

Conforme as orientações do Acórdão n.º 187/2013, percebe-se que o TC analisou no caso prático qual o grau de diferenciação que foi imposto

pela nova lei, no que tange as finalidades que foram definidas, bem como realizando a comparação entre os prováveis receptores da nova norma. Salienta-se o fato de que as orientações relativas a “igualdade proporcional” se assemelham a nova fórmula do princípio aplicada no Tribunal Constitucional Federal alemão, na década de 1980, de onde se extrai a perspectiva da igualdade como proibição do desequilíbrio.

Condizente a isto, observa-se a existência das discussões relativas a existência ou não de conexão entre o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade, resposta que ainda não encontra consenso na doutrina alemã, mas que prevalece na atualidade, o entendimento de que a proporcionalidade e a igualdade são institutos diferentes, já que haveria dificuldade do enquadramento da adequação e da necessidade na aplicação da igualdade.

Outrossim, na doutrina portuguesa são encontradas orientações divergentes, uma vez que alguns autores se orientam na negativa da incorporação da proporcionalidade ao princípio da igualdade, pois o teste da necessidade, acabar por desencadear maior intervenção do julgador na liberdade de conformação do legislador. Em outra direção, há o entendimento de que a igualdade proporcional, se ocupando em verificar a proibição do desequilíbrio, buscando a existência de abusos, logo, consistiria em uma ferramenta mais segura que a proporcionalidade e seus testes, sendo a nova vertente já o resultado do ajuste da proporcionalidade à igualdade, mas que exige boa fundamentação do julgador, para evitar críticas relativas a invasão na liberdade do legislador.

Por fim, analisando o modo como o princípio da igualdade tem sido utilizado na jurisprudência do TC, verificou-se que em alguns momentos vigorou o que se chama de igualdade diacrônica, em que foi assegurada a proibição geral do retrocesso social, o que restringiu as pretensões legislativas. Em outra linha, está a igualdade sincrônica, que faz a utilização da necessidade advinda da proporcionalidade, em que o julgador constitucional considerou que as diferenciações realizadas legislativamente, se estendiam além do princípio da proibição do excesso, constatando que o

legislador não agiu da melhor forma para concretizar o interesse público. Ademais, ressalta-se que existe a preocupação do TC agir proferindo decisões de ordem política, estabelecendo orientações e firmando entendimentos que estão fora de sua competência.

Contudo, é possível aferir que o princípio da igualdade, conforme o artigo 13.º, n.º 1, da CRP e a forma da proibição do arbítrio, é a forma padrão de aplicação do princípio, ao passo que a vertente da “igualdade proporcional” ainda deve ser objeto de estudo e de verificação por parte da doutrina, analisando o modo como a jurisprudência constitucional têm feito uso e justificado tal aceção em seus julgados.

Referências

ALEXANDRINO, José de Melo. “Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades”. in: **O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos**. Org. Gonçalo de Almeida Ribeiro, Luís Pereira Coutinho. Coimbra. Edições Almedina S.A. 2014. p. 49-68.

ALEXANDRINO, José Melo. **Lições de Direito Constitucional** – Vol. I. AAFDL. Lisboa. 2015.

AMARAL, Maria Lúcia. **A forma da república: uma introdução ao estudo do direito constitucional**, 1ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. “O papel do Estado na Sociedade e na Socialidade”. in: **A Economia Social e Civil: Estudos. Estudos SPES**. Vol. 1. Coordenação João Carlos Loureiro, Suzana Tavares da Silva. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2017. p. 23-42.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016.

BOTELHO, Catarina Santos. “40 anos de direitos sociais: uma reflexão sobre o papel dos direitos fundamentais sociais no século XXI”. in: **Julgar**, nº 29, Coimbra, 2016. p. 197-216.

BRITO, Miguel Nogueira. **Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional**. in: Tribunal Constitucional e a Crise

– Ensaios Críticos. org. Gonçalo de Almeida Ribeiro, Luís Pereira Coutinho. Coimbra. Almedina. 2014. p. 105-131.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. 15ª reimpressão. Coimbra, Almedina. 2003.

CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. Coimbra. Almedina. 2016.

CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coleção Teses. 2ª Reimpressão. Coimbra. Almedina. 2001.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional. Parte Especial do Direito Constitucional**. Volume II. 5ª edição, revista e atualizada. Coimbra. Almedina. 2013.

HESPANHA, Antônio Manuel. A revolução neoliberal e a subvenção do “Modelo Jurídico”: Crise, Direito e Argumentação Jurídica. in: **A Crise e o Direito**, Coord. Jorge Bacelar Gouveia e Nuno Piçarra, Coimbra, Almedina, 2013. p. 21-120.

MEDEIROS. Rui. A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a ilusão de um problema conjuntural e a tentação de um novo dirigismo constitucional. in: **O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos**. Org. Gonçalo de Almeida Ribeiro, Luís Pereira Coutinho, Coimbra, Edições Almedina S.A., 2014, p. 263-288.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra, Almedina, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional – Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais**. Volume 1. Lisboa. Universidade Católica de Lisboa. 2016.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. “Socialidade, Solidariedade e Sustentabilidade: Esboços de um Retrato Jurisprudencial. O papel do Estado na Sociedade e na Socialidade”. in: **A Economia Social e Civil: Estudos. Estudos. SPES**. Vol. 1 Coordenação João Carlos Loureiro, Suzana Tavares da Silva. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2017. p. 61-104.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional – Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social**. Tomo II. Volume 2. Coimbra. Coimbra Editora. 2014.

PEREIRA, Ravi Afonso. “Igualdade e Proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público.” *in*: **Revista Española de Derecho Constitucional**. n.º 98, Ano 33 – maio/agosto. CEPC. Madrid. 2013. p. 317-370.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. “O Diferimento da Eficácia no Tempo da Declaração de Inconstitucionalidade”, *in*: **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Ano 145º, nº 3998 (maio-junho). Coimbra. Coimbra Editora. 2016. p. 266-295.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. “O Constitucionalismo dos Princípios”. *in*: **O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos**. Org. Gonçalo de Almeida Ribeiro, Luís Pereira Coutinho. Coimbra. Edições Almedina S.A. 2014. p. 69-104.

URBANO, Maria Benedita. “A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?”, *in*: **O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos**, Org. Gonçalo de Almeida Ribeiro, Luís Pereira Coutinho, Coimbra, Edições Almedina S.A, 2014.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. Coimbra. Almedina. 2016.

VITALINO, Cañas. “Constituição prima facie: igualdade, proporcionalidade, confiança”. *in*: **Revista Eletrônica de Direito Público**. Vol. 1, no 1, Lisboa, jan. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000100015&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 de novembro de 2018.

O Conteúdo Jurídico do Direito à Vida Privada e Familiar Sob a Ótica da Justiça Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: (In) Aplicabilidade dos seus Contornos para as Pessoas Monitoradas Eletronicamente

*Arthur Corrêa da Silva Neto*¹

Introdução

O direito à vida privada² e familiar objeto de estudo no presente artigo tutela em última análise o desenvolvimento da personalidade, na

¹ Defensor Público do Estado do Pará; Mestre em Ciências Político-Jurídicas com Menção em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – FDUC; Conselheiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP (2016-2020); Autor da proposta e Relator da Resolução n. 005/2017, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, que “Dispõe sobre a política de implantação de monitoração eletrônica e dá outras providências”, Publicada no Diário Oficial da União, Seção 1, n. 220, de 17 de novembro de 2017, ISSN 1877-7042 37; Relator de Comissão criada pela Assembleia Legislativa do Estado do Pará – ALEPA, que elaborou Anteprojeto de Lei de Execução Penal Estadual (2019-2020); Coordenador Geral da Comissão de Execução Penal do CONDEGE (2015-2016); Conselheiro do Conselho Superior da DPE/PA (2014-2018); Conselheiro do Conselho Penitenciário do Estado do Pará (2015-2018); Conselheiro do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária do Pará – CEPCCP (2013-2018); Membro do Grupo Condutor da implantação no Estado do Pará da Política Nacional de Atenção Integral a Saúde da Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional – PNAISP (2014); Coordenador Geral do Projeto “Defensoria Sem Fronteiras” do CONDEGE realizados nos Estados do Paraná e Pernambuco (2014-2015); Coautor do Livro Execução Penal – Novos Rumos, Novos Paradigmas. 1ª ed. 2ª tiragem, rev. Manaus: Auffero; Elaborador do capítulo III, na obra coletiva: Silva, Franklyn Roger Alves. CPC/2015: Perspectivas da Defensoria Pública / organizador Franklyn Roger Alves Silva. Salvador: Ed. JusPodivm, 2ª ed. rev. atual., 2019; Autor de diversos artigos jurídicos; Professor do Curso Teórico e Prático de Execução Penal realizado em diversas Defensorias Públicas do país, na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Pará e Academia Paraense do Júri – APJ; Conferencista.

² O surgimento dos contornos modernos do direito a privacidade tem como referência histórica o artigo “The right to privacy” escrito por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, neste *paper* os autores declinam acerca de haver autonomia para caracterizar mais uma modalidade de direito que visa proteger a pessoa e assegurar ao indivíduo o que os articulistas destacam ter o juiz Cooley bem propriamente chamado de direito de ser deixado só” ou em inglês “the right to be let alone”, no ensajo também compreendem que a lei existente não oferecia um princípio que pudesse

medida em que a protege permitindo a realização das subjetividades, quando garante o respeito a privacidade e as relações familiares, vistas estas últimas em sua perspectiva mais ampla.

Outrossim, ao mesmo tempo que é um direito, igualmente se constitui como um conceito jurídico indeterminado³, ou seja, tem seu conteúdo

ser apropriadamente invocado para proteger a privacidade do indivíduo, por exemplo, os erros e direitos correlatos reconhecidos pela lei da calúnia e difamação eram em sua natureza mais materiais do que espirituais, assim a lei não reconhecia nenhum princípio sobre o qual a compensação pudesse ser concedida por mero dano aos sentimentos. Ressalte-se, que a preocupação ensejadora das reflexões dos autores se dava a partir do desborde de limites que identificavam em relação a forma de se conduzir da imprensa que já a época fazia de situações da vida privada de pessoas, matérias lucrativas, inclusive, constituindo-se em uma verdadeira indústria, nessa perspectiva avaliaram que tais intrusões na privacidade produziam dores e angústias mentais tão maiores do que mesmo lesões corporais. Dessa constatação constituíram 6 (seis) regras gerais de limitação do direito a privacidade, sendo elas: 1. O direito à privacidade não proíbe a publicação de matéria de interesse público ou geral; 2. O direito à privacidade não proíbe a comunicação de qualquer assunto, embora pela sua natureza privada, quando a publicação se faça em circunstâncias que a tornem uma comunicação privilegiada de acordo com a lei da calúnia e da difamação; 3. A lei provavelmente não concederia qualquer reparação pela invasão de privacidade por publicação oral na ausência de dano especial; 4. O direito à privacidade cessa com a publicação dos fatos pelo indivíduo ou com seu consentimento; 5. A verdade da matéria publicada não oferece defesa; e 6. A ausência de "malícia" no editor não oferece uma defesa. Por fim, enunciam igualmente remédios a invasão do direito a privacidade, tais quais: 1. Ação de responsabilidade civil por danos em todos os casos; e 2. Previsão de tipificação penal para uma classe limitada de casos (WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890), pp. 193-220. Disponível em: < <http://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/the-right-to-privacy> > Acessado em: 03.11.2020). Acerca dos bastidores que motivaram a elaboração do texto, Danilo Donedo na nota de rodapé 305, da sua obra, declina ter sido um relevante motivador para elaboração do artigo em comento, matéria veiculada na imprensa que noticiava casamento suntuoso da filha de Warren destacando detalhes, sendo que tais minudências este não gostaria fossem publicizadas. (DONEDO, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: Fundamentos da lei geral de dados. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia LTDA, 2ª edição revista e atualizada, 2020, Capítulo I Pessoa e privacidade na sociedade de informação, 1.4. A caminho da privacidade, 3. Raízes do perfil atual. Edição do Kindle). Não obstante, essa anotação do conceito de privacidade como um direito de ser deixado só, tem-se que a essa definição há algum tempo foi agregado um novo sentido consentâneo com a sociedade em que vivesse, sendo estabelecido, segundo Stefano Rodotà, "o direito de manter o controle sobre as próprias informações" (RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade de Vigilância: a privacidade hoje*. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92). Tal perspectiva pode ser bem observada, inclusive, na análise da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que reservou artigos próprios para destacar os respectivos conteúdos de forma autônoma, como pode se verificar pela previsão do art. 7º, que dispõe que "todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações"; e o art. 8º I, o qual explicita que "todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito". Outrossim, Stefano Rodotà destaca uma distinção no que concerne à tutela que se realiza em relação às respectivas facetas da privacidade, apontando que a alusiva ao direito à vida privada e familiar manifesta-se de forma estática e negativa, ao passo que a tutela referente à proteção de dados pessoais é dinâmica, na medida em que acompanha a circulação dos dados, concedendo poderes de intervenção ao titular do direito a partir de regras de tratamento destes dados (*Idem*. *Tra Diritti Fondamentali ed Elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy*. In: Europa e Diritti Privato, fasc. 1, p. 1-11. Milão: Giuffrè, 2004, p. 3).

³ Segundo Luís Roberto Barroso, "conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluído. Destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pode ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. (...) Como natural, o emprego dessa técnica abre para o intérprete um espaço considerável – mas não ilimitado ou arbitrário – de valoração subjetiva. (BARROSO, Luís Roberto. «Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional», In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2009, p. 147).

definido no âmbito dos casos concretos, assim, conhecer como os tribunais estão se pronunciando acerca do desenvolvimento das suas mais diversas nuances é algo que se impõe, a fim de se saber qual é seu conteúdo jurídico.

Diz-se isto, pois, olhando para os diversos diplomas normativos que expressam esse direito, tem-se que estes não definem o seu sentido e alcance, ficando portanto esta atividade designada para os Tribunais, nomeadamente aqueles que tem a missão de concretizar e densificar os direitos fundamentais, ou seja, os Tribunais Constitucionais, Supremos Tribunais dos Estados, Tribunais Internacionais e Supranacionais que cuidam da temática⁴.

Outra questão que se estabelece, é verificar se o conteúdo jurídico do direito à vida privada e familiar é um conceito homogêneo ou pode variar conforme a peculiaridade da situação, notadamente perspectivas envolvendo o ambiente carcerário e emprego de novas tecnologias relacionadas as questões alusivas as pessoas em conflito com a lei penal.

Assim, para responder a essa problemática, se dividiu o trabalho em 1ª e 2ª parte, constando na 1ª parte, questões fundantes do próprio conceito de vida privada e familiar, por isso buscou-se trazer a lume sua natureza jurídica, suas perspectivas gerais, dentro do direito à vida privada a teoria das três esferas e as linhas mais genéricas do próprio direito.

Por outro lado, na 2ª parte, se assinalou acerca do papel da justiça constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, contextualizando as respectivas metódicas de julgamento relativas aos direitos fundamentais para se entender como os Tribunais que analisam os direitos fundamentais concretizam e densificam as suas conclusões de julgamento.

⁴ Vale destacar, que o asseverado no texto em referência não desconhece ou tão pouco infirma a tese de Peter Häberle concernente a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, pela qual, dentre outros aspectos aponta no sentido de que “a interpretação constitucional não é um “evento exclusivamente estatal” seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático”. Nesse sentido, o que se assinalou, inclusive, encontra também concordância na aludida tese, nomeadamente quando Peter Häberle manifesta que “A jurisdição constitucional é um catalizador essencial, ainda que não o único, da Ciência do Direito Constitucional como interpretação constitucional”. (HÄBELER, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição (Die offene gesellschaft der verfassungsinterpreten. Ein beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” verfassungsinterpretation). Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. Reimpressão 2002, p. 23 e 28).

A partir da análise do papel da justiça constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cujos julgamentos são utilizados neste ensaio, colocou-se a questão de se os presos possuem direito à vida privada e familiar, assim, a partir dessa compreensão, desenvolveu-se algumas questões concernentes a perspectiva desse direito no ambiente carcerário.

Outrossim, foi colocado um último ponto, atinente a monitoração eletrônica de pessoas, o qual foi inserido ao final, tendo em vista a intenção de se utilizar todo o acúmulo de enfrentamento do tema referente ao direito à vida privada e familiar no estudo dessa temática, que é uma perspectiva nova, a qual se relaciona também aos contornos da vida moderna, na qual está presente os aspectos tecnológicos, que muito facilitam a vida, mas que criam novos desafios sobre os quais deve-se está preparado para enfrentá-los.

Por fim, o presente trabalho utilizou de pesquisa legislativa, jurisprudencial, doutrinária e documental.

1ª Parte

Fundações

1. Natureza Jurídica do direito à vida privada e familiar:

Quando se diz da natureza jurídica de um dado instituto quer significar a posição que este ocupa no ordenamento jurídico.

No caso, o direito à vida privada e familiar, entende-se se inserem naquela categoria que visa proteger o cidadão em face do Estado, portanto engendra perspectivas de abstenção dos mecanismos estatais em relação a privacidade e as relações familiares do cidadão.

Nesse sentido, direitos dessa ordem, segundo Gomes Canotilho analisando sob o prisma constitucional português – mas que tem plena exportabilidade de raciocínio para sistemas constitucionais similares – possuem o seguinte regime:

- aplicabilidade directa das normas que os reconhecem, consagram ou garantem (art. 18º/1);
- vinculatividade de entidades públicas e privadas (art. 18º/1);
- reserva de lei para sua restrição (art. 18º/2 e art. 168º/1/b);
- princípio da autorização constitucional expressa para a sua restrição (art. 18º/2);
- princípio da proporcionalidade como princípio informador das leis restritivas (art. 18º/2)
- princípio da generalidade e abstracção das leis restritivas (art. 18º/3);
- princípio da não retroactividade de leis restritivas (art. 18º/3)
- princípio da salvaguarda do núcleo essencial (art. 18º/3);
- limitação da possibilidade de suspensão nos casos de estado sítio e estado de emergência (art. 19º/1);
- garantia do direito de resistência (art. 21º).
- garantia da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas (art. 22º);
- garantia perante o exercício da acção penal e da adopção de medidas de polícia (art. 272º/3);
- garantia contra «leis de revisão» restritivas do seu conteúdo (art. 288º/d)⁵.

Destarte, a compreensão da natureza jurídica do direito, por conseguinte sob qual regime se enquadra é relevante, na medida em que a Justiça Constitucional se vale dessa percepção no âmbito de sua análise.

Tal conhecimento nos auxiliará no entendimento do posicionamento dos Tribunais de jurisdição constitucional, assim como nos permitirá formar convicção acerca de questões que ainda não foram objeto de análise, como situações envolvendo tecnologias novas, mas que possivelmente serão enfrentadas em um futuro bem próximo.

Outrossim, tem-se como ínsita na estrutura dos respectivos direitos a *função de defesa ou liberdade* a qual para Gomes Canotilho é:

A primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e outros esquemas coercitivos).

Os direitos fundamentais cumprem a **função de defesa** dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 437.

as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)⁶.

Nesta dimensão de direitos fundamentais estão os direitos, liberdades e garantias das pessoas. Nesse cenário a relação jurídica se dá entre particular e Estado.

Por outro lado, tem-se também os Direitos Fundamentais Prestacionais, os quais, como o próprio nome indica possuem a característica de serem prestações que o Estado deve entregar ao cidadão.

Identificam-se, com essa característica os direitos sociais, económicos e culturais, os quais ensejam uma atitude positiva por parte do Estado.

São exemplos do que se está mencionando a criação de benefícios previdenciários, a oferta do direito à saúde, entre outros.

Também aqui, a relação jurídica é entre o particular e o Estado.

Seguindo na análise da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas há a perspectiva do seu engendramento nas relações entre particulares. Nesta faceta, Maria da Conceição Ferreira da Cunha⁷ tem utilizado essa aplicação para justificar a criminalização de condutas face estarem inseridas no âmbito do dever de protecção estadual nas relações jurídicas mesmo entre particulares⁸.

Todavia, a origem desse desenvolvimento conceitual decorre de julgamento cível *lato sensu*, haja vista aparecer de forma pioneira em decisão do Tribunal Federal do Trabalho Alemão (*Bundesarbeitsgericht*), de 1954 (*BaGE* 1, 185), na qual se consignou que “uma série de importantes direitos fundamentais não garantem apenas a liberdade individual contra o poder do Estado, antes são, acima de tudo, princípios fundamentais do

6 *Ibid.*, p. 407-408.

7 FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. **Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa – Editora, 1995, p. 124 – 130, 273-274, 279 nota de rodapé 793.

8 Gomes Canotilho também anota quanto a função dos direitos fundamentais de *protecção perante terceiros* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 407-408).

ordenamento da vida social”, sendo aplicados os direitos fundamentais de forma direta entre particulares⁹.

Igualmente, mister salientar, o *leading case* neste tema, o caso Lüth (BverfGE, 7, 198), apresentar como pano de fundo matéria cível, concernente a E. Lüth fomentar a ocorrência de um boicote junto aos distribuidores e exibidores de filmes e público em geral de um filme produzido em 1950, de um realizador que durante o regime nacional-socialista, fora autor de uma obra cinematográfica de propagandanda anti-semita. Face esta ocorrência o Tribunal de grande instância de Hamburgo foi acionado e cassou o boicote proposto por Lüth, que apresentou queixa constitucional perante o Tribunal Constitucional da Alemanha pelo argumento de violação do seu direito fundamental de liberdade de expressão, tendo o Tribunal admitido as razões de Lüth e revogado a decisão do Tribunal de Hamburgo.

Na oportunidade a Corte Constitucional Alemã assentou que o direito fundamental da liberdade de expressão representa uma dimensão principiológica objetiva, enquanto ordem de valores de todo ordenamento jurídico, e, portanto, funciona como causa superior e de justificação e interpretação do direito civil¹⁰.

Adentrando mesmo que de forma perfunctória no conteúdo da decisão Lüth do Tribunal Constitucional Federal Alemão, vê-se como observa Canaris que o Tribunal não fixa para a solução de litígios na seara privada uma aplicação dos direitos fundamentais de forma direta, senão com eficácia irradiante, a fim de evitar o risco de uma “super-revisão”. Face isto, Canaris propõe uma “reconstrução crítica” das diretivas asseveradas no julgado¹¹.

De toda forma, se extrai do caso Lüth a chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais pela qual se enseja a possibilidade de aplicação

⁹ João Abrantes *apud* CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016, nota de rodapé, p. 47-48.

¹⁰ CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**, nota de rodapé, p. 48.

¹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Almedina, 2003, p. 43-44.

dos direitos fundamentais nas relações privadas e o dever de proteção do Estado nas relações entre particulares.

Segundo Canaris, a forma escorregia de leitura da questão alusiva a análise de aplicação dos direitos fundamentais no direito privado é a que substitui a “eficácia de irradiação” pelo recurso às funções dos direitos fundamentais de proibição de intervenção e de imperativo de tutela¹².

Assimilando as categorias jurídicas elaboradas por Canaris, Luciano Feldens no âmbito de análise da aplicação dos direitos fundamentais no campo penal as refere como sendo uma obrigação de dupla face dirigida ao legislador que deverá se cingir a limites máximos e mínimos de intervenção, e posteriormente, ao Juiz Constitucional que poderá realizar respectivo controle acerca dos mencionados parâmetros¹³.

No plano penal sob a perspectiva de proteção no caso da vida, incluindo a vida intra-uterina vale destacar a decisão BverfG, Urteil 25/2/75, do Tribunal Constitucional Federal Alemão acerca da 5ª lei de reforma penal que declarou nulo o § 218 “a” que estabelecia o critério de prazos em favor da mulher grávida, a qual a partir de então poderia optar pela interrupção da gravidez dentro do prazo estabelecido.

No caso em tela, o Tribunal compreendeu pela contrariedade da referida lei ao art. 2º, nº 2 e ao art. 1º, nº 1 da Lei Fundamental da Alemanha, sob o entendimento de haver um dever do Estado de proteção da vida por meio da criminalização do aborto¹⁴.

Posteriormente, foi editada uma lei no mesmo sentido, a qual também foi declarada inconstitucional, todavia, nessa oportunidade o Tribunal registrou indicações para tornar a medida constitucional, o que foi acolhido pelo legislador passando a Alemanha a adotar o modelo de prazos.

¹² Ibid, 47-50.

¹³ FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal**, 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 47-49.

¹⁴ FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição, op. cit., p. 364, nota de rodapé 995 e p. 388.

Desse modo, uma construção de entendimento dos Tribunais Alemães acerca da aplicação dos direitos fundamentais que se iniciou no âmbito cível – a qual, vale ressaltar, não possui aceitação pacífica – foi transplantada para o âmbito de relações sociais que interagem com as leis penais.

Destarte, considerando as peculiaridades das relações jurídicas que conformam as searas cível e penal, a análise da adaptação dessa construção de aplicação dos direitos fundamentais, nomeadamente na esfera penal para onde o transplante posterior se deu, é medida salutar haver análise pormenorizada quanto a eficácia.

Desse modo, a mesma ideia deve valer para esse instituto penal que é a monitoração eletrônica (doravante abreviadamente, ME), ou seja, sendo observada se há sua real eficácia quando direcionada com exclusiva finalidade de “segurança pública” (“proteção”) como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos na hipótese de aplicação da ME para a vida toda e após o cumprimento da pena¹⁵¹⁶.

¹⁵ Os Estados Unidos, utilizam o dispositivo de monitoração eletrônica no âmbito da *probation* e da *parole*, em programas de saída para o trabalho ou prisão domiciliar. Bem como introduziram uma terceira modalidade de liberdade condicional, estabelecida por meio da *Sentencing Reform Act of 1984*, concernente a Liberação Supervisionada, a qual acontecerá por ocasião de delitos graves em que o Tribunal pode determinar a inclusão de uma exigência relativa a que o réu seja colocado em um período de liberdade supervisionada após a prisão, nestas circunstâncias o Tribunal deve expedir um mandado de libertação supervisionada. (cf. *Probation*, 41 Ann. Rev. Crim. Proc. 797 (2012), p. 817). Segundo Avlana K. Eisenberg esta modalidade, realizada com a adição de utilização da monitoração eletrônica e para a vida toda, está presente em 12 Estados dos Estados Unidos, os quais editaram leis normatizando programas de monitoração eletrônica para as finalidades mencionadas. Destacam-se como Estados que adotam a regulação em comento Califórnia, Florida, Geórgia, Kansas, Louisiana, Maryland, Michigan, Missouri, North Carolina, Oregon, Rhode Island, e Wisconsin. **CAL. PENAL CODE § 3004(b)** (West 2016); **FLA. STAT. § 948.012(4)** (2016); **GA. CODE ANN. § 42-1-14(e)** (2016); **KAN. STAT. ANN. § 22-3717(u)** (2016); **LA. REV. STAT. ANN. § 15:560.3(A)(3)** (2016); **MD. CODE ANN., CRIM. PROC. § 11-723(d)(3)(i)** (LexisNexis 2016); **MICH. COMP. LAWS § 750.5201** (2016); **MO. REV. STAT. § 217.735(4)** (2016); **N.C. GEN. STAT. § 14-208.40** (2016); **OR. REV. STAT. §§ 137.700, 144.103** (2016); **11 R.I. GEN. LAWS § 11-37-8.2.1** (2016); **Wis. STAT. § 301.48** (2016), cf. Avlana K. Eisenberg, **Mass Monitoring**, 90 S. Cal. L. Rev. 123 (2017), p. 125-126). Na Europa, a *Recommendation CM/Rec (2014) 4 of the Committee of Ministers to member States on electronic monitoring* admite a possibilidade de aplicação da monitoração eletrônica para supervisão de determinados condenados em certos tipos de delitos após o cumprimento de sentença, todavia, explícita a necessidade de definição de duração da medida, tendo em conta a consideração de se ter em vista o impacto global que tal aplicação possui na pessoa do ex-recluso, familiares e terceiros, deste modo, apresenta diferença sensível em relação as leis estadunidenses, como mais a frente se detalhará. No Brasil não há nenhuma previsão legal nesse sentido.

¹⁶ A narrativa para tais utilizações é a necessidade de se viabilizar maior segurança pública, nessa medida a ME passa a escapar do seu escopo de concepção relativo a ser um mecanismo mais conectado com um cunho descarcerizador ou substitutivo da prisão, para empreender na lógica de proeminência de caráter fiscalizatório ou de ser adicional ao estabelecimento de medida ou sanção já proporcionalmente prescrita.

Tem-se, como reflexos da construção teórica da aplicação dos direitos fundamentais na relação jurídica entre particulares, basicamente, a designação de eficácia dos aludidos direitos no âmbito dessas relações e, também a assimilação de deveres de proteção do Estado na relação entre particulares.

Ambos os desenvolvimentos decorrem da dimensão objetiva que os direitos fundamentais possuem, portanto, esse entendimento seria uma evolução em relação à construção inicial de dimensão subjetiva dos aludidos direitos.

Surge na primeira perspectiva a chamada eficácia horizontal ou externa, em adição a ideia primária de eficácia vertical ou interna, apenas como direitos subjetivos do indivíduo de resistência contra ingerências do Estado, para uma feição ampliativa de eficácia perante terceiros (*Drittwirkung*)¹⁷.

Nessa primeira linha de pensamento pondera-se por uma aplicação imediata (direta) ou mediata dos direitos fundamentais.

Segundo Maria da Conceição Ferreira da Cunha na esfera penal face a necessária homenagem ao princípio da legalidade *mister* será a mediação do legislador¹⁸.

Na segunda perspectiva, vê-se, também, mesmo como uma nova forma de enxergar o Estado, tendo este um dever de proteção dos particulares nas relações que realizam entre si, sendo tal ótica inserida na lógica que pugna pela efetivação da Constituição de forma ampla.

Nesse contexto, é que surge a problemática da proteção de direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos por meio da criminalização de condutas advindas da edição de leis penais (ou de leis penais que ampliam a restrição das liberdades como ocorre com a aplicação da ME) e

¹⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 137-140.

¹⁸ FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição, op. cit., p. 279, nota de rodapé 793.

a análise pela proporcionalidade de proibição de excesso e proteção insuficiente¹⁹.

2. Perspectivas gerais do direito à vida privada e familiar

Nesse item se buscará trazer luz para os delineamentos do direito à vida privada e familiar em termos de generalidade, pois situações mais

¹⁹ Registra-se neste ensaio o entendimento de que a dimensão da proporcionalidade com o sentido de “proibição de excesso” em relação ao âmbito penal – e a monitoração eletrônica é instituto de caráter penal – é a única construção, a qual entende-se possível na medida em que o princípio da proporcionalidade numa dimensão de “proteção insuficiente” é equivocada e contraposta à essência do próprio princípio. Compreende-se, neste sentido, que seria desnaturar a formulação construída em relação ao princípio da proporcionalidade como mecanismo de resistência do cidadão em relação a intervenção em direito fundamental pelo Estado, para passar a justificar no anverso da moeda a possibilidade de interferência ou ampliação desta intromissão no indivíduo em nome de protegê-lo de outro indivíduo. É dizer, um princípio que teve origens e desenvolvimento fundado na contenção do arbítrio estatal pelo indivíduo, de forma aproveitada, passa a ser agora instrumento contra o cidadão na medida em que se não houver punição para uma conduta ou a reprimenda não punir suficientemente, por força do princípio da proporcionalidade na vertente “proteção insuficiente” tal situação seria inconstitucional, assim, se possibilitará entender que a Justiça Constitucional poderá declarar a inconstitucionalidade de uma descriminalização ou a redução de severidade de uma punição por meio do princípio da proporcionalidade na dimensão da “proteção insuficiente”. Fácil notar, dessa maneira, que tal entendimento subverte o conteúdo do princípio da proporcionalidade se aproveitando do prestígio haurido ao longo dos tempos. Ademais, uma dita proteção que normalmente é sufragada, a fim de ser feita a defesa a edição de lei de conteúdo penal, por regra não encontra sustentação quando contrastada a partir da realização de pesquisas empíricas, ou seja, se na seara cível pode haver alguma ressonância, considerando possível eficácia protetiva, no campo penal não há pesquisas que demonstrem o alcance das finalidades declaradas, dessa forma, a vertente de “proteção insuficiente” deve ser desconsiderada na seara criminal. Não obstante, em sentido contrário, cf. FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal**, Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle, 5.5. A proporcionalidade como proibição de proteção deficiente; SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre Proibição de Excesso e de Insuficiência**. Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXXI (Separata), Coimbra, 2005, p. 362. Cristalino, a partir dos textos de Luciano Feldens e Ingo Sarlet, que ambos para sustentar as respectivas posições – viabilidade de haver por decorrência do princípio da proporcionalidade a chamada vertente da “proteção insuficiente ou proibição de insuficiência” – tiveram como base teórica principal Claus-Wilhelm Canaris. Nesse contexto, como já dito, referido autor viabilizou sua teórica por decorrência da análise do julgamento do Tribunal Constitucional Federal Alemão relativo ao caso Luth, o qual possui matizes fincadas em pano de fundo de natureza cível, assim, é que se questiona a transposição de uma formulação pensada para a seara do direito civil, inclusive, o livro em que publicizou a compreensão de que a forma escorreita de leitura da questão alusiva a análise de aplicação dos direitos fundamentais no direito privado é a que substitui a “eficácia de irradiação” pelo recurso às funções dos direitos fundamentais de “proibição de intervenção e de imperativo de tutela” teve como título traduzido para o português “Direitos Fundamentais e Direito Privado”. Destarte, não se questiona da aplicação da teoria desenvolvida por Canaris no âmbito civil, mesmo por que esse não é o objeto dessa pesquisa, mas a objeção que ora se levanta é acerca da validade da transposição dessa doutrina para casos envolvendo direito penal considerando a própria crise do direito penal decorrente das pesquisas empíricas que colocam em dúvida os fundamentos deste direito quanto ao cumprimento real daquilo a que declaradamente diz ser sua finalidade. Sabe-se é certo que aludida doutrina posteriormente foi utilizada pelo TCFA (BverfGE 88, 203, de 28 de maio de 1993) em caso criminal atinente a análise de lei penal cujo objeto era a descriminalização do aborto, assim como, tem-se conhecimento igualmente da utilização deste fundamento nos julgamentos do Tribunal Constitucional da Espanha (Sentença n. 53, de 1985) e do Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão n. 288, de 18.04.1998) sobre o mesmo tema do aborto. Malgrado, referidas Cortes Constitucionais tenham transposto a teoria ora mencionada para análise de leis criminais concernente ao aborto, tem-se como objetivo nesta passagem deste texto formular objeção a essa aplicação pelos fundamentos aqui discorridos. Ressalte-se, por oportuno, que a intenção não foi realizar análise mais ampla sobre o tema, pois fugiria ao escopo da pesquisa.

específicas como a das pessoas privadas de liberdade no que tange as respectivas peculiaridades decorrentes do encarceramento serão estudadas posteriormente²⁰.

De todo modo, as premissas que aqui serão fixadas são relevantes de serem conhecidas mesmo para que se tenha uma visão global acerca do tema.

Nessa senda, todo acúmulo argumentativo que já foi construído terão aplicação no enfrentamento de questões alusivas ao desenvolvimento de novas tecnologias e sua interface com os direitos à vida privada e familiar.

Tais direitos passaram a frequentar diplomas normativos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem – DUDH – artigo 12º, o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos – PIDCP – artigo 17º, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Conv. Am. - artigo 11º, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Carta da UE – artigos 7º e 8º, Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Conv. Europ – artigo 8º, a Constituição da República Portuguesa – artigo 26º, Constituição da República Federativa do Brasil – artigo 5º, X, XI e XII, entre outros.

Nesse passo, vale salientar, que todos os enunciados normativos acima mencionados guardam uma similaridade redacional, sendo garantido ao cidadão o respeito à vida privada e familiar, ao domicílio, as comunicações e a proteção de dados.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, distingue em seu texto as expressões “intimidade” e “vida privada”, desse modo, a doutrina brasileira²¹ faz distinção entre os vocábulos, tendo aqueles que dizem que o direito à intimidade estaria dentro do direito à privacidade, o qual seria mais amplo. O direito à privacidade estaria compreendido nos comportamentos e acontecimentos relativos as relações pessoais em geral, comerciais e profissionais que a pessoa natural não deseja que se divulguem ao conhecimento de todos. O núcleo do direito à intimidade estaria

²⁰Ver a 2ª parte do trabalho a partir do item 2.

²¹Cito por todos MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonnet. Curso de Direito Constitucional, 9ª ed. rev. atual., São Paulo, Saraiva, 2014, p. 266-267.

inserido nos acontecimentos ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.

Malgrado essa consideração, tal observação não se verifica na análise dos demais diplomas normativos mencionados.

Por outro lado, entende-se que a privacidade está diretamente relacionada com o sigilo bancário/fiscal, a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das comunicações, de tal modo que mesmo que não se positivassem tais expressões todas já estariam compreendidas no conceito de vida privada.

Esse ponto nos remete a um debate importante correlacionado com tema, alusivo ao direito natural e ao direito positivo, bem assim do ponto de partida para qualquer análise jurídica que deve ser a pessoa²².

Nesse sentido, Miguel Reale observa:

Mesmo quando não se aceita a idéia de um Direito Natural, anterior e superior ao Direito Positivo, pode-se considerar prevalecente o entendimento de que a defesa dos direitos humanos se fundamenta no conceito de *pessoa*²³.

Esse reconhecimento da pessoa como centro do sistema jurídico e objeto de proteção, o qual, inclusive, se verifica nos diversos diplomas internacionais e nacionais supramencionados se mostra relevante, pois é notório no plano atual a formação de arranjos institucionais e mesmo privados opressores da pessoa humana.

No âmbito dessa repressão, a publicização sem ética de dados pessoais muitas vezes por meio de intromissões clandestinas e sub-repitições com utilização, inclusive, de aparato tecnológico são técnicas fáceis de se observar no momento hodierno.

Acerca dessa preocupação Miguel Reale destaca:

Fala-se, continuamente, nos poderes avassaladores do Estado, que já estende suas garras sobre todas as áreas culturais, subtraindo aos indivíduos seu poder de iniciativa ou, então, subordinando-os a esquemas e processos

²² Destarte, tal ordem de ideias possui relevo para presente pesquisa face a conexão íntima que tem com a aplicação desse direito a novos fatos jurídicos originados do desenvolvimento de novas tecnologias.

²³REALE, Miguel. *Direito Natural / Direito Positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 17.

administrativos cada vez mais uniformizadores e opressivos. Mas o que desejo focalizar, neste trabalho, são os perigos que as estruturas eletrônicas da Informática e Telecomunicação representam como instrumentos capazes de privar o homem de sua intimidade, *socializando*, não os meios de produção – segundo a previsão marxista – mas sim o patrimônio ético inerente à nossa própria subjetividade²⁴.

Tem-se, como fundamental nesse cenário identificar o núcleo essencial daquilo que é privativo só do indivíduo e/ou, o que é do indivíduo, mas interessa a sociedade e com esta pode ser socializado.

Trazendo luz sobre a questão ora proposta Miguel Reale enfatiza:

Posta a questão nesses termos, assim como ninguém pode ser obrigado a depor contra si mesmo, confessando delitos ou revelando segredos, sob as mil formas de violência, que vão desde a coação física ao emprego de técnicas psicológicas ou farmacológicas, também não se coaduna com a Justiça a subordinação da vida individual à curiosidade popular doentia, alimentada pelos canais de informação, especialmente pelo rádio e televisão. Sob a aparência de interesse público, o que há, não raro, são interesses empresariais não merecedores de amparo. Certos programas de televisão, (...), constituem verdadeiros tribunais, sendo expostos ao público em geral dramas e tragédias que deviam ser respeitados como valores vinculados ao que há de mais sagrado na personalidade humana, a sua privacidade.

(...)

No fundo, o que é manipulado, tanto para fins políticos como para fins publicitários e mercantis, *são os valores da subjetividade (...)*.

(...)

Não se trata, é claro, de converter a intimidade pessoal ou das empresas em um mito, pois há casos em que o interesse público não pode ser atendido sem a obtenção de informações de caráter individual: tudo depende, porém, de um equilíbrio razoável entre aquilo que toca a cada um e o que cabe à coletividade.

(...)

Como bem observou Vittorio Frosini, a liberdade de informação, tanto como a liberdade política, ou econômica, tem duas faces, uma *negativa*, relativa a necessária preservação do que é individual e próprio, e outra *positiva*, no sentido de ser lícito à coletividade obter dados particulares, desde que não atinjam a privacidade do indivíduo ou a exclusividade de uma entidade econômica. Há,

²⁴Ibid, p.20.

diz ele, com razão, um “direito a informação” contraposto a um “direito ao segredo”, e este é o limite natural daquele²⁵.

Referidas palavras, pode-se entender sejam as premissas gerais para o tratamento do tema, o qual está imbricado no âmbito de trazer condições para o próprio desenvolvimento da subjetividade traço característico da personalidade.

2.1 Teoria das três esferas

A teoria das três esferas desenvolve gradações de privacidade conforme o relacionamento da pessoa com o meio externo, distinguindo-se em três dimensões conforme se verifica:

A doutrina jurídica adota a *Teoria das Três Esferas* (Kayser, 1984, pp. 14-29) para estabelecer os contornos da valorização da natureza pessoal:

- a) esfera íntima ou individual;
- b) esfera privada;
- c) esfera pública

A *esfera íntima* ou *individual* está no núcleo de existência humana, caracterizada por peculiaridades da individualidade, como sigilos e balizas da honra subjetiva, que não se reparte com ninguém, visto que a intimidade se concentra no direito ao isolamento que está à margem do mundo exterior.

A *esfera privada* é inerente ao aspecto reservado da individualidade humana que deseja compartilhar a vida apenas com um grupo restrito em um ambiente de confiança e estima, aí incluídas as relações de família e de amizade.

A *esfera pública* diz respeito ao ser humano como cidadão do planeta, aberto a exposição no meio social circundante.

Em todas as três esferas, ergue-se a presença do ordenamento jurídico à proteção dos componentes personalíssimos adstritos ao corpo, à liberdade, à honra, e à essência moral da personalidade²⁶.

De alguma forma, pode-se entender que quanto mais o comportamento se desenvolva em esfera mais afastada do núcleo essencial e/ou a

²⁵Ibid, p. 21-23.

²⁶ OLIVEIRA, Edmundo. **Direito Penal do Futuro: A Prisão Virtual**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 122.

pessoa que pratique o ato tenha proeminência na sociedade, menos forte será a proteção a privacidade, nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal do Brasil, vejamos:

A fixação do quantum indenizatório deve observar o grau de reprovabilidade da conduta. A conduta do réu, embora reprovável, destinou-se a pessoa pública, que está sujeita a críticas relacionadas com a sua função, o que atenua o grau de reprovabilidade da conduta. A extensão do dano é média; pois, apesar de haver publicações das acusações feitas pelo réu, foi igualmente publicada, e com destaque (capa do jornal), matéria que inocenta o autor, o que minimizou o impacto das ofensas perante a sociedade²⁷.

Não se pode entender que quanto mais o comportamento se desenvolva em esfera mais afastada do núcleo essencial e/ou a pessoa que pratique o ato tenha proeminência na sociedade, menos forte será a proteção da privacidade. Nesse sentido já se manifestou o STF (AO nº 1.390, rel. Min. Dias Toffoli, j. 12.5.2001., DJE de 20.8.2011).

Como se verifica, a teoria das três esferas nos traz relevantes balizas de compreensão no âmbito de possíveis intromissões na vida privada das pessoas. Porém, cabe alertar que aludida teoria, segundo entende-se, não tem plena recepção no que tange ao direito à vida privada da pessoa encarcerada, haja vista que não se insere na sua lógica de desenvolvimento a perspectiva da vulnerabilidade do preso, a qual, segundo percebe-se, tem o condão de potencializar o direito. Essa última menção será pormenorizada na segunda parte deste artigo.

3. Direito à vida privada

Como mencionado, embora as questões relacionadas a sigilo bancário/fiscal, inviolabilidade de domicílio e sigilo das comunicações nos textos normativos sejam explicitamente mencionadas, entende-se que tais

²⁷ AO 1.390, rel. min. Dias Toffoli, j. 12.5.2011, P, DJE de 30.8.2011.

formas que se expressam a vida consubstanciam facetas da privacidade, por isso se fez a opção de tratá-las no contexto específico da vida privada.

A privacidade e o sigilo bancário/fiscal encontram tratamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil nos seguintes termos:

O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade²⁸.

No que tange ao sigilo fiscal aquela Suprema Corte brasileira também assim, decidiu:

O chamado sigilo fiscal nada mais é que um desdobramento do direito à intimidade e à vida privada. Aqui se cuida de pessoa jurídica que exerce atividade tributável. Contribuinte, portanto. Os documentos foram apreendidos no interior da sede da empresa, e não no domicílio do seu responsável legal. A atividade da pessoa jurídica está prevista como crime contra a ordem econômica. Legítima, assim, a atuação do Fisco, com respaldo na legislação pertinente. Legítima, também, a atuação do Ministério Público instando a autoridade policial à instauração do inquérito policial, com vista a apurar a ocorrência de um fato típico (...) ²⁹.

Já a inviolabilidade de domicílio nesse mesmo contexto relacionada a privacidade preceitua o Supremo Tribunal Federal do Brasil, que:

Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de microcomputador, obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CF); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5º, X, da CF); e, no segundo caso, **por estar-se diante de microcomputador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida**

²⁸AI 655.298 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 4.9.2007, 2ª T, DJ de 28.9.2007.

²⁹HC 87.654, voto da rel. min. Ellen Gracie, j. 7.3.2006, 2ª T, DJ de 20.4.2006.

degradada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, da CF)³⁰. (grifo nosso).

Outra faceta em que se desdobra o direito a privacidade é em relação ao sigilo das comunicações, nesse quadrante o posicionamento da Suprema Corte do Brasil, assinala:

HC/80949 = Habeas Corpus

EMENTA: 1. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita.

(...)

2. Da explícita proscrição da **prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo** (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da **verdade real** no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao **princípio da proporcionalidade** - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. **Gravação clandestina de “conversa informal” do indiciado com policiais.** 3. **Ilicitude decorrente** - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu **direito ao silêncio**. 4. **O privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere** -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a **falta da advertência** - e da sua **documentação formal** - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informal” gravada, clandestinamente ou não. IV. **Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores.** 5. **A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação**

30AP 307, rel. min. Ilmar Galvão, j. 13.12.1994, P, DJ de 13.10.1995.

telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de **terceiro**, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. **Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree)**.

Nessa ordem de ideias, percebe-se que o direito a privacidade tende a ser mitigado, quando envolve questões de interesse público e/ou fiscalizatórias, embora pela análise das decisões da Suprema Corte do Brasil, procure-se garantir mesmo nesse contexto um mínimo de formalismo para a flexibilização do direito.

Normalmente, o ponto de partida para a atenuação do direito é o fato de não ser absoluto, portanto devendo ceder se necessário a questões de interesse da sociedade.

4. Direito à vida familiar

O direito à vida familiar segundo Irineu Cabral Barreto “No seu conteúdo, pode-se referir o nome, a nacionalidade, a coabitação e sobretudo as relações de filiação”³¹.

³¹BARRETO, Irineu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 244.

De toda sorte, para sua defesa necessário se faz definir o conceito de família, o qual tem se mostrado contemporaneamente bem dinâmico.

Não obstante, adota-se para o presente trabalho a definição que vem sendo assinalada pelos órgãos da Convenção Europeia, os quais como acentua Irineu Cabral Barreto “preferem uma aproximação prática baseada na existência de laços substanciais e afetivos entre as pessoas que se apresentam como uma família, mesmo que se encontrem separadas”³².

O direito a vida familiar se consubstancia em aspecto relevante do próprio desenvolvimento da personalidade na medida em que as relações familiares afetam diretamente as pessoas.

Traçar os seus contornos de forma mais ampla possível, ou seja, fora daquele dogma estabelecido de a família se constituir apenas com o casamento, ser apenas entre homem e mulher, são marcos civilizatórios da contemporaneidade que vem privilegiando a afetividade e o direito a felicidade³³.

Se insere nesse contexto, igualmente, a ampliação da autonomia que diz do Estado o quanto possa não se imiscuir em decisões pessoais do indivíduo que deve poder escolher aquela arquitetura familiar que melhor lhe aprouver.

Malgrado esse entendimento, também é cediço que pela relevância e repercussões jurídicas que possuem as relações familiares merecem ser reguladas.

Porém, deve haver temperança na regulação, a qual deve atender o quanto possível os anseios da sociedade sem deixar de lado o acúmulo já estabelecido no âmbito das decisões judiciais.

³²Ibid, p. 244.

³³O Supremo Tribunal Federal do Brasil possui uma gama de decisões definindo conceitos amplos acerca do conceito de entidades familiares, por todas vale mencionar a que reconheceu as uniões homoafetivas e que foi estabelecida no julgamento da ADI ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Brito, 4 e 5.5.2011. No mesmo passo, por todos os acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - TEDH, envolvendo a temática declinam-se os seguintes: caso X e outros / Áustria, de 19 de setembro de 2013, § 96 e o Caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, Queixa n.º33290/96.

2ª Parte

Segregação com manutenção de direitos

1. Papel da Justiça Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na proteção dos direitos fundamentais

Conhecer as nuances relacionadas a Justiça Constitucional e ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – TEDH no que tange à fiscalização que exercem na seara dos direitos fundamentais no contexto do estudo do direito à vida privada e familiar é necessário, pois tais instâncias são faróis que trazem luz para que enxerguemos a forma que esses direitos se expressam diante dos fatos da vida.

Quando se quer saber o conteúdo de um determinado direito mister se faz conhecer o que os Tribunais dizem a seus respeito, no caso em matéria de direitos fundamentais o que os tribunais constitucionais, tribunais supremos dos Estados, tribunais supranacionais ou tribunais internacionais que julgam esses temas estão decidindo³⁴.

Dessa forma, saber a que estes Tribunais se propõem, notadamente os que compõem a Justiça Constitucional e o TEDH, cujos julgados são objeto de análise neste texto, se faz salutar, a fim de se entender também como se formam os respectivos julgamentos.

Segundo Alves Correia, pode-se definir a Justiça Constitucional, nos seguintes termos:

Podemos, em face do que vem de ser dito, definir a *justiça constitucional* como a parte do direito constitucional que tem por objeto o estudo do conjunto dos órgãos, processos e técnicas de fiscalização jurisdicional da observância das regras e princípios constitucionais pelos órgãos detentores do poder normativo público, em especial pelo legislador, isto é, de garantia da supremacia da Constituição, e a análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional português, que expressa a insubstituível função interpretativo-concretizadora, densificadora e criadora do nosso órgão supremo da justiça constitucional, em

³⁴CORREIA, Fernando Alves, op. cit., p. 28.

diálogo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, em aplicação das normas dos tratados e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e, sobretudo, com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em concretização da Declaração Europeia dos Direitos do Homem. De facto, a interação da Constituição Portuguesa em rede com aqueles “Textos Constitucionais Europeus”, formal e materialmente entendidos, e o lastro jurisprudencial de interconstitucionalidade daqueles dois Tribunais são dados incontornáveis de uma abordagem séria da nossa justiça constitucional³⁵.

Do mesmo modo, Alves Correia, ainda quanto a Justiça Constitucional assinala que:

À Justiça Constitucional (...) cabe uma importante tarefa de *concretização e desenvolvimento do direito constitucional*, contribuindo decisivamente para o enriquecimento e o aprofundamento da sua dogmática³⁶.

Destacam-se como objetivos da Justiça Constitucional garantir a separação de poderes, o papel contra-majoritário de tutela das minorias e a observância dos direitos fundamentais nas relações verticalizadas entre cidadão e Estado, bem assim nas relações horizontais entre cidadãos³⁷.

Algo de fundamental relevo a se destacar na análise das funções dos tribunais constitucionais e tribunais supremos dos Estados é o fato de terem como tarefa a guarda da Constituição do respectivo país a que pertença.

Nesse sentido, a princípio referidas cortes constitucionais tenderiam a ter como metódica de julgamento a análise de casos de forma introspectiva tão somente considerando a identidade cultural nacional e outros aspectos próprios do respectivo país a que o órgão jurisdicional constitucional pertença.

Essa forma de realizar a jurisdição em países, por exemplo, europeus traz problemas para o sistema, pois gera aparente *concorrência entre*

³⁵Ibid, 19-20.

³⁶Ibid, 24-25.

³⁷Ibid, 42, 46.

instâncias, no caso entre as Cortes Constitucionais, Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – TEDH³⁸. Em países que não pertencem ao espaço europeu enseja empobrecimento de perspectiva de análise, pois em um mundo globalizado e inserido na internormatividade – como já inclusive se demonstrou por meio dos diversos diplomas internacionais e nacionais que cuidam da disciplina do respeito ao direito à vida privada e familiar, os quais possuem ampla similaridade, por conseguinte se interrelacionam na medida em que representam um consenso em torno do tema formando uma rede – deixar de comparar e absorver casos envolvendo o mesmo regramento já decididos em cortes constitucionais de outros países ou em tribunais internacionais ou supranacionais, é medida pouco producente.

Uma solução que se entende interessante é a adoção do diálogo judicial (*judicial dialogue*)³⁹ o qual se consubstancia no entendimento de que os tribunais, notadamente as cortes constitucionais, devem na análise dos casos atinentes a sua competência buscar julgados de tribunais constitucionais e supremas cortes de outros países, tribunais internacionais ou supranacionais relativos ao tema que irá apreciar lançando no respectivo decisório como argumento de decisão.

Nessa perspectiva, o Tribunal Constitucional Português e o Supremo Tribunal de Justiça deste mesmo país, já vem acompanhando esse direcionamento, conforme Ireneu Cabral Barreto, observa:

Os nossos Tribunais, a começar pelo Supremo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Constitucional, estão normalmente atentos à jurisprudência de

38Suzana Tavares da Silva define bem o campo de competência do Tribunal Constitucional, TJUE e TEDH quando sublinha “Na verdade, apesar de teoricamente cada órgão judicial cumprir uma tarefa diferente – o tribunal constitucional apenas guardar a constituição do respectivo Estado-membro, o TJUE apenas efectiva o direito europeu em grande medida balizado pelas competências da UE e o TEDH apenas garante a protecção de direitos individuais contra os actos dos Estados-membros da Convenção que violem o disposto na CEDH – a verdade é que na prática multiplicam-se os casos em que assistimos a uma aparente “concorrência entre instâncias” (Knauff, 2010)”. (Direitos Fundamentais na Arena Global, p. 106).

39Para mais aprofundamento do tema ver a esse respeito CORREIA, Fernando Alves, op. cit., 17-18 e TAVARES DA SILVA, Suzana, op. cit., p. 136-156.

Estrasburgo, chegando por vezes a invocar diretamente a *Convenção* para afastar normas que com ela não se conciliam⁴⁰.

Por outro lado, o TEDH ante a tarefa de protetor e interprete da *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* – de forma abreviada chamada *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, quando se depara com um ato do Estado (lei, ato administrativo, sentença, entre outros) que não esteja em consonância com a *convenção* assinala que aquele ato é incompatível com esta.

Porém, para chegar a conclusão de julgamento toma por metodologia a análise de consenso acerca da matéria dentro do Conselho da Europa, concedendo ou não, assim, margem de apreciação ao Estado-membro, ou mesmo fazendo apreciação da questão via verificação da proporcionalidade.

Por isso, quando as autoridades nacionais fazem a avaliação inicial quanto à justiça de determinada medida em um processo antes de uma avaliação final pelo TEDH, este Tribunal concede uma certa margem de apreciação no que se refere a essa avaliação. Porém, a amplitude dessa margem irá variar e dependerá de vários fatores, incluindo a natureza das atividades restritas e os objetivos perseguidos pelas restrições.

Assim, quando se trate de um aspecto particularmente importante da existência ou da identidade de um indivíduo a margem de apreciação concedida a um Estado será, em geral, restrita. Contudo, se não houver consenso nos Estados-membros do Conselho da Europa sobre a relevância do interesse em jogo ou sobre a melhor forma de o proteger, é provável que a margem seja mais alargada. Isto é particularmente verdade quando o caso levanta questões complexas e escolhas de estratégia social: o conhecimento direto das autoridades sobre a sua sociedade e as suas necessidades significa que estão em melhor posição do que o juiz internacional para apreciar o que é do interesse público. Nesse caso, o TEDH geralmente respeitará a escolha política do legislador, a menos que

⁴⁰BARRETO, Ireneu Cabral, op. cit., p. 44, 50-53.

seja “manifestamente desprovida de fundamento razoável”. Geralmente, haverá também uma ampla margem concedida se o Estado for obrigado a estabelecer um equilíbrio entre interesses privados e públicos concorrentes ou direitos da convenção⁴¹.

A análise do consenso segundo Kanstantsin Dzehtsiarou passa por quatro tipos de consensos, sendo eles “1. Consenso baseado na análise comparativa das leis e práticas das Partes Contratantes; 2. Consenso baseado em tratados internacionais; 3. Consenso interno da Parte Contratante demandada; 4. Consenso de especialistas”⁴².

Nessa senda, o TEDH busca respeitar a identidade do país até que se forme o consenso.

Acerca da metódica do TEDH Ireneu Cabral Barreto arremata:

O Tribunal sempre entendeu que a *Convenção* é um instrumento vivo a interpretar à luz das condições da vida atual, de acordo com as transformações que se devem considerar adquiridas no seio da sociedade de que fazem parte os Estados Contratantes, pois só assim se protegem os direitos não teóricos ou ilusórios mas concretos e efetivos, e o Tribunal sempre chamou a si esta tarefa. Mas, ao aplicar a *Convenção* a situações novas, o Tribunal procede com cautela de modo a que suas decisões possam refletir tanto quanto possível um sentir existente no seio dos Estados sob a sua jurisdição.

O Tribunal deseja ser o promotor de um ordenamento jurídico europeu comum na matéria que cabe cuidar, a dos Direitos Humanos, mas prosseguindo um caminho que encontre as suas referências no ordenamento jurídico dos diversos Estados membros.

E, se o Tribunal não fica à espera de uma harmonia toral, dificilmente ele avançará sozinho sem o apoio mais ou menos sólido de algumas jurisdições nacionais e, naturalmente, sem o apoio de alguns tribunais superiores, pois são eles os melhor colocados para se aperceberem das mudanças sociais ocorridos ao nível interno.

Dito isto, por oportuno, mister registrar que conhecer o papel, como se formam os julgamentos e a metódica utilizada pelas cortes

⁴¹TEDH, Caso Khoroshenko vs Rússia, de 30 de junho de 2015, § 120, p. 35.

⁴² Kanstantsin Dzehtsiarou. European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights, p. 39.

constitucionais e pelo TEDH, notadamente este último pela peculiaridade de ser próprio do sistema europeu, ganha especial relevância nesse contexto de internormatividade e diálogo judicial, para que se possa definir o conteúdo jurídico do direito à vida privada e familiar, por conseguinte alcançar projeções para análise da sua aplicação em novos institutos como a monitoração eletrônica de pessoas.

2. O preso possui direito à vida privada e familiar?

A indagação assinalada no presente item, pode parecer despropositada, haja vista o expresse reconhecimento nos diplomas normativos já aqui mencionados⁴³ do aludido direito para as pessoas em geral.

Todavia, quando analisa-se a jurisprudência dos diversos Tribunais Constitucionais, Supremos Tribunais dos Estados e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, percebe-se que sua afirmação é bastante necessária na medida em que são muitos os casos que chegam a estas cortes de justiça alusivas a violação dos mencionados direitos dos presidiários.

Esse sem número de processos que chegam aquelas altas cortes jurisdicionais faz parecer que o encarcerado encontra-se em uma situação a parte, em um espaço paralelo, o qual não é albergado pelo manto dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Destarte, asseverar que o preso é sujeito de direito e como tal possui todos os direitos que qualquer cidadão possui, lhe sendo restringido tão somente a liberdade⁴⁴se mostra relevante.

Destacando ter o preso apenas restringido o direito de liberdade, logo subsistindo os demais, mister apresentar acórdão do TEDH no caso *Khoroshenko vs Rússia*, vejamos:

116. As is well established in the Court's case-law, during their imprisonment prisoners continue to enjoy all fundamental rights and freedoms, save for the

⁴³Ver a respeito o item 2, na 1ª Parte.

⁴⁴No Brasil conforme estabelece o art. 15º, III, da Constituição Federal de 1988, ficam suspensos os direitos políticos nos casos de “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”.

right to liberty (see, for instance, Dickson v. the United Kingdom [GC], no. 44362/04, § 67, ECHR 2007-V, quoting Hirst v. the United Kingdom (no. 2) [GC], no. 74025/01, § 69, ECHR 2005-IX; and Boulois v. Luxembourg [GC], no. 37575/04, § 82, ECHR 2012).⁴⁵

Neste diapasão, tem-se como estreme de dúvidas o direito à vida privada e familiar da pessoa em situação de encarceramento sob o sentir do TEDH, sendo um importante pronunciamento, inclusive pela perspectiva do diálogo judicial.

3. Questões controvertidas envolvendo o direito à vida privada e familiar no ambiente carcerário.

Verificado que de fato e de direito o encarcerado possui direito à vida privada e familiar, passa-se a analisar casos que o TEDH, enfrentou, a fim de se saber acerca da possibilidade de se extrair um conteúdo jurídico diferenciado do direito à vida privada e familiar direcionado para as questões carcerárias que coteje essa peculiaridade.

Nesse contexto, vale mencionar, que aquela corte colaciona diversos julgados emblemáticos acerca de diversas nuances conectadas com o direito da vida privada e familiar no âmbito prisional, porém, face os objetivos do presente trabalho irá se destacar apenas três situações, mas que são significativas e relevantes para a compreensão do que se pretende esclarecer.

3.1. Uso de registro de áudio ou vídeo da cela ou da área da prisão destinada a receber visitas

No âmbito do caso Khan vs United kingdom foi analisado a circunstância do uso de registro de áudio e vídeo na cela e em área da prisão destinada ao recebimento de visitas, sendo inclusive utilizada essas gravações como prova em processo judicial criminal.

⁴⁵Acórdão Khoroshenko vs Russia, Queixa n. 41418/04, julgamento em 30.06.2015, p.34.

Nessa oportunidade, apenas se cuidará do ponto da decisão do TEDH concernente a perspectiva do direito à vida privada e familiar.

Nesse ponto o Tribunal assim observou:

26. The Court recalls, with the Commission in the *Govell* case (see paragraphs 61 and 62 of the report cited above), that the phrase “in accordance with the law” not only requires compliance with domestic law but also relates to the quality of that law, requiring it to be compatible with the rule of law (see the *Halford v. the United Kingdom* judgment of 25 June 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III, p. 1017, § 49). In the context of covert surveillance by public authorities, in this instance the police, domestic law must provide protection against arbitrary interference with an individual's right under Article 8. Moreover, the law must be sufficiently clear in its terms to give individuals an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are entitled to resort to such covert measures (see the *Malone v. the United Kingdom* judgment of 2 August 1984, Series A no. 82, p. 32, § 67).

27. At the time of the events in the present case, there existed no statutory system to regulate the use of covert listening devices, although the Police Act 1997 now provides such a statutory framework. The Home Office Guidelines at the relevant time were neither legally binding nor were they directly publicly accessible. The Court also notes that Lord Nolan in the House of Lords commented that under English law there is, in general, nothing unlawful about a breach of privacy. There was, therefore, no domestic law regulating the use of covert listening devices at the relevant time.

28. It follows that the interference in the present case cannot be considered to be “in accordance with the law”, as required by Article 8 § 2 of the Convention. Accordingly, there has been a violation of Article 8. In the light of this conclusion, the Court is not required to determine whether the interference was “necessary in a democratic society” for one of the aims enumerated in paragraph 2 of Article 8.

A CEDH no item 2, do art. 8º, insere regra que permite aos Estados Contratantes de mitigarem ao direito à vida privada e familiar, desde que a ingerência esteja prevista em lei e constitua uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária.

No caso em tela o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte foi condenado por não ter em seu ordenamento lei que permitisse o

registro audio-visual de preso no âmbito das celas e no local em que recebiam visitas.

Outrossim, essa lei tem também que ser qualificada, ou seja compatível com o Estado de Direito.

Desse modo, o direito interno deve proporcionar proteção contra a ingerência arbitrária no direito do indivíduo, bem assim deve ser suficientemente transparente para dar aos indivíduos uma indicação adequada quanto às circunstâncias e condições em que as autoridades públicas podem utilizar tais medidas.

Vê-se que o TEDH como se mencionou decretou a condenação ante a inexistência de diploma legal regulamentando o registro, assim não analisou se a interferência era necessária numa sociedade democrática para os fins do enunciado n.º 2, do artigo 8º da CEDH.

Logo, uma análise mais completa do tema acabou não havendo, todavia em sede de *obiter dictum* ficou consignado que deve essa lei ser qualificada a observar o Estado de Direito, entre outros aspectos já mencionados.

No caso *Allan v. The United Kingdom*, envolvendo também circunstâncias similares ao caso *Khan*, o TEDH, assentou que:

59. The Court observes that the applicant's right to respect for his private life was violated in several respects and that he had no effective remedy under domestic law. It considers that the applicant must thereby have suffered some feelings of frustration and invasion of privacy which is not sufficiently compensated by a finding of violation. As regards the finding of a violation of Article 6 § 1 of the Convention in regard to the use of the informer H. and his evidence at trial, it finds it inappropriate to speculate as to the outcome of the trial in other circumstances and considers that a finding of a violation constitutes just satisfaction in that respect.

No julgamento acima mencionado o TEDH deixou assentado que o direito do postulante ao respeito a sua vida privada foi violado em vários aspectos sem que tivesse nenhum recurso efetivo nos termos do direito interno. Assinalou também, que o pleiteante deve, assim, ter sofrido

alguns sentimentos de frustração e de invasão no âmbito da respectiva privacidade que não são suficientemente compensados por apenas uma constatação de violação do direito.

Desse modo, novamente se tem presente o reconhecimento do direito de privacidade do preso.

Não obstante, o entendimento assentado pelo TEDH e o que consta no art. 8º, n. II, da CEDH, entende-se que face a reconhecida vulnerabilidade do preso este não deve ser objeto de nenhuma restrição além da que já absorve em razão da restrição da liberdade, portanto, o Estado se pretende realizar investigações acerca de fatos deve fazê-lo com base nos meios investigativos que já existem.

Uma possível abertura mesmo que por lei de se permitir ao Estado em nome da “Segurança Nacional, Segurança Pública ...” praticar essa ingerência é potencializar a mencionada vulnerabilidade.

O preso que já está em posição fragilizada perante o Estado ter que se conter no âmbito da verbalização com colegas de cela ou com as visitas é provocar o regresso do cárcere a tempos aubornianos e filadelfianos, regimes de cumprimento de pena baseados no silêncio.

Por isso, deve-se rechaçar qualquer hipótese nesse sentido.

3.2. Contornos do direito a inviolabilidade do sigilo da correspondência das pessoas privadas de liberdades

Acerca do tema relativo ao direito de inviolabilidade do sigilo da correspondência das pessoas privadas de liberdade o TEDH possui cristalina jurisprudência ratificada no caso Enea vs Itália, correspondente a queixa 74912/01, tendo sublinhado na oportunidade:

143. The Court does not underestimate the actions of the judge responsible for the execution of sentences in limiting the scope and duration of the monitoring arrangements from August 1999 onwards. However, it is of the view that the monitoring of the applicant’s correspondence was in breach of Article 8 of the Convention as it was not “in accordance with the law”, given that section 18

of the Prison Administration Act does not regulate either the duration of measures monitoring prisoners' correspondence or the reasons capable of justifying such measures, and does not indicate with sufficient clarity the scope and manner of exercise of the discretion conferred on the authorities in the relevant sphere (see, inter alia, Labita, cited above, §§ 175-85). It sees no reason to depart in the instant case from its existing case-law, designed to ensure that all prisoners enjoy the minimum degree of protection to which citizens are entitled under the rule of law in a democratic society (see Calogero Diana, cited above, § 33, and Campisi v. Italy, no. 24358/02, § 50, 11 July 2006).

Como se denota do trecho do julgamento acima, o TEDH aponta que a lei italiana não observa a previsão do art. 8º, da CEDH, na medida em que a análise da correspondência dos presos deve possuir prazo de duração para as medidas de controle da correspondência dos reclusos, necessidade de se expressar os motivos suscetíveis que justificam tais medidas, indicação suficientemente clara do alcance e o modo de exercício do poder discricionário conferido às autoridades competentes para definir a medida.

3.3. Direito do preso de receber visitas

O caso Khoroshenko vs Rússia, desenvolvido a partir da Queixa 41418/04, demonstra que a garantia do direito de visita do preso é um consenso no âmbito europeu⁴⁶, tendo o TEDH, assim acentado:

134. The starting point in the regulation of visiting rights of prisoners, including life-sentence prisoners, at the European level is that national authorities are under an obligation to prevent the breakdown of family ties and provide life-sentence prisoners with a reasonably good level of contact with their families, with visits organised as often as possible and in as normal manner as possible (see Articles 24.1, 24.2, 24.4 and 24.5 of the European Prison Rules in paragraph 58 and Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules in paragraphs 59-62 above). These principles appear to have been consistently applied by the

⁴⁶Acórdão Khoroshenko vs Russia, Queixa n. 41418/04, julgamento em 30.06.2015, item IV, parágrafo 81, p. 26.

Contracting States in accordance with the Recommendations of the Committee of Ministers (see paragraphs 63 and 64 above) and the Committee on the Prevention of Torture (see paragraphs 65-67 above).

Nessa senda, é indene de dúvida a perspectiva permissiva quanto a visita familiar e a afirmação do TEDH de que tem-se que manter um núcleo mínimo do direito a vida familiar no sentido de que mesmo se estabelecendo o regime mais rigoroso, as visitas devem ser garantidas.

4. O direito à vida privada e familiar: reflexos no delineamento da monitoração eletrônica de pessoas no Brasil.

O monitoramento eletrônico de pessoas tem seu surgimento nos Estados Unidos, em 1964, por meio das experiências dos irmãos Ralph e Robert Schwitzgebel, e, no Brasil, no plano legislativo, sua maturação data do ano de 2001, com a apresentação dos Projetos de Lei n^{os} 4.342 e 4.834, os quais foram arquivados.

Porém, os debates sobre o tema voltaram a lume no ano de 2007, tendo sido proposta a edição do Projeto de Lei do Senado Federal – PLS n^o 175, o qual, posteriormente, se converteu na Lei n^o 12.258/10, que prevê a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica.

Referido diploma legal apenas se dirigia à execução da pena, configurando exacerbação do controle e deixando, assim, uma lacuna no que tange à sua aplicação no âmbito da substituição das prisões processuais. O mencionado vazio, entretanto, foi preenchido pela Lei n^o 12.403/11, que alterou o Código de Processo Penal, dando nova redação ao art. 319 e incluindo a possibilidade de o juiz aplicar a monitoração eletrônica como medida cautelar diversa da prisão. A fim de regulamentar as aludidas leis, a Presidência da República editou, em 2011, o Decreto n^o 7.627.

Nessa perspectiva, os diplomas normativos que traçam os contornos da matéria são os acima mencionados. Não obstante, vale assinalar que o Projeto de Lei do Senado n^o 513/13, denominado nova Lei de Execução

Penal, em trâmite na Casa Legislativa de origem, mantém o mecanismo da monitoração eletrônica no contexto do cumprimento da pena, o que não implica desencarceramento, tampouco redução do número de presos provisórios no país – 33,29% da população prisional de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN, referente a junho de 2017⁴⁷.

Os serviços de monitoração ocorrem desde 2010 no país, estando hoje estruturado em 25 unidades da federação, com exceção do Estado de São Paulo que embora tenha sido o pioneiro, suspendeu a utilização no ano de 2017.⁴⁸ Sua execução tem ocorrido, todavia, à míngua de normas ou diretrizes de fluxos capazes de orientar os serviços em âmbito nacional. Há notícia, porém, de que, desde meados do ano de 2015, o Departamento Penitenciário Nacional, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – ONU, vem promovendo discussões voltadas ao desenvolvimento de matriz nacional que oriente um modelo de gestão dos serviços de monitoração eletrônica. Com isso, deve objetivar-se a contenção do encarceramento e do rigor punitivista e repressivo, mas, especialmente, a proposição de soluções baseadas na estrita observância dos direitos humanos fundamentais, da busca da inclusão social e do respeito às leis por meio do desenvolvimento de metodologias e protocolos nacionais de orientação dos serviços.

Nos termos do art. 2º do Decreto nº 7.627/11, “Considera-se monitoração eletrônica a vigilância telemática posicional a distância de pessoas presas sob medida cautelar ou condenadas por sentença transitada em julgado, executada por meios técnicos que permitam indicar a sua localização.”

Trata-se a monitoração eletrônica de técnica disponibilizada pela tecnologia posta a serviço do Sistema de Justiça Penal.

⁴⁷ Informação disponível em: < <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf> > Acessado em: 22.11.2020.

⁴⁸ Ministério da Segurança Pública e Departamento Penitenciário Nacional. **Diagnóstico sobre a política de monitoração eletrônica**. Brasília: DEPEN/MSP, 2018, p. 55-56.

A tecnologia na seara penal, tal como no caso da monitoração eletrônica, se utilizada a partir de fluxos, normas e regras consonantes com os direitos fundamentais da pessoa monitorada, tende a funcionar como importante incremento na compatibilização dos axiomas da política penal e da dignidade da pessoa humana. A pessoa monitorada eletronicamente é um sujeito de direitos que, estando em liberdade – ainda que vigiada – deve ter não somente obrigações, mas direitos e garantias, sobretudo no caso dos cumpridores de medidas cautelares diversas da prisão e medidas protetivas de urgência. Ela deve ter uma vida mais próxima possível da normalidade (o princípio da normalidade é previsto no art. 4, X, da Resolução n.5, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, publicada no Diário Oficial da União, Seção 1, nº 220, de 17 de novembro de 2017 e tem-se também orientações do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, acerca da Monitoração Eletrônica presentes na Resolução 213, do CNJ, de 15 de dezembro de 2015, com foco na liberdade e inserção social).

A monitoração eletrônica deve constituir política penal que tem a pessoa monitorada como sujeito. Isto porque a medida não deve ser tomada como panaceia para resolução de problemas mais amplos como os atinentes à política de segurança pública. As instituições de segurança pública devem atuar de forma subsidiária no tratamento de incidentes específicos, somente quando demandadas pelas Centrais de Monitoração Eletrônica e com anuência do juízo. Desta maneira, o equipamento público destinado à execução da política de monitoração eletrônica, somente poderá compartilhar informações pessoais do monitorado, com autorização da autoridade jurisdicional que determinou sua aplicação e com o objetivo de tratar o incidente estrito, considerando que todos os dados da monitoração eletrônica são sensíveis em sua natureza. Ou seja, apresentam, de forma inerente, potencialidade lesiva e discriminatória no caso dos monitorados e de seus familiares, amigos, vizinhos e conhecidos, bem como das mulheres em situação de violência doméstica e familiar no caso das medidas protetivas de urgência.

A utilização do equipamento eletrônico de monitoramento não pode ser imposta ou colocada por meio de coação. Portanto, a aceitação do monitorado é medida que se impõe, porém, deve-se registrar que a anuência ao uso do equipamento não deve ser vista como ausência de limites para o método de execução da medida.

Cumprir realçar que o monitoramento se afigura como um ônus, uma restrição de direito, via de regra menor que as agruras do cárcere. Malgrado este entendimento, não se pode deixar de reconhecer ser algo negativo na vida da pessoa que está sujeita a sua aplicação. A monitoração, por si só, é uma medida constrangedora, estigmatizante e altamente capaz de degradar a vida social do indivíduo nos âmbitos da família, do trabalho, estudo e demais relações sociais. A responsabilização do indivíduo deve ter alcance limitado. A medida embora exerça coerção, não tem nesse propósito o seu exaurimento, tornando primordial o encaminhamento a programas e políticas de proteção e inclusão social já instituídos e disponibilizados pelo poder público (em quantidade e qualidade insuficientes para o presente contexto), com vistas a minimizar vulnerabilidades sociais, inclusive frente a novos processos de criminalização.

Por isso, além do aceite, é imanente à medida, a fim de compatibilizá-la com o avanço sobre o direito à privacidade, que haja uma promoção do direito à liberdade. Sem a promoção do direito à liberdade na busca da diminuição dos efeitos deletérios da pena, o monitoramento perde seu sentido.

Segundo Edmundo Oliveira, são efeitos sociais da monitoração eletrônica do infrator: “1. evitar a rotina da dessocialização do encarceramento; 2. permitir novas oportunidades na vida familiar e no ambiente comunitário; 3. lutar contra superpopulação carcerária; 4. diminuir os riscos da reincidência; e 5. reduzir os custos dos encargos atribuídos ao encarceramento”⁴⁹.

Nos Estados Unidos, como se disse, o berço da monitoração eletrônica, seus objetivos originais precípuos estavam ligados à redução da

49 Direito Penal do futuro: A prisão virtual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 103-118.

superlotação carcerária, dos custos do encarceramento e dos efeitos deletérios do aprisionamento. E, de certa forma, os países que se utilizam do sistema de monitoração eletrônica têm por finalidade este desiderato.

Neste diapasão, analisando a legislação brasileira que trata da monitoração eletrônica, observam-se as mencionadas finalidades, mas com possibilidade de implemento dos efeitos sociais que podem repercutir a partir do uso da monitoração eletrônica para a pessoa em conflito com a lei penal e a sociedade apenas em sua aplicação dirigida ao processo penal de conhecimento, pois é tão somente neste, como medida alternativa à prisão, que subsiste o prisma desencarcerador da medida.

No plano da execução da pena, notadamente, se constata o inverso. Pelo disposto no art. 146-B, incisos II e IV, da Lei de Execução Penal (nº 7.210/84), incluído pela Lei nº 12.258/10, a monitoração eletrônica apresenta-se sob prisma meramente fiscalizatório, ou seja, desconectado das suas finalidades originais desencarceradoras.

Anteriormente à edição da Lei nº 12.258/10, o apenado que tinha o direito à saída temporária e à prisão domiciliar não tinha o ônus de ser monitorado eletronicamente, porém, agora, ao menos do ponto de vista jurídico-formal, o possui. Nessa medida, observa-se que, no plano da execução penal, o diploma legislativo especial ensejou unicamente agravamento na punição perpetrada pelo Estado, sem que fosse conferida nenhuma promoção no âmbito do direito à liberdade.

Nesse cenário, ademais, com relação ao cumprimento da reprimenda, verifica-se a impossibilidade de aplicação da monitoração eletrônica para as pessoas que praticaram delitos antes da edição da Lei nº 12.258/10, haja vista se configurar a nova Lei mais gravosa que a anterior normativa.

Não obstante essa importante constatação, cogita-se a inconstitucionalidade do diploma legislativo por ofensa ao princípio da proporcionalidade na perspectiva dos seus três testes, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁵⁰. este último na forma

⁵⁰ Acerca de uma análise pelo prisma do princípio da proporcionalidade quanto a inconstitucionalidade da inserção da monitoração eletrônica de forma adicional/com cunho meramente fiscalizador no âmbito do instituto da saída temporária e prisão domiciliar no cumprimento de pena no Brasil, cf. SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Tornozleira**

concebida por Robert Alexy⁵¹, pois a nova disciplina implica sério agravamento do direito à privacidade e à liberdade do apenado em prol do fomento da segurança pública efetivada de forma questionável.

Diz-se “questionável” pois, da análise do diploma legal, verifica-se que o *caput* do art. 146-B da Lei de Execução Penal aduz que o juiz poderá determinar a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando *autorizar a saída temporária no regime semiaberto* (inciso II) e *determinar a prisão domiciliar* (inciso IV), para em seguida dispor, no art. 146-D, que a medida poderá ser revogada *quando se tornar desnecessária ou inadequada* (inciso I). Assim, o disposto na Lei permite compreender que o juiz só poderá determinar o monitoramento quando este for necessário ou adequado, porém, como definir os conceitos de necessidade ou adequação, quando consta na certidão carcerária do apenado o “bom comportamento” atestado pela direção da casa penal?

Se, consoante estabelece o art. 123, inciso I, da Lei de Execução Penal, é requisito para deferimento da saída temporária o comportamento adequado (requisito subjetivo), assim como para todo e qualquer direito concedido na execução penal, a tarefa do Juízo da Execução para aplicar a monitoração eletrônica será hercúlea, para não dizer impossível.

Destarte, a monitoração eletrônica na execução penal, na forma como está posta na Lei, é claramente um instrumento de controle do Direito Penal e um mero mecanismo de gestão prisional, tendo em vista que, para o juiz determiná-la, terá que se valer de conceitos de Direito Penal do autor,

Eletrônica: Análise Comparada (Brasil x EUA x Portugal) dos Parâmetros e Limites Constitucionais da Utilização da Monitoração Eletrônica. Juruá editora, Curitiba, 2021, no prelo. Também acerca do estudo do princípio da proporcionalidade cf. CANAS, Vitalino. **O princípio da proibição de excesso na conformação e no controle do ato legislativo.** Teses de Doutorado. Coimbra: Almedina, 2017, LAURENTIIS, Lucas Catib De. **A proporcionalidade no Direito Constitucional:** origem, modelos e reconstrução dogmática. São Paulo: Malheiros, 2017 e PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales:** El principio de proporcionalidade como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 4ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

51 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã, Theorie der Grundrechte, publicada pela Suhrkamp Verlag (2006), p. 116-120.

característica importante desse chamado “Direito Penal de terceira velocidade”⁵².

Na obra *Direito Penal do inimigo – Noções e críticas*, Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá, notadamente este último, destacam: “O Direito Penal do inimigo não é compatível, portanto, com o direito do fato”⁵³.

Em prólogo à obra referida, André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli são firmes no seu posicionamento contrário ao Direito Penal do inimigo, tal como concebido por Jakobs, quando assinalam: “Reafirmamos a nossa convicção na defesa do Estado Democrático e Constitucional de Direito, na preservação das garantias formais e substanciais, na defesa de um Direito Penal e Processual Penal Humanitário e de *ultima ratio*, sem relativização ou supressão de garantias constitucionais que despersonalizem o ser humano, que fomentem o terror e a aplicação do Direito Penal do autor”.

Com efeito, as disposições legislativas consentâneas com o Direito Penal do inimigo identificam-se com o modelo de Estado Totalitário, logo, revelam-se incompatíveis com o ordenamento brasileiro, haja vista que, nos moldes do que estabelece o art. 1º, *caput*, da Carta Maior, a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito.

Nesse passo, não há outro destino àquelas disposições legais que não a sua declaração de inconstitucionalidade.

Ademais, partindo-se da consabida deslegitimidade do discurso jurídico-penal, a monitoração eletrônica, da forma como está prevista na execução penal, ainda menos tem como se sustentar, pois apenas funciona como mecanismo potencializador de danos.

A crítica criminológica por meio da teoria agnóstica da pena, em face da deslegitimidade do discurso jurídico-penal, caminha no sentido da redução de danos. Portanto, a fim de tornar viável o relevante instituto da monitoração eletrônica na execução da pena, direção interessante seria

52 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo – Noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 92.

53 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, Op. cit., p. 109.

sugerir uma troca: a de se permitir, sempre com o assentimento do apenado, no caso de progressão de regime do fechado para o semiaberto, por exemplo, que, ao invés de o sentenciado cumprir pena em regime semiaberto (colônia agrícola ou industrial), este regime fosse convolado em domiciliar com monitoração eletrônica.

Outrossim, é necessário repensar a monitoração eletrônica na execução penal, que poderia ser prevista como pena autônoma e/ou modalidade de execução da pena privativa de liberdade.

Nessa esteira, sem elidir as considerações feitas acima, pois se relacionam a contextos diferentes, cumpre destacar recente decisão da Suprema Corte do Brasil, que, a fim de resolver questão alusiva a situação fática que vinha ocorrendo de custodiados cumprirem suas penas em regimes mais gravosos do que o estabelecido em decisão judicial face a inexistência de estabelecimento penal adequado, no julgamento RE 641.321, *leading case*, fixou a tese nº 423 (a súmula vinculante n. 56, STF, faz remissão a tese fixada), a qual constitui considerável avanço na correta compreensão da aplicabilidade da monitoração eletrônica em sede de execução penal, como forma de se atenuar o déficit de vagas e, por consequente, a superlotação das unidades prisionais que constitui um dos maiores entraves para a sua adequada gestão.

Não obstante, o que importa a partir do presente trabalho é trazer luz para o fato de que a partir direito à vida privada e familiar o legislador deve inserir nas leis nacionais brasileiras que tratam da monitoração eletrônica, disposições que ensejem a observância desse direito.

Assim, diante de tudo que foi estudado podem ser fixadas premissas protetivas do direito à vida privada e familiar, as quais, inclusive, se extraem do próprio tratamento que o TEDH desenvolveu decorrente de questões envolvendo o ambiente carcerário alusivas ao respeito do mencionado direito, assim se inserindo na lei nacional brasileira mecanismos de preservação desse direito como: a) apontamentos que a medida cautelar da monitoração eletrônica somente poderá ser aplicada quando verificada e fundamentada a necessidade da vigilância eletrônica da pessoa

processada ou investigada, mediante a demonstração da inaplicabilidade da concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, e a insuficiência ou inadequação das demais medidas cautelares diversas da prisão; b) no processo penal de conhecimento ser exclusivamente aplicada apenas quando: 1. as pessoas acusadas por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal Brasileiro e 2. para garantir o cumprimento de medidas protetivas de urgência em crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. Neste último caso, somente aplicada quando houver descumprimento; c) deve se expressar a sua não aplicação quando: 1. a eventual superveniência de decisão condenatória não ensejará aplicação de pena privativa de liberdade, exceto nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência e 2. quando a medida se mostrar inadequada em vista de condições ou circunstâncias atinentes à situação da pessoa processada ou investigada ; d) no processo penal de conhecimento a medida de monitoração eletrônica deve ser aplicada por prazo determinado, de no máximo noventa dias, permitida uma única prorrogação, por decisão fundamentada, pelo prazo máximo de igual período e na execução penal mesmo não se estabelecendo prazo o juízo da execução poderá rever a aplicação da medida a qualquer tempo se entender que aquele preso já reuni condições de ser sobrestado o monitoramento; e) no âmbito da execução da pena delinea-se o que segue: 1. O uso do monitoramento eletrônico no âmbito da execução penal deve privilegiar os casos de progressão antecipada, livramento condicional antecipado ou prisão domiciliar deferida em substituição à pena privativa de liberdade, na hipótese de ausência de vagas no regime semiaberto ou fechado; 2. É vedada a aplicação indiscriminada da monitoração eletrônica para todos os privados de liberdade que façam jus à saída temporária, sendo que a eventual

aplicação da medida reclama motivação individualizada que indique sua necessidade e adequação ao caso concreto; 3. seria vedado o uso da monitoração eletrônica na execução da pena, nas seguintes hipóteses: 3.1) em substituição ao regime aberto; 3.2) para o cumprimento de livramento condicional, salvo na hipótese de antecipação do direito e pelo tempo necessário até atingir o requisito objetivo; 3.3) no cumprimento de suspensão condicional da pena ou transação penal; 3.4) para o desenvolvimento do trabalho externo pelo custodiado, salvo se estiver no regime fechado e não estiver escoltado pela polícia; 3.5) em outras hipóteses não previstas em lei e que impliquem agravamento da pena imposta; f) Se fixar que o serviço de monitoração eletrônica deverá ser estruturado de modo a preservar o sigilo dos dados e das informações da pessoa monitorada, garantindo-se todos os desdobramentos dessa perspectiva; g) a monitoração eletrônica não acarretar nenhum ônus financeiro para o monitorado.

Nesse contexto, o conteúdo do direito à vida privada e familiar da pessoa monitorada eletronicamente poderia se expressar com a garantia dos parâmetros mínimos acima fixados, logo a lei que não os garantam deve ser julgada inconstitucional, no caso no plano interno brasileiro, mas sendo exportada essa diretiva e possivelmente sendo aplicada pelo TEDH a lei que não observe as nuances mencionadas seria entendida incompatível com a CEDH.

Vale salientar, a guisa de acréscimo da regulação do instituto em Portugal, pela Lei n. 33/2010, de 02 de setembro, a qual apresenta-se mais completa que a legislação brasileira sobre o tema, porém, apresenta também os seus percalços, tais como: a) explicitar que a regra é a ausência do local de vigilância eletrônica, haja vista que o aprisionamento na residência do monitorado tal como por regra acontece, cria sérios problemas de estigmatização da pessoa sob vigilância eletrônica e da própria família, tal qual o próprio aprisionamento, ferindo, portanto, diretamente o direito à vida privada e familiar, além de não permitir a realização de potencialidades do equipamento que é o resgate da vida pessoal; b) revogar o art. 22, haja vista que as hipóteses previstas neste dispositivo, embora tenham a

aparência de benefício para o monitorado, em verdade, por regra serão casos de liberdade sem nenhum monitoramento, apenas com outras restrições que o juízo queira realizar e que se a pessoa a que teve a concessão infringir se lhe aplicaria as medidas de restrição previstas com a revogação da medida; e

c) que o art. 31, seja melhor depurado, a fim de está consentâneo com o conteúdo jurídico do direito a privacidade, pois a forma como disposto, sem nenhum filtro de acesso das autoridades judiciárias e órgãos de polícia criminal a dados sensíveis⁵⁴ do monitorado, permite que sejam obtidos como fonte primária de investigação, expondo em demasia as pessoas monitoradas.. Deveria se criar mecanismo tal como primeiro haver suspeita que dada pessoa monitorada estivesse na cena de dado delito, para então ser possível o pedido de acesso dos dados do monitorado pelas autoridades policiais⁵⁵. O aceite que o monitorado confere para o uso do aparelho é para cumprir a medida ou a pena não para servir possivelmente de prova contra si mesmo. Assim, entende-se, plenamente possível o acesso aos dados de localização do monitorado, porém, após minimamente haver possibilidade de identificação do monitorado, deve haver fundamentação para se levantar os dados. Não se está a dizer acerca da inviabilidade do acesso, porém o que se quer expressar é a necessidade de se estabelecer limites como os consignados no art. 2º da lei brasileira nº. 9.296/1996 (Lei de interceptação telefônica) alusivos a não admissão de interceptação de comunicações telefônicas quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; e o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Assim, *mutatis mutandis* considerando tratarem de situações similares poderiam ser fixadas vedações, tais

⁵⁴ Dados sensíveis são aqueles reveladores de orientação sexual, relacionamentos pessoais, condição de saúde, financeira, opinião política, domicílio físico e eletrônico, lugares que frequenta, hábitos que possui, entre outros, abrangidos pela intimidade e/ou autodeterminação informativa, capazes de gerar discriminação e desigualdade.

⁵⁵ O art. 26º, 2, da Constituição da República Portuguesa dispõe, *in verbis*: “A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”.

quais as ora anotadas. Com isso, se estará respeitando o direito à vida privada.

Todavia, essas são considerações perfunctórias acerca do tratamento do tema da monitoração eletrônica em Portugal, mas que também fazem perceber da relevância que se faz do debate do tema nos diversos países, mesmo em face como se mencionou do fenômeno da internormatividade e do diálogo judicial.

Conclusão

A definição de um conteúdo jurídico do direito à vida privada e familiar nas mais diversas condicionantes da vida em verdade é uma garantia que o cidadão pode ter viabilizada pelos tribunais constitucionais, supremos tribunais dos Estados, tribunais supranacionais e internacionais que analisam a matéria dos direitos fundamentais.

Diz-se isto, pois a fixação de parâmetro de incidência do direito é garantir em última análise transparência e impessoalidade para o tratamento dos cidadãos.

Pensar a aplicação do conteúdo jurídico já estabelecido para as novas situações que decorrem do desenvolvimento tecnológico é medida também que se impõe, haja vista a necessária preparação que deve haver para o enfrentamento de temas que são iminentes, sendo este também um dos papeis da academia e da doutrina.

Assim, a fixação de parâmetros mínimos que respeitem o direito objeto desta análise são necessárias, por exemplo, no caso brasileiro o que se tem são leis concernentes ao instituto da monitoração eletrônica de pessoas, mas que não estabelecem baliza nenhuma, assim a respectiva aplicação indiscriminada tem gerado diversas violações do mencionado direito.

Por isso, tem-se como expressão do conteúdo jurídico do direito à vida privada e familiar no âmbito da monitoração eletrônica de pessoas, as premissas mínimas de observância fixadas no item 4, da 2ª parte deste

trabalho, as quais foram direcionadas para a situação, porém pela objetividade que se empreendeu as premissas fixadas possuem ampla exportabilidade para aplicação em outros sistemas jurídicos.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã, *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag (2006).
- BARRETO, Irineu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Coimbra: Almedina, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. «Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional», *In: NOVELINO, Marcelo (Org.). Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Almedina, 2003.
- CANAS, Vitalino. **O princípio da proibição de excesso na conformação e no controlo do ato legislativo**. Teses de Doutoramento. Coimbra: Almedina, 2017
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016.
- DONEDO, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: Fundamentos da lei geral de dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia LTDA, 2ª edição revista e atualizada, 2020, edição do Kindle.
- DZEHTSIAROU, Kanstantsin. **European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights**. Cidade, Cambridge, 2015.
- EISENBERG, Avlana K., **Mass Monitoring**, 90 S. Cal. L. Rev. 123 (2017).

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal**, Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal**, 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012.

FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. **Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa – Editora, 1995

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição** (Die offene gesellschaft der verfassungsinterpreten. Ein beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” verfassungsinterpretation). Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo – Noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LAURENTIIS, Lucas Catib De. **A proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática**. São Paulo: Malheiros, 2017.

OLIVEIRA, Edmundo. **Direito Penal do Futuro: A Prisão Virtual**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PROBATION. 41 Ann. Rev. Crim. Proc. 797 (2012).

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidade como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador**. 4ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonnet. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª ed. rev. atual., São Paulo, Saraiva, 2014.

REALE, Miguel. **Direito Natural / Direito Positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.

RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a privacidade hoje**. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Tra Diritti Fondamentali ed Elasticità dela normativa: il nuovo códice sulla privacy*. In: Europa e Diritti Privato, fasc. 1, p. 1-11. Milão: Giuffrè, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre Proibição de Excesso e de Insuficiência**. Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXXI (Separata), Coimbra, 2005.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos Fundamentais na Arena Global**, 2ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 2014.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890), pp. 193-220. Disponível em: < <http://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/the-right-to-privacy> > Acessado em: 03.11.2020.

**O fundamento axiológico e o objeto do princípio
ne bis in idem sob a ótica do Direito Penal Europeu e
algumas considerações sobre sua previsão no
Mandado de Detenção Europeu**

*Bruno Fernandes Carvalho*¹

I – Introdução

a) Delimitação do Tema

O Mandado de Detenção Europeu, instituído no âmbito da União Europeia, é um instrumento de cooperação judiciária em matéria penal através do qual a entrega de pessoas visadas pelos Estados-Membros se tornou simplificada e mais célere². Definido pela Decisão-Quadro que o instituiu, em seu artigo 1º, como “uma decisão judiciária emitida por um Estado-Membro com vista à detenção e entrega por outro Estado-Membro de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade”³, esse instrumento apresenta o *ne bis in idem* como uma cláusula de recusa

¹ Doutorando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, é mestre em Direito Penal pela Universidade de Coimbra e especialista em *Compliance* e Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da mesma universidade. Sócio do escritório de advocacia especializado em direito penal Braga e Fernandes, é, também, Professor das Pós-Graduações da UERJ, do IBMEC, da FEMPERJ, da EMERJ e da Graduação do Centro Universitário IBMR.

² MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Do Mandado de Detenção Europeu*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 122.

³ Assim transposta para o ordenamento jurídico penal português pela Lei número 65/03, de 23 de agosto de 2003.

da referida entrega, em determinada circunstância com natureza obrigatória e, em outra, com natureza facultativa⁴.

Dessa maneira, importa examinar de que maneira aparecem, no espaço penal europeu, questões relevantes em relação ao tema como o fundamento axiológico do princípio *ne bis in idem* e a definição do elemento “*idem*” pelos Estados-Membros, uma vez que se trata de uma aplicação do princípio a processos ocorridos em Estados com ordenamentos jurídicos distintos. Para além disso, também a transformação do princípio em um direito fundamental europeu e a sua previsão, ora como facultativa ora como obrigatória, no Mandado de Detenção Europeu merecerão análises no presente trabalho.

Importa ressaltar, ainda, que o princípio parece ser dotado de uma certa indeterminabilidade nos ordenamentos jurídicos, o que – evidentemente – resultará no fato de que também este estudo não irá buscar determinar o seu conteúdo, bem como deve-se sublinhar que não seguiremos as normas e princípios do chamado Direito Internacional Público Geral em razão do fato de entendermos o sistema jurídico europeu como um ordenamento jurídico *sui generis*⁵; logo, assim examinado. Além disso, é importante lembrar que se trata de um tema complexo e que pode apresentar diversas ramificações. Em razão do fim a que se destina o presente estudo, que não pode ser demasiadamente longo, optamos por resumir o escopo do presente trabalho às questões supra-referidas.

b) Relevância prática e metodologia empregada

O presente tema possui relevância de ser tratado por diversas razões. Pode-se apontar, primeiramente, o fato de ser hoje o Mandado de Detenção Europeu a forma mais utilizada de entrega de pessoas entre os Estados-Membros da União Europeia, tendo constituído, portanto, um

⁴ Artigos 3 e 4 da Decisão-Quadro que o instituiu.

⁵ Neste sentido, PEDRO CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: o caso português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p.526.

novo paradigma no tocante à cooperação judiciária internacional em matéria penal no espaço europeu.

Isso ganha especial relevância num contexto de globalização, fenómeno que, como veremos, estende-se às ações criminosas, o que acaba por gerar por parte dos Estados uma ação mais repressiva em termos de “combate”⁶ à criminalidade. Desse modo, verifica-se uma certa tensão entre o *ius puniendi* do Estado e a liberdade dos cidadãos, enquanto garantia fundamental, presente no próprio Espaço de Segurança, Justiça e Liberdade da União Europeia, na medida em que, como analisaremos, terá que equilibrar os elementos da tríade.

A isso deve se somar o fato de o princípio do *ne bis in idem* vir sendo compreendido como um princípio⁷ fundamental no ordenamento jurídico europeu⁸, que representa, grosso modo, um direito básico de o cidadão não ser julgado mais de uma vez pelos mesmos fatos⁹. Tomando-se Portugal como exemplo, é dizer: ao mesmo tempo em que é um direito fundamental do indivíduo, de acordo com uma dimensão subjetiva, é um princípio constitucional, de acordo com uma dimensão objetiva¹⁰.

Importa saber, então, de que maneira o *ne bis in idem* aparece na Decisão Quadro do Mandado de Detenção Europeu e como algumas questões, nomeadamente a do seu fundamento e a da definição do próprio “*idem*”, têm sido tratadas no direito penal europeu.

⁶ Interessante notar a terminologia usada, belicista. Cfr. PEDRO CAEIRO, *Cooperação Judiciária na União Europeia*, in JOSÉ DE FARIA COSTA/MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA (Coord.), *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*, Quartier Latin, São Paulo, 2006, p.448.

⁷ O *ne bis in idem* pode ser tratado como princípio ou como regra. Vamos, essencialmente, tratá-lo como princípio, mas – no âmbito da União Europeia – analisar as regras estabelecidas por suas disposições normativas. Sobre essa distinção, Cfr. VANIA COSTA RAMOS, *Ne Bis in Idem e União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p.34.

⁸ O próprio Tribunal de Justiça Europeu expressamente assim entendeu, no acordão Van Esbroeck, caso C 436-2004, com decisão de 09 de março de 2006.

⁹ Para CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, trata-se de um “eixo central do corpo de garantias inerente a qualquer Estado de Direito”. CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, ALMEIDA, *Cooperação judiciária e princípios constitucionais*, in MARIA FERNANDA PALMA/ AUGUSTO SILVA DIAS/ PAULO DE SOUSA MENDES (coord.), *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 36.

¹⁰ Assim, MANUEL GUEDES MONTEIRO VALENTE, *nota 1*, p.250. Vale dizer que o princípio tem estatuto constitucional a partir da Constituição de 1976, embora já antes reconhecido, no artigo 29, número 5.

Para tanto, far-se-á uma comparação entre o fundamento axiológico clássico do *ne bis in idem* e sua aplicação no espaço penal europeu, para depois verificar o entendimento, no mesmo espaço, sobre a definição do objeto do princípio: o *idem*. Além disso, examinaremos a previsão expressa do princípio na Decisão-Quadro do Mandado de Detenção Europeia e sua transposição para a lei portuguesa. Para tanto, examinaremos também alguns casos jurisprudenciais relevantes para o tema, a fim de realizarmos a conclusão do presente estudo com base doutrinária e, também, jurisprudencial¹¹.

II – O princípio do *ne bis in idem*

a) O “fundamento tradicional” e o “fundamento europeu”: há diferença?

Como qualquer princípio de direito, é cabível perguntar em relação ao ora analisado por que é que o mesmo constitui um princípio, é dizer: para que serve? Por que existe? Em suma: quais os valores subjazem o *ne bis in idem*?

Antes de mais nada, é importante sublinhar que a expressão *ne bis in idem* recebeu, ao longo do tempo, diferentes acepções, na medida em que, originariamente, se ligava à proibição de haver nova ação em face de um indivíduo pelos mesmos fatos quando já houvesse decisão definitiva em uma anterior; posteriormente, abarcou, também, a proibição do cúmulo de qualificações e, por fim, se estendeu à proibição do cúmulo de sanções¹². Disso decorre o fato de que o princípio terá diferentes funções de acordo com a concepção adotada, o que resultará em diferentes fundamentações.

De modo geral, pode-se dizer que o *ne bis in idem* se relaciona a quatro funções: proteger a autoridade das decisões judiciais, promover a

¹¹ Alguns casos jurisprudenciais apresentados datarão de alguns anos atrás, mas isso se deve ao fato de serem casos paradigmáticos, isto é, verdadeiros *leading cases* e, por isso, obrigatórios de constarem.

¹² Assim, VÂNIA DA COSTA RAMOS, *nota 6*, p.25 e 26. Isso sem falar que, anteriormente, já foi posição dominante, também, a proibição do princípio do *ne bis in idem* somente para casos em que houvesse, no processo pretérito, ocorrido a condenação do réu.

eficiência da atuação dos órgãos judiciários, garantir a segurança jurídica individual e garantir a segurança jurídica coletiva¹³. Estudo importante em relação ao tema é o de Vânia Costa Ramos, cuja posição apresentamos para o que se defende imediatamente a seguir.

Em relação à eficiência da atuação dos órgãos judiciários, o *ne bis in idem* traz um aspecto qualitativo e um aspecto quantitativo. O primeiro porque, dada a obrigação de ser apenas uma ação em face da pessoa por conta daqueles fatos, isso obrigaria os órgãos a terem especial atenção e cuidado em relação a ele e o segundo porque, dado o fato de ser a justiça um bem escasso, o mesmo é poupando com a racionalização dos recursos financeiros de que dispõe, se a cada fato se liga apenas um processo¹⁴. Embora seja uma função importante, parece-nos evidente que essa não é a função que justifica a *ratio* principal do *ne bis in idem*, conforme conclui também a própria autora.

Por sua vez, o mesmo não pode ser dito em relação à função de garantir a segurança jurídica individual. Isso porque tal função traz uma dupla análise para o princípio: proporciona estabilidade da sua situação jurídica em relação ao fato julgado, uma vez que impede outra ação por aqueles fatos e, simultaneamente, constitui uma garantia ao indivíduo de que contra ele não mais se instalará um processo pelo mesmo fato já julgado. Isso tem especial relevo porque, a nosso entender, qualquer processo criminal, de alguma forma, atinge o status de dignidade do processado. Por isso, é primordialmente com essa função que norteamos o presente estudo.

Além das acima comentadas, também a função da segurança jurídica coletiva assume relevo para a autora. Tal função dá conta de a estabilidade da situação jurídica de um indivíduo também propiciar ao restante da comunidade maior certeza e tranquilidade, na medida em que em várias relações sociais, como, por exemplo, as ligadas aos negócios, a incerteza

¹³ Ibidem, p.82. A autora não desenvolve a primeira função relatada porque, no seu estudo, diferencia o instituto do *ne bis in idem* do instituto da coisa julgada, sendo – segundo a autora – deste último a responsabilidade em relação à referida função.

¹⁴ Ibidem, p.83

acerca da decisão definitiva pode causar um “suspense”¹⁵ indesejado. Confessamos que a nós mais parece tal função uma dimensão coletiva da própria segurança jurídica individual, embora a autora apresente da forma mencionada, razão por que assim a trataremos no presente estudo.

Nesse sentido, o que se verifica é que a verdadeira *ratio* do princípio do *ne bis in idem* não tem natureza processual (isto é, para garantir a autoridade das decisões judiciais), mas a proteção do indivíduo diante de um possível abuso estatal. Está ligado o princípio, portanto, à dignidade humana dos indivíduos, cuja liberdade é garantida pela própria segurança jurídica¹⁶. Ora, parece-nos evidente que não é concebível, em um Estado de Direito, que uma pessoa ficasse a ser perseguida pelo aparelho estatal *ad eternum* pela prática de fatos já julgados.

Com isso, o fundamento axiológico do *ne bis in idem* é exatamente garantir a liberdade do indivíduo enquanto elemento fundamental da sua dignidade, em face da arbitrariedade do Estado, “através da proteção contra a imprevisibilidade da acção estadual e contra a limitação injustificada através dessa acção”¹⁷.

Ocorre que, no âmbito do presente estudo, tal valoração torna-se ainda mais problemática porque a decisão que gerará a obrigação de respeitar o *ne bis in idem* vem de outro Estado. Nesse sentido, cabe questionar: o fundamento axiológico acima desenvolvido para o princípio do *ne bis in idem* vale também para sua aplicação no âmbito da União Europeia?

Para responder a essa pergunta, cabe verificar algumas disposições legais do sistema jurídico europeu. Sob o ponto de vista legal, primeiramente, o Tratado da União Europeia traz, em seu artigo 6º, número 1, a disposição de o espaço europeu se assentar nos princípios da liberdade, respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais e o princípio do Estado de direito. Disso resulta o fato de ser a própria

¹⁵ Ibidem, p.86.

¹⁶ Ibidem, p.90

¹⁷ Ibidem, p.94.

dignidade humana, enquanto pedra basilar do Estado de Direito e da liberdade, como antes já referido, um valor protegido na União Europeia¹⁸, assim também já entendido pelo próprio Tribunal de Justiça da União Europeia, que, no acórdão Omega Spielhallen¹⁹, precisamente no ponto 34, declarou a ordem jurídica comunitária ter “inegavelmente por objectivo garantir o respeito da dignidade humana como princípio geral de direito.”

Sob o ponto de vista histórico, o *ne bis in idem* já está de alguma forma presente na relação entre os países europeus. A aceitação da eficácia de uma decisão definitiva de outro Estado já era acolhida pelo art. 53 da Convenção Europeia sobre o valor internacional das decisões repressivas, de 1970 e também pelos arts. 35, 36 e 37 da Convenção Europeia sobre a transmissão de processos repressivos, de 1972. Antes disso, em 1957, a Convenção Europeia sobre a extradição trazia o princípio no seu artigo 9²⁰.

Além disso, a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (CAAS), incorporada pela União Europeia em 1999, traz importantes disposições a respeito do *ne bis in idem*. Tal Convenção foi de suma importância para o desenvolvimento do espaço de liberdade, segurança e justiça europeu, resultando, por isso, também ser importante para o próprio sistema de cooperação judiciária em matéria penal no âmbito da União Europeia, afirmando o *ne bis in idem* como princípio basilar²¹. Vale ressaltar que ao *ne bis in idem* foi concedido status de direito fundamental no artigo 50^o da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo texto foi posteriormente assumido pelo Tratado de Lisboa e que será exposto mais detalhadamente em tópico posterior no presente estudo²².

¹⁸ Ibidem, p.98.

¹⁹ Caso C-36/2002, com decisão de 14 de outubro de 2004.

²⁰ Em relação à presença do princípio em tais convenções, Cfr. Nidianino Romerito Santana de Brito, *O conteúdo do ne bis in idem no direito português*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, p.124 e ss.

²¹Ibidem, p.129.

²² Cfr. JULIA THOMAZ SANDRONI, *O ne bis in idem transnacional na União Europeia*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Coimbra, 2012, p. 28.

Em relação às previsões contidas no Mandado de Detenção Europeu, as mesmas serão mais detidamente discutidas doravante.

Sob o ponto de vista do contexto político, a União Europeia construiu, como se sabe, o espaço comum de liberdade, justiça e segurança. Nesse sentido, parece-nos evidente que, dado esse fato, ou seja, a criação desse espaço “europeu”, é dedutível a proteção da dignidade humana do indivíduo, pelas razões anteriormente apontadas, também na esfera interestatal. Tal dignidade já não é delimitada por fronteiras, e menos ainda, é claro, em um ambiente que busca abri-las, razão pela qual pode ser afetada no mesmo Estado ou por conta de prossecução de Estados distintos, permitindo – também – a ideia desse *ne bis in idem* europeu²³.

Dessa maneira, a resposta à questão suscitada é: sim, também no âmbito da União Europeia o fundamento axiológico do *ne bis in idem* é a salvaguarda de sua dignidade individual, na medida de ter sua liberdade garantida através da segurança jurídica de que não será julgado novamente pelos mesmos fatos, ainda que seja em outro Estado. Soma-se a tal fato, assim como no plano interno já comentado, a segurança jurídica da coletividade (ou, para nós, dimensão coletiva da segurança jurídica individual) pelas mesmas razões anteriormente colocadas, em escala ainda maior, já que em contexto continental e fortalece, ainda mais, a confiança entre os Estados-Membros²⁴.

Interessante notar que, para Gerard Coffey, para que seja possível entender totalmente o princípio do *ne bis in idem* sob a ótica transnacional é necessário estudá-lo conjuntamente com o princípio da complementariedade. Assim, o autor defende que o primeiro é corolário do segundo, porque este, relacionado a coexistência de dois ou mais sistemas ou fontes de direito com igual autoridade, acaba por coordenar a relação entre os

²³ VANIA COSTA RAMOS, *nota 6*, p.102.

²⁴ *Ibidem*, p.113. É verdade que essa confiança acaba mitigando a própria soberania dos Estados-Membros, mas é exatamente isso que permite ser a União Europeia um *sistema sui generis*.

tribunais nacionais, internacionais e organismos europeus e, dessa forma, apontar se o processo penal anteriormente em curso era genuíno²⁵.

Para Katalin Ligeti, por sua vez, é possível estabelecer cinco fundamentos ou objetivos do princípio do *ne bis in idem* na União Europeia²⁶:

- i) Um ligado ao Direitos Humanos: proteção dos indivíduos contra possíveis abusos estatais por conta da pretensão de punir do Estado;
- ii) Um ligado ao Estado de Direito: legitimidade e confiança do sistema legal, com leis fortes, justas e com tratamento igualitário;
- iii) Um ligado à Justiça Criminal: a ideia do Estado como provedor de segurança – inclusive jurídica;
- iv) Um ligado à livre circulação: fundamento próprio da União Europeia, que, se permite o trânsito livre, também deve proteger aqueles que transitam livremente de abusos e afins.
- v) Um ligado à segurança: garantia de um nível elevado de segurança no Espaço de Segurança, Liberdade e Justiça.

b) O objeto: o “*idem*” europeu

Quando se fala em *ne bis in idem*, é importante examinar, com atenção, ao que – de fato – se refere o elemento “*idem*”, a sua chamada identidade de fatos ou identidade objetiva. Questionamentos importantes acerca da matéria podem ser suscitados, dentre os quais destacamos: a proibição de novo julgamento se dá pela mesma definição típica nos ordenamentos jurídicos em questão ou pela mesma conduta praticada, independente do nome a que ela se dê nos distintos ordenamentos²⁷?

Antes de respondermos à questão suscitada, deve-se dizer que o elemento *idem* é caracterizado, antes, pelo *eadem persona*. É dizer: há que ser

²⁵ Assim, GERARD COFFEY, *Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting ne bis in idem in conjunction with the principle of complementarity*. New Journal of European Criminal Law, Vol.4, Issue 1-2. 2013, p.62 e 64.

²⁶ Nisso e no que segue referente a tal classificação, KATALIN LIGETI, Palestra “Transforming the *ne bis in idem* principle into a fundamental right in the EU” na conferência ECLAN (European Criminal Law in the global context: values, principles and policies”, em 30 de março de 2017, em Coimbra.

²⁷ Sobre a pertinência e a atualidade do tema, Cfr. AGOSTINHO S. TORRES, *O princípio ne bis in idem: funcionalidade e valoração na evolução para a transnacionalidade e a sua expressividade na jurisprudência internacional, em especial na do TJ da União Europeia*, Coimbra Editora, in *Revista Julgar N.14(Mai-Ago 2011)*, p. 80.

a mesma pessoa que praticou um fato criminoso e foi julgada definitivamente a ser julgada novamente. Nesse sentido, já se pronunciou o Tribunal de Justiça da União Europeia no acordão Gasparini²⁸. Na oportunidade, em relação à aplicação do princípio do *ne bis in idem*, destacou o tribunal que “O referido princípio não se aplica a pessoas diferentes das que foram definitivamente julgadas por um Estado contratante”.

Embora não faça parte do escopo do presente trabalho, razão pela qual não vamos nos dedicar à análise profunda do tema, posicionamo-nos de acordo com a posição que defende que, em caso de absolvição de um arguido em determinado processo por uma causa extintiva objetiva do crime ou pela inexistência da prática dos fatos materiais imputados, o efeito da decisão não é *interpartes*, de modo que estende-se aos participantes, em razão da economia processual e do próprio status de dignidade destes, que não precisam ser acionados pelo aparato judicial se já sabe-se que inviável será condená-los, seja pelo decurso do tempo ou pela inexistência do crime²⁹.

Ao lado do *eadem persona*, aparece o requisito o *idem factum* (ou *idem crimen*, análise que faremos a seguir). Importa saber, aqui, se a identidade deve ser entre os fatos naturais ou entre os chamados fatos típicos.

Nesse aspecto, é interessante notar que a Constituição da República Portuguesa, tratando do assunto, chama a identidade do objeto para efeitos da aplicação do *ne bis in idem* de mesmos crimes, enquanto a legislação infraconstitucional, que se refere ao Mandado de Detenção Europeu, chama de mesmos factos. Vejamos: o artigo 29, número 5, da Constituição Portuguesa prescreve que “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”. Já a lei 65/2003, que transpõe para o ordenamento interno a Decisão-Quadro que institui o Mandado de Detenção Europeu, prescreve como causa de recusa do mandado a pessoa procurada ter sido “definitivamente julgada pelos mesmos factos por um

²⁸ Caso C-467/2004, com decisão de 28 de setembro de 2006.

²⁹ Para estudo mais aprofundado do assunto, Cfr. Nidianino Romerito Santana de Brito, *nota 19*, p.91 e MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *nota 1*, p.259.

Estado membro (...)”, seja no artigo 11, alínea b, seja no artigo 12, número 1, alínea d e alínea f.

Mesmo assim, ainda quando disposto “crime”, entende-se que, em verdade, o que se quer é que haja uma identidade substancial dos fatos considerados típicos. Ou seja: o que importa para a verificação do *idem* é que os mesmos fatos estejam sendo objeto de novo julgamento³⁰. Não importa a definição legal dada pelo ordenamento, importa se é a mesma conduta que já anteriormente deu causa a processo penal decidido definitivamente³¹. Essa é, também, a posição do Tribunal de Justiça da União Europeia, que veremos mais detalhadamente a seguir, sendo certa que é a posição mais coerente com o Estado de Direito, por ser a mais adequada à proteção da dignidade humana³².

É importante dizer que a expressão “mesmos fatos” constitui um conceito autônomo de direito da União, na medida em que não é verificado nem pela acepção da autoridade judiciária do Estado de Emissão nem da autoridade judiciária do Estado de Execução³³. Assim se pronunciou o Tribunal de Justiça da União Europeia no acordão Mantello³⁴. Em relação a não serem importantes as qualificações jurídicas dadas pelos Estados, mas as circunstâncias fáticas da conduta do visado, também assim se posicionou o Tribunal de Justiça da União Europeia no Van Esbroeck³⁵, no qual expressamente salientou que “o critério relevante para efeitos da

³⁰ A mera mudança de tempo ou lugar não altera o fato, como também não importa a agravação do resultado. Cfr. NIDIANINO ROMERITO SANTANA DE BRITO, nota 1, p.91.

³¹ Assim, Vânia Costa Ramos, nota 6, p.184 e ss.

³² Utilizamos, no presente estudo, a concepção de que o objeto do processo penal parte, sempre, entre a correlação dos fatos narrados na peça acusatória e os fatos decididos pela sentença penal, na medida em que tudo que altera substancialmente os fatos não faz parte do objeto (e, por essa razão, sequer pode ser conhecido pelo juiz). Para estudo mais aprofundado do tema, Cfr. NIDIANINO ROMERITO SANTANA DE BRITO, nota 19, p.91; TERESA PIZARRO BELEZA, *O objecto do processo penal: o conceito e o regime de alteração substancial dos factos no Código de Processo Penal de 1987*. In *Apontamentos de Direito Processual Penal III* Vol.1995, p.87 e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal III*, Verbo, São Paulo, 1994, p.39.

³³ VÂNIA COSTA RAMOS, *Ne bis in idem e mandado de detenção europeu – Comentário ao caso Gaetano Mantello (acordão do Tribunal de Justiça, de 16.11.2010, processo nº C-261/09)*, in MARIA FERNANDA PALMA/ AUGUSTO SILVA DIAS/ PAULO DE SOUSA MENDES (coord.), *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p.117 e 118.

³⁴ Caso C-261-2009, com decisão de 16 de novembro de 2010.

³⁵ Caso C 436-2004, com decisão de 09 de março de 2006.

aplicação do referido artigo é o da identidade dos factos materiais, entendido como a existência de um conjunto de factos indissociavelmente ligados entre si, independentemente da qualificação jurídica desses factos ou do bem jurídico protegido”.

Aliás, tal posição foi reafirmada em diversos acórdãos posterior, dos quais pode se citar o acórdão Kraaijenbrink³⁶. Aqui, o Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou que os fatos a que se refere o artigo 54º da CAAS possuem uma ligação entre tempo, espaço e objeto, formando verdadeiro conjunto indissociável.

Ainda em relação ao assunto, o Tribunal já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que não se enquadra no artigo 54º da CAAS, ou seja, não é capaz de suscitar a proibição do *ne bis in idem* a situação em que a autoridade judiciária de um Estado arquiva um processo porque o Ministério Público, sem apreciar o mérito, decidira não mover ação penal em face de alguém. Nesse caso, não está impedida a autoridade judiciária de outro Estado-Membro de realizar o julgamento penal da mesma pessoa por aqueles fatos, conforme o Acórdão Miraglia³⁷. Solução diferente teve o caso de o Ministério Público de um Estado-Membro arquivar, sem atuação do órgão jurisdicional, determinado procedimento criminal após o réu ter satisfeito certas obrigações e pago uma quantia financeira determinada pelo Ministério Público, situação em que aplicar-se-á o princípio do *ne bis in idem*, conforme se pronunciou o Tribunal de Justiça da União Europeia no acórdão Gözutök e Brügge³⁸.

c) O *ne bis in idem* como direito fundamental europeu

Tema que vem ganhando cada vez mais relevância é o entendimento do princípio do *ne bis in idem* como um verdadeiro direito fundamental

³⁶ Caso C 367-2005, com decisão de 18 de julho de 2007.

³⁷ Caso C-469-2003, com decisão de 10 de março de 2005.

³⁸ Caso C-187-2001, com decisão de 11 de fevereiro de 2003.

na União Europeia³⁹. Na realidade, o que se tem hoje como grandes fontes de direitos fundamentais no espaço europeu são os princípios gerais de direito da União e, também, a sua Carta de Direitos Fundamentais⁴⁰.

Nesse sentido, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, como já comentado, traz em seu artigo 50º o direito de não ser julgado ou punido criminalmente duas vezes pela mesma infração criminal. Disso resulta que, também entre os Estados-Membros da União, e não só internamente, passou-se a considerar o *ne bis in idem* como direito fundamental⁴¹.

Na esfera do Convenção Europeia dos Direitos Humanos, é possível perceber que o *ne bis in idem* também passou a ganhar espaço. Isso porque, embora não previsto inicialmente, o artigo 4º do Protocolo 7 adicional à Convenção traz a proibição de um duplo julgamento ou punição penal pela jurisdição de um mesmo Estado pela prática dos mesmos fatos. Com isso, não se trata da possibilidade da aplicação do princípio transnacional, mas indiretamente possui importância para a consolidação do princípio na União Europeia⁴².

Já o artigo 54 da CAAS, por sua vez, traz a impossibilidade de uma pessoa definitivamente julgada por uma parte contratante ser processada novamente pelos mesmos fatos, se houver sido imposta uma pena, cumprida, em cumprimento ou que não possa mais ser cumprida pela lei do Estado contratante que condenou. Aqui, novamente, se vê que foi uma preocupação da Convenção o respeito pelo *ne bis in idem*, embora com uma aplicação diferente da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e também diferente do Protocolo 7 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Ao longo do tempo, em verdade, foi dada uma interpretação protetiva a tal dispositivo no sentido de ninguém poder ser

³⁹ Nesse sentido, ANNE WEYEMBERGH; INÊS ARMADA, *The principle of ne bis in idem in VALSAMIS MITSLEGAS; MARIA BERGSTRÖM; THEODORE KONSTADINIDES (ed), Europe's Area of Freedom, Security and Justice, in Research Handbooks in European Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham/Massachusetts, 2016, p.191.

⁴⁰ Assim, JOHANNES BJORK, *Ne Bis in Idem in EU Law - Later Developments in the Case law of the ECJ*, Lund University Faculty of Law, Estocolmo, 2013, p.31.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem.

processado pelos mesmos fatos por ter circulado livremente⁴³. Além disso, é a primeira convenção multilateral que traz o princípio do *ne bis in idem* como um direito fundamental *erga omnes*, ainda que restrito ao Espaço Schengen⁴⁴.

Ocorre que, como dito, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia é fonte primária de direito europeu, além de trazer uma aplicação transnacional do princípio, ao contrário da CAAS, que traz a aplicação do princípio no Espaço Schengen e do Protocolo 7 à CEDH, que traz a aplicação do princípio a ordenamentos internos, de maneira que será necessário, ao longo dos próximos julgamentos no âmbito das cortes de julgamento europeias, tais como a Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ou o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia, equalizar e, de certa forma, talvez “hierarquizar” mesmo tais previsões normativas a fim de se definir em que medida vão se aplicar conjuntamente.

Um caso recente em que se pode verificar a atualidade da questão foi o caso A e B vs. Noruega⁴⁵. No referido caso, foram A e B processados criminal e administrativamente pela prática do mesmo fato (não pagamento de impostos referentes à compra de empresas estrangeiras) na Noruega, razão por que recorrem ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sob o argumento de que estavam a ser julgados duas vezes pela prática do mesmo fato. O Tribunal, contudo, não deu provimento ao recurso e, por 16 votos a 1, entendeu que não houve violação do princípio do *ne bis in idem* por não ter havido violação do art 4º do Protocolo 7.

Segundo Katalin Ligeti, ocorreu a verificação de alguns pressupostos cumulativos que permitiram a existência dos dois processos: ser esta uma consequência previsível do comportamento realizado, possuírem os processos objetivos complementares e aspectos diferentes da conduta realizada, não possuir realização e avaliação das mesmas provas e a

⁴³ Assim, VALSAMIS MITSILEGAS, *EU Criminal Law, Oxford/Portland: Hart Publishing*, 2009, p.144 e 145.

⁴⁴ JOHN A.E VERVAELLE, *Ne Bis in Idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, *Utrecht Law Review*, Vol.9, Issue 4, 2013, p.218.

⁴⁵ Caso A e B x Noruega, com decisão de 15 de novembro de 2016.

proporcionalidade das sanções aplicadas mediante um mecanismo de compensação⁴⁶. Nesse sentido, observou o Tribunal tais características no caso em questão e, com isso, entenderam a simultaneidade dos processos administrativo e criminal como uma mesma resposta integrada e que não violaria o princípio do *ne bis in idem*.

III - A previsão do princípio do *ne bis in idem* no Mandado de Detenção Europeu

a) Breves comentários sobre o risco do viés securitário

É indubitável que o Mandado de Detenção Europeu trouxe ganhos significativos em relação à efetividade da entrega de pessoas visadas, notadamente no que se refere à diminuição do tempo decorrido entre a decisão do Estado emissor (ou requerente, na cooperação judiciária clássica) e o cumprimento dela por parte do Estado de execução (ou requerido, na cooperação judiciária clássica). Verifica-se uma *judicialização* do processo de entrega, em que deixa o Poder Executivo de ter a última palavra em relação a ela, como ocorre no modelo tradicional de cooperação judiciária (a extradição)⁴⁷, passando à autoridade judiciária a responsabilidade total em relação à entrega da pessoa visada⁴⁸. Para tal processo de simplificação, adotou o Mandado de Detenção Europeu prazos para que a autoridade judiciária de execução proceda à entrega da pessoa visada, que é de 10 dias em caso de consentimento desta, contados a partir da data do consentimento, ou 60 dias nos demais casos, contados a partir da detenção⁴⁹.

⁴⁶ Idem nota 25.

⁴⁷ Sobre o juízo de oportunidade política da extradição, MIGUEL JOÃO COSTA DE ALMEIDA, *Dedere Aut Judicare? A decisão de extraditar ou não extraditar e delimitação do âmbito da decisão entre extraditar e julgar na Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal e no Mandado de Detenção Europeu*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, p.7.

⁴⁸ Cfr. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, nota 1, p.168 e 169.

⁴⁹ Art. 17º da Decisão-Quadro que institui o Mandado de Detenção Europeu. Em relação à decisão de entrega, possui 10 dias a autoridade judiciária de execução contados a partir da tomada da decisão definitiva de execução do mandado, conforme consta do art.23º da mesma DQ.

Ocorre que essa celeridade não pode resultar na violação de liberdades, direitos ou garantias individuais das pessoas visadas⁵⁰. Daí retoma-se o importante questionamento de até que ponto o espaço penal europeu está a privilegiar a segurança em detrimento da liberdade.

Nesse sentido, importa relembrar que o que funda o Mandado de Detenção Europeu é o princípio do reconhecimento mútuo, na medida em que aquele é, em verdade, uma concretização deste⁵¹ (reconhecimento por parte de um Estado de uma decisão de uma autoridade judiciária de outro Estado como se sua fosse)⁵². Deve-se salientar, contudo, que o princípio do reconhecimento mútuo não nasceu a nível penal, mas muito antes, com o objetivo de facilitar a circulação de bens e mercadorias ou, no âmbito judiciário, de decisões civis, nomeadamente as relativas ao direito da família. Vê-se, desde logo, que o princípio, nesse aspecto, importava em uma clara vantagem para as pessoas, relativa à salvaguarda de seus interesses em relação a esses assuntos, nomeadamente, somente a título de exemplo, a economia, o meio-ambiente e a saúde⁵³.

O mesmo não se pode dizer, porém, em relação à aplicação desse princípio na esfera penal, porque ele importa, antes de tudo, em desvantagem para a pessoa visada – uma vez que consiste no reconhecimento de uma decisão de um Estado que é negativa para a pessoa por outro Estado. Com isso, resta saber até que ponto os aspectos que se ligam às garantias de liberdade e ampla defesa podem ficar atingidos pela celeridade que quer se dar ao processo e se há, de algum modo, um equilíbrio entre a segurança

⁵⁰ As expressões “direito”, “liberdades” e “garantias” atingem significados diferentes, embora todas ligadas à defesa dos cidadãos, conforme J.J GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República – Anotada*, Coimbra Editora, 2014, p.111.

⁵¹ Assim, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O mandado de Detenção Europeu – Na via da construção de sistema penal europeu: um passo ou um salto?”, in Anabela Miranda Rodrigues, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008, p.191.

⁵² Embora não haja uma definição precisa da expressão em lei, essa é a interpretação mais utilizada pelos autores; v.g. ADÁN NIETO MARTÍN, *Modelos de organizacion del sistema europeo de Derecho Penal* in LUIS ARROYO ZAPATERO; ADÁN NIETO MARTÍN (dir.), *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Cuenca, Ciudad Real, 2007, p.169 e ss. e MANUEL GUEDES MONTEIRO VALENTE, nota 1, p.63.

⁵³ JOÃO MATOS VIANA, *A jurisprudência de Justiça da União Europeia a propósito das causas de recusa ou condicionamento da execução do mandado de detenção europeu, em função da nacionalidade ou residência da pessoa procurada*, in MARIA FERNANDA PALMA/ AUGUSTO SILVA DIAS/ PAULO DE SOUSA MENDES (coord.), *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p.179.

e a liberdade na construção do espaço penal europeu, porque a nós parece que, nas palavras de Ana Isabel Rosa Pais, “encerra este princípio, quando levado à prática, um risco inegável: o de sobrevalorizar a finalidade da segurança em detrimento da salvaguarda da liberdade”⁵⁴.

Fenômeno de extrema relevância nesse contexto é a globalização, que inclusive em matéria criminal se verifica no mundo contemporâneo. É dizer: as atividades criminosas acabam por estender seus tentáculos para mais de um Estado, razão pela qual torna-se necessária uma resposta criminal que ultrapasse barreiras e fronteiras, sobretudo quando estas não possuem controle em relação ao trânsito de pessoas⁵⁵, resposta essa que verificamos ser essencialmente repressiva⁵⁶.

Nesse sentido, julgamos importante ter em mente ao longo de todo o presente estudo e, em verdade, em qualquer estudo relacionado ao Mandado de Detenção Europeu, que, como relatado, muito embora ele tenha sido um avanço importante para a cooperação judiciária, também evidenciou o conflito já existente entre liberdade e segurança⁵⁷, parecendo-nos que, de fato, seja ele “reflexo mais de uma preocupação securitária do que de liberdade na edificação do espaço penal europeu”⁵⁸. Na realidade, melhor seria, inclusive, que houvesse uma maior aproximação das legislações dos Estados-Membro, porquanto mais exequível e natural será o reconhecimento mútuo se menos divergências possuírem tais legislações⁵⁹.

⁵⁴ ANA ISABEL ROSA PAIS, *A ausência de controlo da dupla incriminação no âmbito da decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu: breve anotação ao acórdão do tribunal de justiça de 3 de maio de 2007*, Stvdia Ivridica 98, Ad Honorem 5, Coimbra Editora, 2009, p.820.

⁵⁵ Neste sentido, ANABELA MIRANDA RODRIGUES / JOSÉ LUIS LOPES DA MOTA, *Para uma Política Criminal Europeia*, Coimbra Editora, 2002, p.15.

⁵⁶ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Globalização, Democracia e Crime*, in José de Faria Costa e Marco Antônio Marques da Silva (coord.), *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*, Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, p.308.

⁵⁷ Assim, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *nota 50*, p.190 e 191.

⁵⁸ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *nota 1*, p.119.

⁵⁹ Assim, ANNE WEYEMBERGH, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne: mise en perspective*, in GILES DE KERCHOVE e ANNE WEYEMBERGH (ed.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001, p. 54 e ss. e DANIEL FLORE, *Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité* in GILES DE KERCHOVE e ANNE WEYEMBERGH (ed.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001, p. 67 e ss.

Especificamente sobre o princípio do *ne bis in idem*, a própria falta de harmonização ou aproximação entre as legislações dos Estados-Membro poderá levar a classificações legais diferentes do princípio⁶⁰.

Aliás, o que se verifica é que o Mandado de Detenção constitui apenas um dos instrumentos que demonstra a preocupação com o aumento do *ius puniendi* do Estado, sendo certo que outros foram adotados e que revelam ser a liberdade, na construção do espaço de liberdade, justiça e segurança, uma “homenagem à segurança (ou, o que é o mesmo, no sentido da liberdade através do direito penal), e não no sentido inverso (da liberdade contra o direito penal), o que significa que os Estados Membros têm aceitado a intrusão da União quando se trata de alargar e fortalecer o aparelho da repressão penal”⁶¹.

Em relação ao princípio do *ne bis in idem*, é o princípio do reconhecimento mútuo a via que fará que considerar um Estado-Membro a decisão da autoridade judiciária de outro como válida para a verificação da recusa de entrega tendo em vista a definição do “*idem*”⁶². Tanto é assim que o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia, no acordo Bourquain⁶³, afirmou que “o artigo 54^o da CAAS (...) implica necessariamente a existência de uma confiança mútua dos Estados contratantes nos respectivos sistemas de justiça penal e que cada um deles aceita a aplicação do direito penal em vigor nos outros Estados contratantes, mesmo quando aplicação do seu próprio direito nacional fosse susceptível de conduzir a uma solução diferente”.

⁶⁰ Neste sentido, VALSAMIS MITSILEGAS, *nota 43, p.149*.

⁶¹ PEDRO CAEIRO, *nota 5, p.448 e 449*. O autor faz referência ao fato de, ao mesmo tempo em que aceitam as novas incriminações e outros mecanismos que expandem seu poder punitivo, o mesmo não acontece em relação à possibilidade de os Estados Membros descriminalizarem condutas, ainda que com pouca ou nenhuma ofensividade social. Como exceções a esse *modus*, o autor cita a abolição da pena de morte no âmbito da União Europeia e a aplicação do próprio *ne bis in idem*, objeto do presente estudo a decisões proferidas por outros Estados Membros em processo penal, de acordo com a Convenção de Schengen.

⁶² *Idem* nota 51.

⁶³ Caso C-297/2007, com decisão de 11 de dezembro de 2008.

b) As cláusulas de recusa obrigatória e facultativa e sua transposição para o ordenamento português

No mandado de detenção europeu, o *ne bis in idem* aparece previsto de duas formas distintas, quais sejam: uma na qual representa uma cláusula de recusa obrigatória para o Estado de execução e outra na qual representa uma cláusula facultativa de recusa obrigatória para esse Estado (neste caso, em duas circunstâncias diferentes).

A Decisão-Quadro que institui o Mandado de Detenção Europeu expressamente prevê, em seu artigo 3º, número 2, que “se das informações de que dispõe a autoridade judiciária de execução resultar que a pessoa procurada foi definitivamente julgada pelos mesmos factos por um Estado-Membro, na condição de que, em caso de condenação, a pena tenha sido cumprida ou esteja actualmente em cumprimento ou não possa já ser cumprida segundo as leis do Estado-Membro de condenação”⁶⁴ deverá a autoridade judiciária de execução recusar a entrega da pessoa, ou seja, o cumprimento do mandado.

Já em seu artigo 4º, número 5, a mesma Decisão-Quadro estabelece que “se das informações de que dispõe a autoridade judiciária de execução resultar que a pessoa procurada foi definitivamente julgada pelos mesmos factos por um país terceiro, na condição de que, em caso de condenação, a pena tenha sido cumprida ou esteja actualmente em cumprimento ou não possa já ser cumprida segundo as leis do país de condenação” poderá a autoridade judiciária de execução recusar a entrega da pessoa, ou seja, o cumprimento do mandado.

A diferença fundamental entre os dois casos é que, no primeiro caso, a decisão é de outro Estado-Membro da União Europeia, enquanto, no segundo, de um Estado que não é Estado-Membro da União. Parece-nos não haver dúvida de que a diferença é resultante da aplicação do princípio do

⁶⁴ Artigo 3º, número 2 da DQ. Há ainda outras duas causas de recusa obrigatória, quais sejam: a anistia e a idade da pessoa visada. Da mesma forma foi transposto para o ordenamento jurídico português pelo artigo 11º da Lei 65/2003. Também se verifica que o mesmo é previsto pelo art. 54º da CAAS.

reconhecimento mútuo, segundo o qual as decisões de um Estado-Membro possuem efeito direto e automático para os demais, de modo que não seria concebível que os dois Estados-Membros julgassem a mesma pessoa pelos mesmos fatos. Assim, diferente é o caso de ser um país terceiro, em relação ao qual não há, em princípio, a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo. É bem verdade, contudo, que outra relação no que se refere à cooperação judiciária entre esse Estado terceiro e o Estado de execução possa existir, razão pela qual poderá este recusar o cumprimento do mandado.

Em relação a essa cláusula facultativa, parece que se quis dar um espaço para a parte da soberania de cada Estado em relação às suas outras obrigações internacionais concorrentes. Ocorre que, se assim o foi, parece-nos que a exigência foi demasiadamente rígida, já que obrigou que fosse, como no caso da recusa obrigatória, definitivamente julgada a pessoa ou, senão, com a pena cumprida, em cumprimento ou não cumprida por impossibilidade segundo as leis do país de condenação, o que a nós não faz sentido por ser, exatamente, facultativa⁶⁵.

Ocorre que, além desses dois, um outro – e a nosso ver, mais polêmico deles – dispositivo da Decisão-Quadro estabelece o *ne bis in idem* como cláusula facultativa. É isso que se depreende da leitura do artigo 4º, número 3, que estabelece que será facultativa a execução do mandado “quando as autoridades judiciárias do Estado-Membro de execução tiverem decidido não instaurar procedimento criminal, ou pôr termo ao procedimento instaurado, pela infracção que determina o mandado de detenção europeu ou quando a pessoa procurada foi definitivamente julgada num Estado-Membro pelos mesmos factos, o que obsta ao ulterior exercício da acção penal”.

Em relação à primeira parte, o que se quer é que a recusa da entrega possa ocorrer por decisões internas de não instaurar o procedimento

⁶⁵ Nesse sentido, Nidianino Romerito Santana de Brito, *nota 19*, p.131 e 132.

criminal ou de encerrá-lo⁶⁶. Em relação à segunda, isso se dá porque existem exceções e condições à aplicação do *ne bis in idem* na CAAS⁶⁷, razão pela qual, nesses casos, ainda que tenha sido a decisão proferida por autoridade judiciária de outro Estado-Membro, a recusa do cumprimento do mandado será facultativa e não obrigatória. Trata-se, contudo, para Manuel Valente, do caso em que a pessoa foi julgada, mas não foi condenada⁶⁸.

É interessante notar como Portugal transpôs para o ordenamento jurídico português a DQ relativa ao Mandado de Detenção Europeu, na Lei 65/2003. No caso específico do *ne bis in idem*, a lei traz como causa de recusa obrigatória a situação em que “a pessoa procurada tiver sido definitivamente julgada pelos mesmos factos por um Estado membro desde que, em caso de condenação, a pena tenha sido integralmente cumprida, esteja a ser executada ou já não possa ser cumprida segundo a lei do Estado membro onde foi proferida a decisão”, conforme define seu artigo 11º, alínea b.

A lei também traz, por sua vez, a possibilidade de o *ne bis in idem* como duas causas de recusa facultativa, reproduzindo a decisão quadro. Assim o faz no artigo 12, alínea d e alínea e, ao determinar que – respectivamente – poderá ser recusado o mandado quando “A pessoa procurada tiver sido definitivamente julgada pelos mesmos factos por um Estado membro em condições que obstem ao ulterior exercício da acção penal, fora dos casos previstos na alínea b) do artigo 11º” e quando “A pessoa procurada tiver sido definitivamente julgada pelos mesmos factos por um Estado terceiro desde que, em caso de condenação, a pena tenha sido integralmente cumprida, esteja a ser executada ou já não possa ser cumprida segundo a lei do Estado da condenação”.

⁶⁶ Isso dá margem à decisão que faz coisa julgada, como o arquivamento do inquérito policial por excludente de ilicitude e à decisão que não faz, de modo que não impede nova acção penal, como o arquivamento do inquérito policial por falta de indícios de autoria, caso em que, com o surgimento de novas provas, pode ser novo procedimento instaurado. Sobre o assunto, cfr. JULIA THOMAZ SANDRONI, nota 21, p.35.

⁶⁷ Artigos 54 e 55.

⁶⁸ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, nota 1, p.269.

Ocorre que tal postura da lei portuguesa, de simplesmente copiar o que foi determinado pela decisão-quadro, criou uma celeuma em relação às causas facultativas, porque – ao repeti-las dessa forma – parece ter dado, ainda que sem querer, o poder de decisão à autoridade judiciária. Tal tema será tratado mais detalhadamente no próximo tópico do presente trabalho.

Em relação ao problema dessa transposição “copiada”, fato interessante a notar em relação à questão das causas de recusa facultativa ou obrigatória é a contradição notada entre o artigo 12º, número 1, alínea a e o artigo 3º, número 2, da lei. Isso porque o primeiro reproduz os motivos de não execução facultativa previstos no artigo 4º, número 1, da Decisão Quadro, o que traz como possibilidade de recusa a circunstância em que “o fato que motiva a emissão do mandado de detenção europeu não constituir infração punível de acordo com a lei portuguesa, desde que se trate de infração não incluída no número 2 do artigo 2º”. Já o segundo determina que, em relação às infrações que constam no artigo 2º, relativos aos domínios de criminalidade em relação aos quais foi afastada a verificação da dupla incriminação, só é admissível a entrega da pessoa reclamada se os factos que justificam a emissão do mandado de detenção europeu constituírem infração punível pela lei portuguesa”.

Ora: da leitura do artigo 2º, número 3, verifica-se que: se a infração em questão não estiver prevista no rol taxativo dos 32 domínios de criminalidade para os quais se afastou a verificação da dupla incriminação ou, estando, não for punida com pena privativa de liberdade de duração máxima igual ou maior a três anos, o Mandado de Detenção Europeu não pode ser executado – causa obrigatória de recusa, portanto⁶⁹.

Da leitura do artigo 12º, número 1, alínea a, todavia, depreende-se que pode ou não ser recusada a entrega se a infração não for punida criminalmente em Portugal, se não se tratar das infrações previstas no artigo 2º, número 2, da LMDE. Ou seja: seria o caso de uma “causa de recusa

⁶⁹ PEDRO CAEIRO E SÓNIA FIDALGO, *O Mandado de Detenção Europeu na Experiência Portuguesa: tópicos da primeira década*, in PEDRO CAEIRO, *Temas de Extraditção e Entrega*, Almedina, Coimbra, 2015, p.173.

facultativa, a ser decidida pelo tribunal”⁷⁰. Trata-se, portanto, de evidente equívoco do legislador português ao transpor para o ordenamento jurídico interno a questão.

Casos que têm atraído determinada atenção são, por exemplo, aqueles que se relacionam com a litispendência processual, isto é, quando da emissão do mandado houver outro processo penal em curso sobre os mesmos fatos, nomeadamente no país de execução. Em relação a esses, optamos por destacar, dentre os assuntos mais discutidos, a situação em que o processo trata do crime “fim” e o mandado é emitido para o chamado crime “meio”, ou seja, é instrumento para o primeiro e o caso em que o processo penal no Estado de execução é iniciado depois da emissão do referido mandado.

Em relação à primeira situação, parece-nos evidente que não importa o fato de ter sido o Mandado emitido em razão do cometimento do crime “meio” e haver processo penal em relação ao crime fim, porque este “abarca” aquele, segundo o princípio da consumpção, ao menos no Estado Português. Desse modo, poderia o Estado de execução (nomeadamente Portugal, que mais nos interessa) recusar a entrega, pois, a rigor, estaria julgando aqueles mesmos fatos, ainda que não tenha sido acusado exatamente por aquele crime, uma vez que teria sido absorvido pelo outro⁷¹.

Já em relação à segunda situação, em que o processo penal é iniciado pelo Estado de execução depois de ter sido emitido o Mandado de Detenção Europeu, é caso de maior acuidade. Isto é: sendo a autoridade judiciária de execução competente para julgar os fatos que fundamentaram a emissão do Mandado de Detenção Europeu, pelo fato de não ter instaurado processo antes da emissão do referido mandado, não poderá mais fazê-lo, sob pena de violar o *ne bis in idem*?

No caso português, já disse o Supremo Tribunal de Justiça que não: não poderá a autoridade judiciária portuguesa, ainda que competente para tanto, instaurar processo penal em relação a fato(s) objeto(s) do Mandado

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Neste sentido, PEDRO CAEIRO / SÓNIA FIDALGO, *nota 68*, p.181.

de Detenção Europeu o qual executa se, na data da emissão do referido mandado, ainda não tiver instaurado processo penal para apura-lo(s)⁷². Ousamos, porém, discordar da referida decisão, por entendermos, na esteira de Pedro Caeiro e Sónia Fidalgo, que não há por que o Estado de execução, no caso referido, o português, não poder exercer sua pretensão punitiva se os fatos ocorrem em seu território ou locais sobre os quais tenha jurisdição, porque só há aplicação do *ne bis in idem* quando há decisão final e de mérito em relação a aqueles fatos, sem contar que, a rigor, o próprio Ministério Público tem a obrigação legal de instaurar procedimento penal sobre fato criminoso de que tome conhecimento, por decorrência do princípio da legalidade processual⁷³.

Por fim, cabe destacar a posição de Manuel Monteiro Guedes Valente que defende, em relação à aplicação do princípio do *ne bis in idem* no Mandado de Detenção Europeu, que, em todos os casos, deveria ser obrigatória tal aplicação, razão pela qual, mesmo nos dois casos relatados em que ela é facultativa, deve a autoridade judiciária de execução não entregar a pessoa, por conta do princípio da proporcionalidade da restrição de direitos fundamentais. Isso porque a mesma já teria sido demasiadamente onerada pelo só fato de ter respondido a processo criminal, tendo sido condenada ou não, em outro Estado.⁷⁴ Com a devida vênia, não concordamos com o entendimento do autor porque, em determinadas circunstâncias, os Estado de execução deve ter a faculdade de entregar a pessoa visada para que seja devidamente julgada no Estado de Emissão. Se não fosse assim, o *ne bis in idem*, ao invés de ser uma verdadeira garantia fundamental aos cidadãos, constituiria um verdadeiro instrumento de impunidade do agente, que pode, por exemplo, não ter sido definitivamente julgado anteriormente ou sobre cujos atos tenham surgido novas provas.

⁷² Acórdão do processo número 211/12.6YRCBR.S1, com decisão de 09 de janeiro de 2013.

⁷³ Assim, PEDRO CAEIRO / SÓNIA FIDALGO, nota 68, p.183.

⁷⁴ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, nota 1, p.271. Para tanto, o autor invoca o artigo 50º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

c) A questão do poder de decisão da cláusula de recusa facultativa: legislador ou julgador?

Desde que a decisão-quadro foi transposta para os ordenamentos internos dos Estados-Membros, discussão tem havido em relação a quem teria o poder de decidir em relação às causas facultativas de recusa. É dizer: em relação aos casos que a Decisão-Quadro colocou como faculdade do Estado de execução a recusa do Mandado de Detenção Europeu, tal faculdade é do legislador ou da autoridade judiciária? Isso é especialmente interessante porque o legislador português simplesmente reproduziu a Decisão Quadro que criou o Mandado de Detenção Europeu, deixando as causas facultativas dessa forma na lei interna, o que – em tese – daria a liberdade ao julgador para decidir.

Entendemos em relação ao assunto o mesmo que Anabela Miranda Rodrigues entende em relação à dupla incriminação nos casos que não estão na lista do artigo 2º da decisão quadro: a DQ, ao colocar a faculdade da decisão com o Estado-Membro, o fez para que os seus legisladores pudessem decidir, de acordo com a política criminal que entendessem adequada, sobre a exigência da dupla incriminação ou sobre as causas de recusa que seriam obrigatórias. A nosso ver, não que o legislador fosse obrigado a se referir a todas as infrações não abrangidas ou a todas as causas de recusa facultativa presentes na Decisão-Quadro, mas autorizado a definir para quais infrações exigir-se-ia a dupla incriminação⁷⁵ e quais seriam as causas de recusa que, transpostas, seriam consideradas obrigatórias.

Na realidade, o que está no centro da questão é que tais decisões são verdadeiras questões de soberania e política criminal do Estado, de maneira que não faz sentido deixar na mão da autoridade judiciária decisões como essa. Por outro lado, contudo, é importante notar que – no caso específico do *ne bis in idem* – o caso concreto será absolutamente importante, de maneira que – ao revés do que foi dito para a dupla incriminação e para a maior parte das outras causas de recusa facultativa –

⁷⁵ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, nota 50, p.199.

talvez, neste caso, faça mais sentido permitir à autoridade judiciária que decida sobre a recusa porque esta dependerá, substancialmente, do caso concreto analisado.

IV – Considerações Finais

Por tudo o que foi dito, algumas conclusões podemos fazer em relação aos temas centrais tratados neste estudo.

1. Parece-nos que o fundamento primordial do princípio do *ne bis in idem* tem natureza de segurança jurídica individual, enquanto garantidora da plena dignidade humana da pessoa que tem o direito de não ser julgada duas vezes pelos mesmos fatos. Por essa razão, torna-se o princípio um princípio fundamental de direito da União Europeia e mantém na relação transnacional europeia esse fundamento axiológico.

2. O que importa para a verificação dos referidos “mesmos fatos” são, mesmo, as circunstâncias fáticas, ou seja, a conduta em si praticada e não a sua tipificação pelo ordenamento jurídico de cada Estado, isto é, a sua qualificação jurídica ou *nomen iuris*.

3. A aplicação desse princípio no âmbito da União Europeia, especificamente do Mandado de Detenção Europeu, objeto deste estudo, é consequência direta de outro princípio: o do reconhecimento mútuo, que faz um Estado aceitar automática e diretamente a decisão jurídica de outra. Disso decorre o fato de ser a decisão processual penal definitiva proferida por outro Estado-Membro causa de recusa obrigatória da entrega e a proferida por um estado terceiro, ou seja, que não seja membro da União, ser causa de recusa facultativa.

4. Em verdade, hoje, na Europa, o Estado-Membro que primeiro toma conhecimento do fato e realiza a sua persecução penal o faz com exclusividade, ou seja, nenhum outro Estado-Membro poderá movimentar sua jurisdição por aquele fato – o que não necessariamente será a melhor

alternativa⁷⁶. Tal realidade se deve ao de o *ne bis in idem* ser uma consequência natural da organização do sistema jurídico europeu, que ainda não conseguiu ser adequadamente realizada.

Referências

ALMEIDA, Carlota Pizarro de *Cooperação judiciária e princípios constitucionais*, in PALMA, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo de Sousa (coord.), *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

ALMEIDA, Miguel João Costa de, *Dedere Aut Judicare? A decisão de extraditar ou não extraditar e delimitação do âmbito da decisão entre extraditar e julgar na Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal e no Mandado de Detenção Europeu*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.

BELEZA, Teresa Pizarro, *O objecto do processo penal: o conceito e o regime de alteração substancial dos factos no Código de Processo Penal de 1987*. In BELEZA, Teresa Pizarro, *Apontamentos de Direito Processual Penal III Vol*,1995.

BJORK, Johanne, *Ne Bis in Idem in EU Law – Later Developments in the Case law of the ECJ*, Lund University Faculty of Law, Estocolmo, 2013.

BRITO, Nidianino Romerito Santana de, *O conteúdo do ne bis in idem no direito português*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

CAEIRO, Pedro *Cooperação Judiciária na União Europeia*, in COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.), *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*, Quartier Latin, São Paulo, 2006.

CAEIRO, Pedro, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado – O Caso Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República – Anotada*, Coimbra Editora, 2014.

⁷⁶ Nesse sentido, ANDRE KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia, 2009, p.429.

COFFEY, Gerard, *Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting ne bis in idem in conjunction with the principle of complementarity*. New Journal of European Criminal Law, Vol.4, Issue 1-2, 2013.

FLORE, Daniel, Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité in KERCHOVE, Giles de; WEYEMBERGH, Anne (ed.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de L'universite de Bruxelles, Bruxelles, 2001.

KLIP, Andre. *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia, 2009.

LIGETI, Katalin. Palestra “Transforming the *ne bis in idem* principle into a fundamental right in the EU” na conferência ECLAN (European Criminal Law in the global context: values, principles and policies”, em 30 de março de 2017, em Coimbra.

MITSILEGAS, Valsamis. *EU Criminal Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2009.

NIETO MARTÍN, Adán, Modelos de organización del sistema europeo de Derecho Penal in ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán (dir.), *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*”, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007.

PAIS, Ana Isabel Rosa, *A ausência de controlo da dupla incriminação no âmbito da decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu: breve anotação ao acórdão do tribunal de justiça de 3 de maio de 2007*, Stvdia Ivridica 98, Ad Honorem 5, Coimbra Editora, 2009.

RAMOS, Vânia Costa, *Ne bis in idem e mandado de detenção europeu – Comentário ao caso Gaetano Mantello (acórdão do Tribunal de Justiça, de 16.11.2010, processo nº C-261/09)*, in PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.), *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

RAMOS, Vania Costa, *Ne Bis in Idem e União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da, *Para uma Política Criminal Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

- RODRIGUES, Anabela Miranda, “*O mandado de Detenção Europeu – Na via da construção de sistema penal europeu: um passo ou um salto?*,” in Anabela Miranda Rodrigues, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, *Globalização, Democracia e Crime*, in Costa, José de Faria e Silva, Marco Antônio Marques da(coord.), *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*, Editora Quartier Latin do Brasil, 2006.
- SANDRONI, Julia Thomaz, *O ne bis in idem transnacional na União Europeia*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Coimbra, 2012.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal III*, Verbo, São Paulo, 1994.
- TORRES, Agostinho, *O princípio ne bis in idem funcionalidade e valoração na evolução para a transnacionalidade e a sua expressividade na jurisprudência internacional, em especial na do TJ da União Europeia*, Coimbra Editora, in Revista Julgar N.14(Mai-Ago 2011).
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Do Mandado de Detenção Europeu*, Almedina, Coimbra, 2006.
- VERVAELLE, John A.E, *Ne Bis in Idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, Utrecht Law Review, Vol.9, Issue 4, 2013.
- VIANA, João Matos, *A jurisprudência de Justiça da União Europeia a propósito das causas de recusa ou condicionamento da execução do mandado de detenção europeu, em função da nacionalidade ou residência da pessoa procurada*, in PALMA, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo de Sousa (coord.), *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- WEYEMBERGH, ANNE, *La reconnaissance mutuelle dees décisions judiciaires em matiere pénale entre les Etats membres de l’Union européenne: mise em perspective*, in KERCHOVE, Giles de; WEYEMBERGH, Anne (ed.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l’Union européenne*, Editions de L’universite de Bruxelles, Bruxelles, 2001.

WEYEMBERGH, Anne; ARMADA, Inês, *The princile of ne bis in idem in MITSLEGAS, Valsamis; BERGSTRÖM, Maria; KONSTADINIDES, Theodore (ed), Europe's Area of Freedom, Security and Justice, in Research Handbooks in European Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham/Massachutes, 2016.

Jurisprudência

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

A e B vs. Noruega, com decisão de 15 de novembro de 2016.

Tribunal de Justiça da União Europeia

Caso C-436/2004, com decisão de 09 de março de 2006.

Caso C-297/2007, com decisão de 11 de dezembro de 2008.

Caso C-36/2002, com decisão de 14 de outubro de 2004.

Caso C-467/2004, com decisão de 28 de setembro de 2006.

Caso C-261/2009, com decisão de 16 de novembro de 2010.

Caso C-436/2004, com decisão de 09 de março de 2006.

Caso C -67/2005, com decisão de 18 de julho de 2007.

Caso C-469/2003, com decisão de 10 de março de 2005.

Caso C-187-2001, com decisão de 11 de fevereiro de 2003.

Supremo Tribunal de Justiça

Acordão do processo número 211/12.6YRCBR.S1, com decisão de 09 de janeiro de 2013.

O Parágrafo Único do Artigo 116 do Código Tributário Nacional: um Caminho Entre a Ineficácia e o Excesso

*Carlos André Soares Nogueira*¹

Introdução

A temática dos planejamentos tributários é uma das mais palpitantes na esfera do Direito Tributário. Entretanto, apesar de se tratar de matéria debatida em inúmeras produções doutrinárias, bem como fundamento jurídico em quantidade significativa de decisões judiciais e administrativas em casos concretos, penso que o Brasil ainda está muito atrasado no desenvolvimento de regime jurídico sólido e moderno, que propicie, de um lado, maior segurança jurídica às pessoas que empreendem as atividades econômicas privadas, e, de outro, melhores condições ao Estado para implantar um sistema tributário com ênfase na solidariedade e na igualdade.

Este é o equilíbrio que exige o Estado Democrático de Direito, que requer a proteção e promoção dos direitos fundamentais, bem como o incremento da solidariedade e do bem estar social, ambos em prol da dignidade humana.

Nesta seara, sendo o sistema jurídico pátrio organizado com base na *civil law*, carece o Brasil de legislação mais robusta e adequada à realidade hodierna, com normas jurídicas (positivadas, portanto) que estabeleçam

¹ Conselheiro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, Especialista em Direito Tributário pelo IBET, Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

de forma mais clara as possibilidades e os limites da atuação administrativa em face de planejamentos tributários abusivos e agressivos. Nesta esteira, insere-se o debate sobre o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional – CTN, que foi introduzido pelo legislador por meio da Lei Complementar nº 104/2001².

É cediço que em Estados fiscais, como o Brasil, em que os recursos necessários para o desenvolvimento das políticas públicas advêm especialmente da tributação das atividades privadas, a temática dos planejamentos tributários, especialmente dos planejamentos abusivos e agressivos de âmbito interno ou internacional, está intimamente ligada à erosão e ao deslocamento das bases tributáveis, que corroem as receitas públicas e agravam sobremaneira a crise econômica.

Com a internacionalização da economia, a proliferação de paraísos fiscais e regimes favorecidos de tributação e a profunda mudança nos modelos de negócios, com a financeirização e a virtualização da produção e circularização de bens e serviços, bem como da percepção de renda e da acumulação de patrimônio, as bases tributáveis – fontes principais de recursos nos Estados fiscais – são erodidas e deslocadas para além de suas fronteiras, comprometendo seriamente a capacidade dos Estados de manterem equilíbrio fiscal e realizarem suas políticas públicas³.

Outra consequência, além da crise fiscal do Estado e do prejuízo para as políticas públicas, é o paulatino deslocamento das bases tributáveis para aqueles que possuem menor capacidade de “fugir da tributação”, especialmente as pessoas físicas e micro e pequenas empresas. O deslocamento da carga tributária para pessoas com menor possibilidade de erodir ou

² Com a introdução do parágrafo único pela LC nº 104/2001, o artigo 116 do CTN passou a ter a seguinte redação: *Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios; II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável. Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.*

³ A preocupação da OCDE com os danos causados pela proliferação de regimes favorecidos de tributação pode ser observada no relatório OECD (1998) *Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue*, OECD Publishing. Disponível em <<https://dx.doi.org/10.1787/978926412945-en>>.

deslocar as bases tributárias cria o que o professor português José Casalta Nabais chama de “*apartheid fiscal*”.

Especialmente neste momento, em que o Brasil pleiteia uma vaga na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, as controvérsias relativas à legislação de regência e à atuação da Administração Tributária em face dos planejamentos tributários abusivos e agressivos ganham novo fôlego em razão do desenvolvimento das ações promovidas pela OCDE e o G-20 no seio do *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros*⁴, conhecido pela expressão *BEPS – Base Erosion and Profit Shifting*.

Neste artigo, proponho-me a expor as reflexões que tenho feito sobre a matéria e fazer evoluir minha posição acerca da constitucionalidade, do conteúdo, do alcance e dos limites da norma jurídica veiculada pelo parágrafo único do artigo 116 do CTN. Neste percurso, será necessário visitar diversas posições teóricas sobre o tema e apontar as proximidades e diferenciações em relação à tese defendida ao final. Para tanto, algumas perguntas básicas deverão ser respondidas. Trata-se de norma que introduz novas hipóteses de descon sideração por parte da Administração Tributária de atos jurídicos realizados pelos particulares? Caso positivo, tal interpretação é legítima do ponto de vista constitucional? Sendo constitucional, trata-se de norma geral antielisiv a, antiabuso ou restritiva de planejamentos agressivos? Quais as possibilidades, requisitos e limites para a atuação da Administração Tributária? A norma, para que tenha eficácia, requer positivação de procedimento distinto dos processos administrativos fiscais atualmente em vigor?

⁴ Para uma visão geral, ver OCDE (2014), *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros*, OECD Publishing. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264207790-pt>>.

I – Contexto na época da positivação do parágrafo único do artigo 116 do CTN

Examinando a Mensagem nº 1.459/1999⁵, que encaminhou ao Congresso Nacional o projeto de lei que foi convertido na Lei Complementar nº 104/2001, vê-se na Exposição de Motivos que a razão apontada pelo Poder Executivo para a alteração do artigo 116 do CTN era a necessidade de

[...] estabelecer, no âmbito da legislação brasileira, norma que permita à autoridade tributária desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de elisão, constituindo-se, dessa forma, em instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito.

Esta motivação estava em linha com a preocupação apresentada por diversos Estados no final dos anos 1990 e início dos anos 2000. Naquela época, diversos países cujos sistemas jurídicos eram organizados com base na *civil law* positivaram normas gerais antiabuso tributário, como foi o caso de Portugal.

Entretanto, embora a motivação para a apresentação do projeto de lei estivesse no mesmo diapasão das alterações legislativas realizadas por outros países, o texto normativo proposto pelo Poder Executivo e aprovado pelo Congresso Nacional ficou bastante aquém das formulações de além-mar. De se ver.

Em Portugal, por exemplo, a norma geral antiabuso tributário veiculada pela Lei nº 30-G/2000, de 29/12, deu a seguinte redação para o artigo 38º da Lei Geral Tributária:

1 - A ineficácia dos negócios jurídicos não obsta à tributação, no momento em que esta deva legalmente ocorrer, caso já se tenham produzido os efeitos económicos pretendidos pelas partes.

2 - São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial

⁵ Disponível em < <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16OUT1999.pdf#page=42>>.

ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.

Veja-se que, embora o texto fosse vago acerca das notas que caracterizariam os atos e negócios jurídicos sujeitos à ineficácia no âmbito tributário⁶, o legislador português cuidou de apontar a necessidade de comprovação, por parte da Administração Tributária, (i) do direcionamento essencial para a redução, eliminação ou diferimento do crédito tributário; e (ii) da utilização de meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso de forma jurídica. O ônus de provar tais requisitos para a caracterização da hipótese de desconsideração dos atos jurídicos recaía inelutavelmente sobre os ombros da Administração Tributária.

Cotejando a redação da norma portuguesa com o parágrafo único do artigo 116 do CTN, é possível observar que o legislador pátrio não teve

⁶ Esta norma foi substancialmente alterada pela Lei n.º 32/2019, de 03/05 e o artigo atualmente tem a seguinte redação:

1 - A ineficácia dos negócios jurídicos não obsta à tributação, no momento em que esta deva legalmente ocorrer, caso já se tenham produzido os efeitos económicos pretendidos pelas partes.

2 - As construções ou séries de construções que, tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, são desconsideradas para efeitos tributários, efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas.

3 - Para efeitos do número anterior considera-se que: a) Uma construção ou série de construções não é genuína na medida em que não seja realizada por razões económicas válidas que reflitam a substância económica; b) Uma construção pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte.

4 - Para efeitos de aplicação do disposto no n.º 2, nos casos em que da construção ou série de construções tenha resultado a não aplicação de retenção na fonte com carácter definitivo, ou uma redução do montante do imposto retido a título definitivo, considera-se que a correspondente vantagem fiscal se produz na esfera do beneficiário do rendimento, tendo em conta os negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica.

5 - Sem prejuízo do número anterior, quando o substituto tenha ou devesse ter conhecimento daquela construção ou série de construções, devem aplicar-se as regras gerais de responsabilidade em caso de substituição tributária.

6 - Em caso de aplicação do disposto no n.º 2, os juros compensatórios que sejam devidos, nos termos do artigo 35.º, são majorados em 15 pontos percentuais, sem prejuízo do disposto no Regime Geral das Infrações Tributárias, aprovado pela Lei n.º 15/2011, de 5 de junho, na sua redação atual.

o mesmo cuidado com a indicação das notas caracterizadoras dos atos sujeitos à desconsideração, bem como do ônus probatório da Administração Tributária. O texto remete à vaga noção de dissimulação do fato gerador:

Art. 116 [...]

A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

O texto não trouxe sequer a necessidade de comprovação de abuso de formas ou de direito referidos na exposição de motivos.

II – Contexto atual

Como visto, o contexto econômico alterou-se profundamente desde o início dos anos 2000 e trouxe particulares desafios para os Estados fiscais e suas políticas tributárias. As normas jurídicas nacionais e internacionais evoluíram fortemente, especialmente na esteira de iniciativas multilaterais, como no *BEPS* e nos acordos internacionais de trocas de informações de interesse tributário⁷.

Assim, as normas gerais antiabuso tributário ganharam robustez para afastar planejamentos que não apresentem razão extratributária legítima e que sejam eivados de abuso de direito ou apresentem *montagens não genuínas*, como se pode observar nas normas positivadas na França⁸ e na União Europeia⁹.

⁷ Exemplificativamente, ver OECD (2014), *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, OECD Publishing, Paris. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264216525-en>>.

⁸ O artigo 64 do *Livre des procédures fiscales* prevê a inoponibilidade à Administração Tributária de atos eivados de abuso de direito: *Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'é luder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.*

⁹ A União Europeia adotou norma geral anti-abuso por meio do artigo 6º da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de junho de 2016: *1. Para efeitos do cálculo da matéria coletável das sociedades, os Estados-Membros devem ignorar uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática*

No caso italiano, as operações privadas de substância econômica legítima que obtenham vantagem tributária indevida configuram abuso de direito e são inoponíveis ao fisco. É o que se depreende da redação atual do artigo 10-bis da *Legge del 27/07/2000 n° 212*¹⁰:

com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes. Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte. 2. Para efeitos do n.º 1, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica. 3. Caso as montagens ou série de montagens não sejam tomadas em consideração nos termos do n.º 1, a coleta é calculada nos termos do direito nacional. Disponível em < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L1164&from=PT> >.

¹⁰ Tradução livre do texto normativo do 10-bis da *Legge del 27/07/2000 n° 212*: 1. Constitui abuso de direito uma ou mais operações sem substância econômica que, mesmo no cumprimento formal das regras fiscais, avancem vantagens fiscais indevidas. Essas operações não são oponíveis à administração tributária, que nega as vantagens ao determinar os tributos com base nas normas e princípios evadidos e levando em consideração o valor pago pelo contribuinte em decorrência dessas operações. 2. Para efeitos do n.º 1, considera-se o seguinte: a) operações sem substância econômica, fatos, atos e contratos, mesmo que em conjunto, inadequados para produzir efeitos significativos que não vantagens fiscais. Em particular, a não coerência da qualificação das operações individuais com o fundamento jurídico do todo e a não conformidade da utilização de instrumentos jurídicos com a lógica normal de mercado são índices de falta de substância econômica; b) vantagens fiscais indevidas e benefícios, ainda que não imediatos, realizados em contraposição aos fins da legislação tributária ou dos princípios do sistema tributário. 3. Em qualquer caso, não são consideradas abusivas as operações justificadas por motivos extrafiscais válidos, não marginais, também de natureza organizativa ou gerencial, que respondam ao objetivo de melhoria estrutural ou funcional da empresa ou da atividade profissional do contribuinte. 4. O contribuinte pode escolher entre os diversos regimes facultativos previstos na lei e entre as operações com carga tributária diferente. 5. O contribuinte pode propor despacho nos termos do artigo 11.º, n.º 1, alínea c), para apurar se a operação constitui um caso de abuso de direito. 6. Sem prejuízo da posterior averiguação da ação nos prazos fixados para os tributos individuais, o abuso de direito é apurado por lançamento próprio, precedido, sob pena de nulidade, da notificação ao contribuinte do pedido de esclarecimentos a prestar por prazo de sessenta dias, no qual os motivos pelos quais o abuso de direito se consideram configuráveis. 7. O pedido de esclarecimentos é notificado pela administração financeira nos termos do artigo 60.º do Decreto do Presidente da República n.º 600, e posteriores alterações, no prazo fixado para a notificação da apuração fiscal. Decorridos não menos de sessenta dias entre a data de recebimento dos esclarecimentos ou o decurso inútil do prazo atribuído ao contribuinte para responder ao pedido e o da extinção da administração do poder de notificar a escritura. Se assim não for, o prazo para a notificação da escritura fiscal é automaticamente prorrogado, em derrogação da ordinária, até sessenta dias. 8. Sem prejuízo do disposto nos tributos individuais, o ato tributário é especificamente motivado, sob pena de nulidade, quanto à conduta abusiva, às regras ou princípios evadidos, às vantagens fiscais indevidas alcançadas, bem como aos esclarecimentos prestados pelo contribuinte no prazo referido no parágrafo 6. 9. Incumbe à administração tributária provar a existência de conduta abusiva, não detectável de ofício, em relação aos elementos referidos nos n.ºs 1 e 2. Incumbe ao contribuinte provar a existência dos motivos extra-fiscais referido no n.º 3. 10. Em caso de recurso, são cobrados os impostos ou taxas superiores apuradas, juntamente com os respectivos juros, nos termos do artigo 68.º do decreto legislativo de 31 de Dezembro de 1992, n. 546, e alterações posteriores, e do artigo 19, parágrafo 1º, do decreto legislativo de 18 de dezembro de 1997, n. 472. 11. Os sujeitos, outros que não aqueles a quem se aplica o disposto neste artigo, poderão requerer o reembolso dos tributos pagos em decorrência de operações abusivas cujas vantagens fiscais tenham sido negadas pela administração financeira, apresentando para esse fim, no prazo de um ano a partir do ao qual o lançamento se tornou definitivo ou foi definido por adesão ou conciliação judicial, pedido à Agência Fiscal, que dispõe sobre os limites do imposto e dos juros efetivamente cobrados na sequência desses procedimentos. 12. Na atuação, o abuso de direito só pode se configurar se as vantagens fiscais não puderem ser negadas por meio da contestação de violação de dispositivos fiscais específicos. 13. As operações abusivas não dão origem a atos puníveis nos termos da legislação penal tributária. A aplicação de penalidades fiscais administrativas continua válida.

1. Configurano abuso del diritto una o piu' operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni.

Impende observar que o legislador italiano cuidou de dar melhores contornos à figura de abuso de direito, como se pode constatar na seguinte redação:

2. Ai fini del comma 1 si considerano:

a) operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformita' dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato;

b) vantaggi fiscali indebiti i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalita' delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.

3. Non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalita' di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attivita' professionale del contribuente.

4. Resta ferma la liberta' di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale.

Houve também a preocupação de oferecer ao contribuinte a possibilidade de consultar a Administração Tributária acerca da legitimidade do planejamento adotado:

5. Il contribuente puo' proporre interpello ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera c), per conoscere se le operazioni costituiscano fattispecie di abuso del diritto.

Ademais, o legislador impôs à administração o ônus de provar o abuso de direito e ao contribuinte o ônus de provar a existência da razão extrafiscal, mediante procedimento específico:

6. Senza pregiudizio dell'ulteriore azione accertatrice nei termini stabiliti per i singoli tributi, l'abuso del diritto e' accertato con apposito atto, preceduto, a pena di nullita', dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di sessanta giorni, in cui sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto.

7. La richiesta di chiarimenti e' notificata dall'amministrazione finanziaria ai sensi dell'[articolo 60 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600](#), e successive modificazioni, entro il termine di decadenza previsto per la notificazione dell'atto impositivo. Tra la data di ricevimento dei chiarimenti ovvero di inutile decorso del termine assegnato al contribuente per rispondere alla richiesta e quella di decadenza dell'amministrazione dal potere di notificazione dell'atto impositivo intercorrono non meno di sessanta giorni. In difetto, il termine di decadenza per la notificazione dell'atto impositivo e' automaticamente prorogato, in deroga a quello ordinario, fino a concorrenza dei sessanta giorni.

8. Fermo quanto disposto per i singoli tributi, l'atto impositivo e' specificamente motivato, a pena di nullita', in relazione alla condotta abusiva, alle norme o ai principi elusi, agli indebiti vantaggi fiscali realizzati, nonche' ai chiarimenti forniti dal contribuente nel termine di cui al comma 6.

9. L'amministrazione finanziaria ha l'onere di dimostrare la sussistenza della condotta abusiva, non rilevabile d'ufficio, in relazione agli elementi di cui ai commi 1 e 2. Il contribuente ha l'onere di dimostrare l'esistenza delle ragioni extrafiscali di cui al comma 3.

10. In caso di ricorso, i tributi o i maggiori tributi accertati, unitamente ai relativi interessi, sono posti in riscossione, ai sensi dell'[articolo 68 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546](#), e successive modificazioni, e dell'[articolo 19, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472](#).

11. I soggetti diversi da quelli cui sono applicate le disposizioni del presente articolo possono chiedere il rimborso delle imposte pagate a seguito delle operazioni abusive i cui vantaggi fiscali sono stati disconosciuti dall'amministrazione finanziaria, inoltrando a tal fine, entro un anno dal giorno in cui l'accertamento e' divenuto definitivo ovvero e' stato definito mediante adesione o conciliazione giudiziale, istanza all'Agenzia delle entrate, che provvede nei limiti dell'imposta e degli interessi effettivamente riscossi a seguito di tali procedure.

12. In sede di accertamento l'abuso del diritto puo' essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie.

E, por fim, a legislação italiana afastou os efeitos penais tributários:

13. Le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie.

Em sentido semelhante, na norma geral antiabuso do Reino Unido (*Part 5 General Anti-abuse Rule – GAAR*) positivada pelo *Finance Act 2013*¹¹ trouxe a preocupação com as notas que configuram *tax arrangements*, *abusive* e *tax advantage*. Há, também, detalhado procedimento a ser observado, que inclui a apreciação da matéria pelo *GAAR Advisory Panel (Schedule 43: General Anti-abuse Procedural Requirements)*¹².

Obviamente, não se está aqui a defender a simples adoção acrítica de textos normativos oriundos de ordens jurídicas distintas da brasileira. Entretanto, esta pequena incursão pelo direito comparado serve como um *choque de realidade*, pois possibilita-nos verificar como as legislações antiabuso já avançaram em outros Estados.

Como dito, os efeitos nefastos de planejamentos tributários abusivos e agressivos estão no centro das preocupações de países desenvolvidos e em desenvolvimento. Desta forma, tais avanços internacionais nos possibilitam entrever aspectos relevantes para o desenvolvimento da legislação brasileira, assim como da atuação da Administração Tributária, diante da realidade econômica anteriormente traçada.

III – Planejamentos legítimos, abusivos e agressivos.

Uma vez que há necessidade de fazer evoluir a legislação de combate aos planejamentos abusivos e agressivos, penso ser essencial delinear cada uma dessas figuras e distingui-las dos planejamentos legítimos.

¹¹ Disponível em <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/29/part/5>>.

¹² Disponível em <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/29/schedule/43/enacted>>.

Uma primeira observação necessária para que se compreenda a abordagem aqui esposada é que não trabalho com a nomenclatura elisão/evasão. Ou mesmo com a expressão elusão. A razão é simples: a polissemia envolta na utilização dessas expressões pela doutrina e jurisprudência de língua portuguesa.

Assim, parto da ideia de planejamentos *legítimos* e *não legítimos* em face de determinado sistema jurídico. Tal distinção é significativa porque leva em consideração não apenas a *letra da lei* – especialmente a *letra da lei tributária* – mas o sistema jurídico como um todo, estruturado a partir de princípios constitucionais, direitos e deveres fundamentais e composto pelo conjunto de normas válidas em determinado momento histórico.

Para ilustrar o tema, em termos práticos, um planejamento tributário, embora possa se utilizar de atos cujos conceitos não sejam vedados pelo sistema jurídico, pode constituir-se em arranjo artificial, carente de motivação extratributária, caracterizado por abuso de direito ou fraude à lei e, dessa forma, ser contrário ao sistema jurídico. Tal planejamento deve ser considerado abusivo e, por consequência, inoponível ao fisco, como será visto à frente.

Adoto, portanto, a seguinte caracterização de planejamento tributário legítimo¹³:

De plano afirma-se, para fins deste estudo, que os planejamentos tributários *stricto sensu*, nos termos definidos acima, configuram condutas legítimas inerentes à autonomia privada que utilizam meios e alcançam resultados pretendidos ou não vedados pelo sistema jurídico. Neste sentido, conforme será visto à frente, não é suficiente para configurar a legitimidade do planejamento tributário a mera observância formal ou literal da lei. Em outras palavras, não basta para configurar a legitimidade de um determinado planejamento tributário a utilização de atos cujos conceitos – individualmente considerados – remetam formalmente a classes permitidas ou não vedadas por determinado sistema jurídico.

¹³ NOGUEIRA, Carlos André Soares. *Planejamentos Tributários: limites e restrições da liberdade nos planejamentos abusivos e agressivos*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 25.

Diante de tal premissa, pode-se afastar da matéria de planejamento tributário as condutas que utilizam, como meio, atos cujos conceitos remetam a classes vedadas pelo direito e, portanto, violem frontalmente o sistema jurídico, em especial as condutas fraudulentas sujeitas a sanções penais. Não há como se considerar *planejamento tributário* a decisão do particular de transgredir dolosamente as normas tributárias ou mesmo as normas extratributárias¹⁴.

Quanto aos planejamentos tributários abusivos, encontram-se no campo denominado por Saldanha Sanches de *fraude à lei*. Saldanha Sanches recorre aos ensinamentos de Jorge Reis Novais¹⁵, para quem, em matéria de direitos fundamentais, o exercício abusivo de um direito consiste num “*exercício malicioso, de fraude à lei ou de aproveitamento mal intencionado da letra da lei para obter utilidades ou ganhos diversos dos que se contêm nos bens protegidos pelo respectivo direito fundamental*”.

Forte nessas lições, descrevo os planejamentos tributários abusivos nas seguintes palavras¹⁶:

Em resumo, os planejamentos tributários abusivos não resultam da efetiva organização da atividade empresarial que vá ao encontro de uma opção juridicamente válida. Ao revés, caracterizam-se como exercício abusivo do direito porque lhes falta razão extratributária e/ou utilizam formas artificiais ou indiretas, sem congruência entre motivos, operações e finalidades, visando contornar ilegitimamente a norma jurídica de incidência, deslocando, postergando, reduzindo ou evitando indevidamente a ocorrência do fato jurídico tributário e o nascimento do crédito tributário.

De forma, diversa, os planejamentos tributários agressivos integram, a princípio, o campo dos planejamentos tributários legítimos. Contudo, ao romperem com a capacidade contributiva, em razão da forte erosão ou

¹⁴ Em sentido semelhante, ver GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3^a. ed. São Paulo: Dialética, 2011., p. 89 e ss.

¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. 2^a edição. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 496 – 497.

¹⁶ NOGUEIRA, Carlos André Soares. *Planejamentos Tributários: limites e restrições da liberdade nos planejamentos abusivos e agressivos*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 32.

deslocamento das bases tributárias, os planejamentos agressivos são sujeitos a restrições por parte do Estado na sua função legiferante.

Entretanto, como será visto à frente, as normas de restrição de planejamentos agressivos são, na minha visão, substancialmente distintas das normas antiabuso.

Assim, adoto o seguinte sentido para planejamentos tributários agressivos¹⁷:

Ou seja, em sentido mais restrito, o planejamento tributário agressivo diferencia-se do abusivo por constituir-se na efetiva organização da atividade empresarial, com lastro em razões extratributárias operacionais ou organizacional-societárias, por meio de atos não artificiais e usuais da atividade econômica desenvolvida, que resulte também no aproveitamento das lacunas e disparidades internas e internacionais das ordens tributárias, tendo como consequência a significativa redução da carga tributária.

Releva salientar que o planejamento agressivo é um planejamento legítimo. A qualificação de “agressividade” advém do relevante impacto na carga tributária, que repercute, portanto, numa contribuição bastante inferior à capacidade contributiva, rompendo-se com o *fair share*. Assim, numa ponderação de princípios, o Estado pode, por meio da atividade legislativa, *fechar a porta* para o dito planejamento.

IV – Normas gerais antiabuso e de restrição dos planejamentos tributários agressivos.

Assim como foi preciso distinguir as figuras dos planejamentos tributários abusivo e agressivo, faz-se mister diferenciar as normas antiabuso e as normas de restrição dos planejamentos tributários agressivos.

Nos planejamentos tributários abusivos, ao utilizar formas artificiais com a finalidade única ou precípua de contornar a incidência tributária

¹⁷ NOGUEIRA, Carlos André Soares. *Planejamentos Tributários: limites e restrições da liberdade nos planejamentos abusivos e agressivos*. Curitiba: Juruá, 2019. p.34.

positivada pelo legislador, ou agir com abuso de direito ou fraude à lei, o sujeito passivo não está, juridicamente, a organizar sua atividade empresarial, seja na vertente econômica-operacional, seja na organizacional-societária. Está, de fato, a interferir indevidamente na esfera de domínio jurídico estatal, qual seja, nos efeitos jurídico-tributários dos atos realizados pelos particulares, pois estes efeitos devem ser *ex lege* e não *ex voluntate*.

Em síntese, nos planejamentos tributários abusivos, o sujeito passivo, ao proceder em contradição com o sistema jurídico de forma a tentar fazer a obrigação tributária derivar de sua vontade e não da lei, atua para além dos limites imanentes da liberdade. Encontra-se, portanto, para além do limite do manto de proteção jusfundamental da liberdade de iniciativa.

Daí dizer que a norma antiabuso tenha por escopo determinar o limite imane da liberdade de organizar a atividade empresarial. Uma vez extrapolado tal limite, a conduta não se encontra mais sob a proteção do manto jusfundamental.

Decorre dessa premissa que o controle de constitucionalidade de uma norma antiabuso não se funda no princípio da proporcionalidade, uma vez que não se trata de restringir a liberdade, mas de determinar seu limite. O ônus argumentativo do Estado é demonstrar – com fulcro nas normas constitucionais – porque a norma antiabuso aponta materialmente um limite da liberdade.

De forma diversa, os planejamentos tributários agressivos são – em princípio – condutas legítimas, inerentes à liberdade de gestão empresarial. São portanto, protegidas constitucionalmente conforme a lógica de proteção e promoção dos direitos fundamentais que anima a Constituição brasileira. Há, portanto, um dever jurídico do Estado de não interferir sem fundamento constitucional para restringir o exercício de tal liberdade.

Neste caso, para que seja constitucional a intervenção do Estado para restringir a liberdade empresarial, há que se respeitar o princípio da proporcionalidade.

Proporcionalidade, no presente contexto, deve ser entendida como princípio constitucional que assegure a proteção e a promoção dos direitos fundamentais em momentos de colisão com outros direitos ou deveres fundamentais de estatura constitucional. Em sua aplicação, em relação à liberdade que esteja sendo restrita, dois aspectos necessariamente devem ser observados: a *proibição de excesso* (de intervenção) e a *proibição da insuficiência* (da tutela)¹⁸.

Desta forma, não basta uma ideia genérica de *proporcionalidade*, mas um exame de proporcionalidade específico para a norma em questão. Há diversas formas de efetuar tal controle de proporcionalidade, sendo a mais comum composta dos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Uma vez estabelecidas as premissas acima, passo ao exame da norma veiculada pelo parágrafo único do artigo 116 do CTN.

V - Trata-se de norma que introduz novas hipóteses de descon sideração por parte da Administração Tributária de atos jurídicos realizados pelos particulares?

Sérgio André Rocha destaca que parte da doutrina pátria aponta uma certa irrelevância da norma contida no parágrafo único do artigo 116 do CTN. Segundo o autor¹⁹

O principal argumento desses autores era no sentido de que, ao falar em atos praticados para **dissimular** a ocorrência do fato gerador, este dispositivo estaria tratando de simulação, que sempre foi vedada pelo ordenamento jurídico. Portanto, segundo esta visão, o novo parágrafo único não deveria ser visto como uma norma geral antielusiva, como uma inovação no Direito Tributário Brasileiro, mas sim como uma regra de reforço da já existente

¹⁸ CANARIS, Klaus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. 4ª reimpressão da edição de 2003. Coimbra: Almedina, 2016. p. 122 - 123

¹⁹ ROCHA, Sérgio André. *Para que serve o parágrafo único do artigo 116 do CTN afinal?* In: GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sérgio André (Orgs.). *Planejamento Tributário: limites e desafios concretos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 489.

proibição de simulação como instrumento para se evitar, reduzir ou postergar o dever de pagar tributos.

Vale mencionar as lições de dois expoentes que transitam neste campo.

Início com o magistério do professor André Mendes Moreira²⁰, para quem o dispositivo deve ser interpretado como norma antievasiva que trata de simulação, sob pena de inconstitucionalidade. O autor sintetiza sua posição acerca da matéria com as seguintes palavras:

Como se vê, a disciplina do CTN é no sentido de se permitir o planejamento tributário pelas empresas, com o fim único de reduzir custos, economizando tributos. Nem mesmo a recente tentativa de introdução de uma norma geral antielisiva no Brasil (parágrafo único do art. 116 do CTN, nele acrescentado pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001) logrou êxito, face à posição já consagrada pela Constituição Federal e pelo próprio Código Tributário Nacional, no sentido de se exigir lei expressa para legitimar a cobrança de exações fiscais, o que torna nosso sistema jurídico incompatível com a edição de norma que permita tributar situações com base na intenção do contribuinte, e não nos atos efetivamente praticados por ele, afastando qualquer possibilidade de aplicação do *business purpose test* e da interpretação econômica do direito tributário. Outrossim, a própria redação conferida ao dispositivo não tem o condão de transformá-lo em norma geral antielisiva, restando claro, pela sua simples leitura, que se trata de norma que visa evitar a evasão fiscal, que ocorre através da simulação ou dissimulação. [...]

A desconsideração dos atos jurídicos autorizada pelo dispositivo limita-se àqueles em que o contribuinte visa a dissimular a ocorrência do fato gerador. Dissimulação, já se viu, é a prática de negócio para ocultar outro (há divergência entre a *intentio facti* e a *intentio juris*). Não se confunde, portanto, com o planejamento tributário [...]

Duas conclusões se aproprietam:

a) a redação do parágrafo único do art. 116 do CTN deixa claro tratar-se de norma anti-evasiva, e não antielisiva, não havendo qualquer impacto sobre o planejamento tributário das pessoas naturais e jurídicas;

²⁰ MOREIRA, André Mendes. *O planejamento tributário sob a ótica do Código Tributário Nacional*. In: GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sérgio André (Orgs.). *Planejamento Tributário: limites e desafios concretos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 84 – 87.

b) ainda que se tratasse efetivamente de norma antielisiva, tal dispositivo seria incompatível com o texto legal do próprio Código Tributário Nacional e com a ordem constitucional vigente, face às razões expostas.

Em sentido semelhante, o professor Paulo Ayres Barreto²¹ assevera que a dissimulação, que corresponde à simulação relativa, passou a ser regulada pelo parágrafo único do artigo 116 do CTN, conforme trecho abaixo:

O Código Tributário Nacional qualifica como ilícitas a ação fraudulenta, a conduta dolosa, a simulação e a dissimulação. Não configuram ilícitos, para fins de qualificação de evasão tributária, o ato normal de gestão e o negócio realizado com fins exclusivamente fiscais. O abuso de direito e o abuso de formas jurídicas podem caracterizar, para fins tributários, unicamente indícios de dissimulação. Vale dizer, o indício isoladamente considerado não autoriza a requalificação do fato jurídico tributário. Impõe-se a comprovação da ocorrência de dissimulação, a partir de tais indícios. Em outras palavras, a forma jurídica adotada pelo contribuinte somente poderá ser desconsiderada com base em argumentos de cunho substancialista quando estes efetivamente venham acompanhados de prova de ocorrência de fraude, dolo, simulação ou dissimulação. Fora dessas hipóteses, o ordenamento jurídico brasileiro prestigia a forma.

Em resumo, por força da inserção do parágrafo único ao art. 116 do CTN, passou a existir, em nosso ordenamento jurídico, tratamento específico à dissimulação, espécie do gênero simulação. Ocorrendo hipótese de simulação absoluta, deve ser aplicado o art. 149, VII, do CTN. Tratando-se de simulação relativa, isto é, de dissimulação, a norma aplicável é o parágrafo único do art. 116 do mesmo diploma legal, cuja eficácia técnica (sintática) está condicionada à edição de lei ordinária.

Neste ponto, peço licença aos mestres citados para divergir e adotar interpretação semelhante à defendida por André Folloni²², para quem o legislador adotou na Lei Complementar nº 104/2001 a expressão *dissimular* em sentido diverso daquele atribuído à conduta simulada, que dá azo

²¹ BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento Tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 228 – 229.

²² FOLLONI. *Planejamento tributário e norma antielisiva no direito brasileiro*. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 84.

ao lançamento de ofício conforme previsão do artigo 149, VII, do CTN. A uma, porque o legislador complementar não teria percorrido todo o processo de enunciação legislativa somente para introduzir um texto normativo que nada alterasse. A duas, porque utilizou o vocábulo dissimular e não simular, que já existia no CTN. A três, porque manteve exatamente a mesma redação proposta pelo Poder Executivo, que visava combater os planejamentos abusivos, evitados de abuso de formas ou de direito.

É oportuno notar, no entanto, que, mesmo nas posições acima mencionadas, não há controvérsias quanto ao lançamento tributário, quando a Administração Tributária comprovar a ocorrência de simulação. Esta é uma base comum às diversas posições teóricas, embora possam divergir na acepção do vocábulo simulação.

Mas, é preciso examinar o caso de outras patologias previstas no sistema jurídico que podem tornar atos jurídicos inoponíveis ao Fisco. No caso do sistema jurídico brasileiro, falo especificamente das hipóteses em que se comprove a ocorrência de abuso de direito e fraude à lei.

Estas duas patologias estão positivadas no Código Civil.

Prevê o artigo 166, VI, do Código Civil que o negócio jurídico é nulo quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa. Por sua vez, o artigo 187 do mesmo diploma legal determina que o abuso do direito configura ato ilícito.

Boa parte da doutrina, conforme acima mencionado, afasta a possibilidade de lançamento de ofício de crédito tributário em razão da comprovação de fraude à lei ou abuso de direito. As principais razões apontadas são a legalidade estrita, a tipicidade cerrada, a vedação à analogia, a inaplicabilidade ao direito tributário em razão da reserva de normas gerais à lei complementar.

Preliminarmente, antes de apreciar as questões acima mencionadas, penso ser oportuno expor a forma como compreendo as hipóteses de fraude à lei e abuso de direito.

Não se deve olvidar que o sistema jurídico é um sistema de normas voltadas para as condutas humanas em sociedade. Neste contexto, a fraude à lei e o abuso de direito constituem formas de burlar o sistema jurídico, obtendo, como anteriormente mencionado, ganhos diversos dos bens jurídicos protegidos pelo sistema. Neste sentido, caracterizam condutas abusivas e devem ser rechaçadas pelo sistema como um todo. Não representam apenas violações de natureza cível, mas ao ordenamento jurídico como um todo. São contrárias ao Direito. Portanto, a meu sentir, a vedação inserta no sistema jurídico ao abuso de direito e à fraude à lei estende-se ao todo normativo, ou seja, também ao direito tributário.

Há uma outra questão comumente posta, que diz respeito à reserva de lei complementar. Nesta seara, tenho que a possibilidade de apurar o crédito tributário que foi indevidamente contornado pelo abuso do direito ou pela fraude à lei advém do próprio poder-dever de realizar o lançamento tributário outorgado pelo artigo 142 do CTN à autoridade tributária:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Ora, como se poderia verificar a ocorrência do fato gerador e determinar a matéria tributável com base em um ato nulo ou ilícito?

A verificação da ocorrência do fato jurídico tributário implica a versão do evento do mundo fenomênico em linguagem competente para que o fato descrito possa ser cotejado com a hipótese contida na norma geral e abstrata. Parece-me certo que a descrição do fato em linguagem competente não pode estar respaldada na descrição de um ato nulo ou ilícito. O

fato jurídico tributário há de ser um ato lícito e não nulo. Daí a necessidade de requalificação por parte da autoridade fiscal.

Quanto ao princípio da legalidade e à ideia de tipicidade cerrada, tenho que a questão posta para análise não se volta para a interpretação da hipótese de incidência, ou seja, não se está a ampliar ou modificar a competência tributária ou os contornos do critério material da regra matriz de incidência tributária. Assim, na esteira da posição aqui esposada, permanece incólume a reserva de lei em sentido formal e a necessidade de que a própria norma legal traga todas as notas qualificadoras da hipótese tributária.

Da mesma forma, não se afeta a tipicidade, visto que o fato jurídico, requalificado em razão da nulidade ou ilicitude do ato praticado pelo sujeito passivo, deve se subsumir à hipótese normativa.

Também não se trata de aplicação analógica da regra matriz de incidência tributária. A analogia implica a utilização de determinada regra jurídica, com determinado conceito de fato em seu antecedente, para ser aplicada em relação a fato diverso, com o qual guarde certo grau de proximidade. O que se trata aqui é assaz diverso: trata-se de descrever em linguagem competente o fato jurídico despido dos atos nulos ou ilícitos. A tributação somente pode ocorrer se o fato descrito pela autoridade competente corresponder á hipótese tributária.

Na esteira das reflexões acima, que dão conta dos lançamentos tributários nas hipóteses de ilícitos típicos, simulação, fraude à lei e abuso de direito, parece-me que o sentido mais amplo do vocábulo “dissimular” utilizado pelo legislador complementar na redação do artigo 116, parágrafo único, do CTN pode ser interpretado como uma autorização direta do legislador complementar para que sejam desconsiderados atos eivados de outras patologias além destas.

Trata-se, a meu sentir, portanto, de uma autorização que pode ser mais ampla do que aquela já consagrada no artigo 149 do CTN. A melhor interpretação, neste sentido, seria de uma norma geral antiabuso tributário, ou seja, para além das patologias já mencionadas.

Parece-me que o Código Tributário Nacional já autoriza os lançamentos tributários em razão de simulação (absoluta ou relativa), abuso de direito e fraude à lei. Não seria restrito a esse sentido, portanto, que o legislador teria inovado ao inserir o parágrafo único no artigo 116 do CTN.

Todavia, não andou bem o legislador na redação que foi positivada. Anteriormente, neste artigo, tive a oportunidade de cotejar o texto normativo com normas internacionais e parece-me cristalina a carência relativa à configuração das hipóteses, ao ônus probatório, às garantias atribuídas ao sujeito passivo diante da atuação do Estado.

Nessa toada, parece-me que a melhor solução seria o legislador complementar entrar novamente em cena, como legítimo representante do povo, para fazer avançar as normas antiabuso, nos dois sentidos anteriormente referidos: como norma eficaz jurídica e tecnicamente e como garantia contra a atuação indevida do Estado.

Enquanto o legislador omite-se de matéria tão relevante para o sistema justributário pátrio, por outro lado, faz-se mister que o Supremo Tribunal Federal se debruce sobre a questão. A meu juízo, impor-se-ia uma interpretação conforme à constituição para delimitar os limites materiais da norma geral antiabuso.

Nos termos aqui defendidos, uma norma antiabuso, para que seja adequada ao sistema constitucional, requer que se aponte o limite da liberdade, ou seja, a partir de que ponto o particular passaria a extrapolar os limites de sua gestão e passaria a atuar indevidamente nos efeitos justributários dos atos praticados, impedindo de forma antijurídica o nascimento do crédito tributário.

Para ilustrar as hipóteses de avanço da atuação do Estado em razão da ampliação do escopo de atuação com fulcro na norma geral antiabuso, recorro às lições do professor Sérgio André Rocha²³:

²³ ROCHA, Sérgio André. *Para que serve o parágrafo único do artigo 116 do CTN afinal? In: GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sérgio André. Planejamento Tributário: limites e desafios concretos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 503 - 505.

Aqui cabe fazermos uma observação importante. Se é certo que o parágrafo único do artigo 116 inovou no ordenamento jurídico brasileiro, criando um conceito de dissimulação que não se equipara ao de simulação, é igualmente evidente que ele não foi editado para conferir uma competência tributária que a Administração Tributária sempre teve. Em outras palavras, claramente não se pode sustentar que este dispositivo tem uma espécie de eficácia declaratória, reconhecendo expressamente o que o Fisco sempre teve competência para fazer. Ou seja, o parágrafo único do artigo 116 do CTN tem que servir para alguma coisa.

[...]

Ou seja, no momento em que se reconhece que o Código Tributário Nacional tem uma regra geral antielusiva, há que se reconhecer que esta regra deve ser a base de fundamentação para a prática de atos de controle de elusão fiscal.

[...]

Ou seja, sempre que houver uma desnaturação artificial e evidente dos institutos do Direito Privado, estaremos diante de um ato simulado, o qual não requer a aplicação do parágrafo único do artigo 116 do CTN. Para sua desconsideração e requalificação. Esta posição parece encontrar apoio em grande parte da doutrina, seja em autores “solidaristas” ou em autores “pró-segurança”.

De outro lado, a desconsideração e requalificação de atos e negócios jurídicos que não sejam em si artificiais – por exemplo, quando existam razões econômicas e tributárias concorrentes – ou quando haja dúvidas interpretativas a respeito do alcance da legislação, somente pode ser feita com base no parágrafo único do artigo 116 do CTN e no procedimento a ser estabelecido com fundamento no mesmo.

A observação que parece-me necessária neste ponto é relembrar que a norma geral antiabuso deve ser sustentada juridicamente nas normas constitucionais que delimitem a liberdade da gestão empresarial. Não se pode revestir de tal grau de amplitude que configure autorização à Administração Tributária para desqualificar os atos jurídicos simplesmente por não concordar com a forma como foram feitos.

O ônus argumentativo para dar suporte constitucional à norma geral antiabuso é do Estado e somente com tal suporte a interpretação adotada pela Administração Tributária poderá ser válida do ponto de vista constitucional.

VI – E a restrição dos planejamentos agressivos?

Tomando em consideração as distinções anteriormente feitas entre planejamentos abusivos e agressivos, bem como entre normas antiabuso e restritivas de planejamentos agressivos, penso que o parágrafo único do artigo 116 do CTN, com a redação dada, não se dirige aos planejamentos legítimos, mesmo que considerados *agressivos* pelo Estado.

Trata-se de uma posição de prudência em relação à atuação do Estado.

Como dito anteriormente, a temática dos planejamentos tributários agressivos é deveras relevante para a eficácia do sistema tributário em termos de arrecadação de recursos para a atuação do Estado, bem como para a implantação de uma matriz tributária mais solidária e igualitária.

Entretanto, no atual patamar de desenvolvimento do sistema jurídico nacional, ainda não consigo vislumbrar a possibilidade de uma autorização genérica à Administração Tributária para desconsiderar atos jurídicos com fulcro no princípio da capacidade contributiva.

Pode ser que cheguemos lá. Mas, ainda não é este o momento.

Assim, ainda não temos como concordar com a posição de Marco Aurélio Greco, que foi descrita pelo professor Sérgio André Rocha²⁴ nos seguintes termos:

Então, qual o propósito do parágrafo único do artigo 116 do CTN na visão de Greco?

Marco Aurélio sustenta que seria possível a desconsideração (1) de atos lícitos, (2) praticados sem qualquer patologia ou artificialidade, com base no princípio da capacidade contributiva positiva. Assim, em sua análise do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional a conclusão é a de que este dispositivo foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro exatamente para viabilizar a desconsideração de atos praticados pelo contribuinte sem a presença de qualquer patologia.

²⁴ ROCHA, Sérgio André. *Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019. p. 136.

Os planejamentos agressivos, já mencionados alhures, efetivamente rompem com a capacidade contributiva. Neste ponto, comungo com as ideias de Marco Aurélio Greco. E também concordo que o Estado possa, na sua atividade legiferante, *fechar a porta* para que tais planejamentos ocorram.

No entanto, a atuação do Estado neste diapasão configuraria uma restrição do âmbito da liberdade. Restrição que é plenamente possível, desde que sujeita à apreciação constitucional com fundamento no princípio da proporcionalidade.

Não se deve olvidar que a atuação do Estado na compressão dos direitos fundamentais somente se justifica em razão de outros fundamentos constitucionais (o que, no caso, penso existir). Mas, além disso, deve observar os princípios da *proibição de excesso* (de intervenção) e da *proibição da insuficiência* (da tutela). Em síntese, a norma de restrição da liberdade deve ser defensável constitucionalmente diante do teste da proporcionalidade.

Não me parece – como dito, neste momento de nosso processo civilizatório – que a norma do parágrafo único do artigo 116 do CTN possa ser uma espécie de norma geral de restrição de planejamentos tributários agressivos, simplesmente porque não vislumbro a possibilidade do controle de constitucionalidade nos termos expostos.

VII – E a necessidade de procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária?

Tratando-se de norma geral antiabuso para além das patologias atualmente contempladas pelas demais normas complementares, como os ilícitos típicos, a simulação, a fraude à lei e o abuso de direito, conforme defendido neste texto, creio que seria salutar a positivação de norma procedimental própria adequada ao alcance da interpretação proposta. É o que nos mostrou a breve incursão pelo direito comparado

Contudo, levando-se em consideração os limites materiais da norma jurídica em questão anteriormente desenvolvidos, não vislumbro que os sujeitos passivos que venham a enfrentar a discussão acerca de planejamentos tributários abusivos necessitem de maiores garantias formais e procedimentais que outros contribuintes que também enfrentam a atuação do Estado no campo tributário. Não conseguiria entender porque uma pessoa física assalariada que tenha um lançamento tributário decorrente de malha fiscal possa ser submetida a um processo com menos garantias que uma pessoa jurídica que tenha estruturado um planejamento tributário.

Assim, não vejo que a falta de uma norma procedimental específica afete a eficácia técnica da norma do parágrafo único do artigo 116 do CTN. Evidentemente, há que existir uma norma legal procedimental, mas esta pode ser a norma que atenda a todos os contribuintes.

Conclusão

O parágrafo único do artigo 116 do CTN pode ser interpretado como norma geral antiabuso, para além das hipóteses já consagradas da legislação relativas aos ilícitos típicos, à simulação, à fraude à lei e ao abuso de direito.

Nesta toada, incumbe ao Estado apontar os limites da liberdade de iniciativa em face de outros princípios e deveres fundamentais constitucionais, ou seja, sustentar com fulcro nas normas constitucionais os limites materiais das hipóteses de dissimulação a serem desconsideradas pela Administração Tributária.

Entretanto, ainda não seria possível, no atual estágio de desenvolvimento, considerar a norma do parágrafo único do artigo 116 do CTN como uma norma geral de restrição de planejamentos tributários agressivos.

Por fim, embora entenda que seria salutar a positivação de norma procedimental adequada à norma geral antiabuso, penso que as normas

processuais atuais são suficientes para conferir eficácia técnica à norma legal, em razão da parte final do texto normativo.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição, 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Reimpressão da 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

BARRETO, Paulo Ayres. Planejamento tributário: limites normativos. São Paulo: Noeses, 2016.

CALDAS, Marta. O conceito de planeamento fiscal agressivo: novos limites ao planeamento fiscal? Cadernos IDEFF, 18. Coimbra: Almedina, 2015.

CANARIS, Klaus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. 4ª reimpressão da edição de 2003. Coimbra: Almedina, 2016.

DE LA FERIA, Rita. “Evolução do conceito de abuso do direito no âmbito do direito fiscal comunitário”, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, ano 1, nº 2. Coimbra: Almedina, 2008. p. 197 - 225.

GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sérgio André (Orgs.). *Planejamento Tributário: limites e desafios concretos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário. 3ª. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito (coord.). Planejamento Tributário. São Paulo: Malheiros, ICET, 2016.

NABAIS, José Casalta, “Da sustentabilidade do Estado fiscal”, In Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise, sob a coordenação de José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, Coimbra, Almedina, 2011, p. 11 - 59;

NOGUEIRA, Carlos André Soares. *Planejamentos Tributários: limites e restrições da liberdade nos planejamentos abusivos e agressivos*. Curitiba: Juruá, 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição. 2ª edição. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

ROCHA, Sérgio André. *Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

SANCHES, José Luís Saldanha. Os limites do planeamento fiscal: substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

Os Princípios Gerais do Direito Processual Constitucional no Ordenamento Jurídico Português

*Ednan Galvão Santos*¹

1. Introdução: por que o processo constitucional?

Por imperativo sistêmico, que atribui à Constituição *status* privilegiado na ordem jurídica, sobrepõe em relevância o estudo dos princípios do Direito Processual Constitucional. Analisar esses princípios significa adentrar à própria dinâmica normativa e procedimental da justiça constitucional e, por consectário, à salvaguarda da ordem constitucional enquanto sistema normativo hierarquicamente superior no âmbito do ordenamento jurídico positivo do Estado.

Com efeito, o processo constitucional logra destacada importância para o ordenamento jurídico brasileiro e para o Direito português. O objeto deste artigo é o exame dos princípios gerais do Direito Processual na ordem jurídica portuguesa. Reservamos para um esforço futuro, portanto, o estudo desses princípios no âmbito do Direito brasileiro.

2. Processo legal, processo judicial, processo constitucional

Preliminarmente à definição de “processo constitucional”, trazemos à baila algumas considerações que julgamos relevantes sobre a noção da palavra “processo”. Trata-se de um pressuposto de compreensão.

¹ Mestre em Direito Constitucional e Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Professor. Advogado.

Para além de sua etimologia², o termo em análise pode ser aplicado em diferentes acepções. Conforme prelecionam Dimitri Dimoulis e de Soraya Lunardi, “exemplos de processos são infinitos, tendo cada tipo de processo suas particularidades”. Por exemplo, a expressão indica, no vocabulário científico, uma sequência de atos e acontecimentos que estão relacionados e levam a algum resultado. À luz desta perspectiva, temos o processo de produção de uma mercadoria. Neste caso, o processo pode ser entendido como a série de ações que viabilizam a confecção do produto: a compra de matérias-primas, sua transformação com determinadas técnicas e ferramentas, até o acabamento, os controles de qualidade, o armazenamento, o transporte, logística e contabilidade. De igual modo, o romancista passa por um processo de criação desde a busca de informações sobre eventos que serão relatos na obra e o trabalho de redação com todas as suas etapas até as revisões do texto por especialistas, as conversas com editores e outras ações que ensejam, gradualmente, a transformação da tela branca do computador em um livro acabado³.

Ainda no tocante à noção de “processo”, entendem os autores que três elementos devem ser analisados. Destarte, passamos a abordar o processo como abstração, a forma de estudar o processo e o processo como sequência temporal.

Diferentemente da palavra “livro”, que expressa uma coisa existente na realidade, o processo é “uma criação do nosso espírito”, uma abstração. Só existem na realidade social os atos concretos de um processo, mas quem considera que determinado ato integra uma sequência processual é o observador. O processo pode ser encarado, por esta perspectiva, como “construção teórica que nos permite melhor entender o mundo”⁴.

² O termo deriva do latim *procedere* e significa avanço, progresso, transcurso, desenvolvimento, fluência.

³ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p 1.

⁴ Acrescem os autores: “Se o processo é uma construção teórica, baseada na observação da realidade e na extração de seus elementos típicos e marcantes, os teóricos dos sistemas acrescentam que o termo *processo* é uma abstração de segunda ordem, pois é utilizado para indicar vários tipos de processos que são fundamentalmente diferentes entre si. Por isso é necessário especificar a que tipo de processo nos referimos. Quando, por exemplo, um estudante de direito encontra nas prateleiras da biblioteca livros denominados ‘Teoria Geral do Processo’ e, em muitas faculdades, cursa uma disciplina com o mesmo nome, deve ter consciência de que não será feita referência a uma teoria do

Preferimos, nesta linha de intelecção, adotar outros termos: uma construção teórica que permite adaptarmo-nos melhor ao mundo.

Quanto à forma de analisar o processo, é possível situá-la nas pessoas nele envolvidas bem como na sequência dos seus atos. Diferentemente do que sucede nas análises psicológicas, antropológicas e sociológicas – nas quais o foco da análise repousa sobre o comportamento das pessoas envolvidas –, no Direito os processos analisam a sequência de atos, independentemente da volição e da conduta dos atores processuais. Impende ressaltar que não se confundem o estudo tipicamente jurídico-processual e a perspectiva da Sociologia Jurídica. Os estudos processuais acerca da influência da ideologia ou da origem social no comportamento dos julgadores ou das partes concernem à seara sociológica do Direito “e pouco interesse despertam no mundo jurídico”⁵.

Por fim, temos o processo como sequência temporal. Este elemento decorre de uma característica fundamental do processo: o fato de ter um começo e um fim. O processo não pode se eternizar. Começa com uma ação (*input*) e termina com um resultado (*output*). Há processos nos quais os momentos de começo e fim são definidos por regras rígidas ou por decisões dos agentes ou dos observadores. É o caso do Direito.

Feitas estas considerações, cumpre analisarmos os conceitos de “processo legal”, “processo judicial” e, enfim, “processo constitucional”. A primeira expressão se refere ao significado específico de “processo” que o sistema jurídico adota. Destarte, é processo legal todo modo de agir juridicamente, *i.e.*, de alcançar “um resultado jurídico, lei, decisão administrativa ou ato jurídico”. No Direito, as normas aplicáveis ao processo vinculam as autoridades estatais e os particulares e objetivam salvaguardar o *due process of law*. É possível atribuímos uma natureza

processo em geral (abstração de segunda ordem), nem mesmo a todos os processos legais *abstração de primeira ordem). Esses cursos e livros só analisam uma fatia do fenômeno processual, qual seja, o processo judicial centrado no direito brasileiro e na experiência de alguns países europeus das últimas décadas. O aluno deve ter consciência de que há uma enorme distância entre a teoria geral do processo (que deveria englobar todos os processos), estudada pela teoria e filosofia dos sistemas, e a teoria geral do processo no ensino jurídico” (*Idem, ibidem*, p. 2).

⁵ *Idem, ibidem*, p. 3.

dialética ao processo, eis que, em regra, os interessados possuem as faculdades de apresentação e fundamentação de suas pretensões.

Em Direito, o termo “processo” possui diferentes acepções. Pode indicar, por um lado, o conjunto de normas que constitui o Direito Processual; ou, diversamente, “processos concretos que são regulamentados pelo Direito Processual”. Destarte, “Quem estuda o processo não examina o andamento de processos concretos. Procura conhecer, compreender e sistematizar as regras que regem esses processos concretos”⁶.

Que se entende, ademais, por “processo judicial”? Um processo judicial é um processo legalmente regulamentado e realizado pelo Poder Judiciário. De acordo com Dimoulis e Lunardi, são três as características que devem ser contempladas pelas decisões judiciais (e que devem guiar a atuação do julgador): o respeito às regras formais (para evitar a arbitrariedade); a definitividade das decisões (formação da coisa julgada, para evitar a eternização do conflito e impedir a ineficiência da justiça); a celeridade (para evitar prejuízos a quem necessita de resposta em tempo hábil).

Após a definição de “processo legal” e de “processo judicial”, passamos ao ponto mais importante deste tópico: a definição de “processo constitucional”. Este tema não revela uma unanimidade. Verificamos na doutrina definições mais amplas e outras mais restritas. Em sua origem, porém, a semântica é restrita. Com efeito, o conceito de processo constitucional originou-se na doutrina europeia com espeque no modelo concentrado – kelseniano – de controle de constitucionalidade. Nesse diapasão, o processo constitucional atine, em sua origem, às normas processuais que regem a fiscalização de constitucionalidade à luz de um modelo concentrado. Nesta acepção estrita, o processo constitucional possui normas que não concernem ao processo comum, o que caracteriza a sua autonomia. Ademais, daí decorre um desiderato específico do processo constitucional: a guarda da ordem constitucional, objetivamente

⁶ *Idem, ibidem*, pp. 6-7.

considerada. Desta finalidade é consecutória a natureza objetiva do processo constitucional. Trata-se, pois, de um processo objetivo⁷.

Há quem apregoe um “sentido amplíssimo” à doutrina brasileira relativamente ao conceito de processo constitucional⁸. Sem embargo, há autores brasileiros que reivindicam uma aceção restrita de processo constitucional. É o caso, *v.g.*, de Dimoulis e Lunardi: “adotamos a definição estrita; entendemos o direito processual constitucional como parte do direito constitucional que estuda a configuração dos processos constitucionais, realizados tanto por órgãos jurisdicionais como pelos demais poderes estatais”⁹.

As considerações da doutrina brasileira serão verticalizadas em estudo próprio, que dedicaremos aos princípios do Direito Processual Constitucional no âmbito da ordem jurídica brasileira. No presente artigo, no entanto, daremos ênfase à doutrina de Portugal, por se tratar de um estudo sobre o Direito Processual Constitucional à luz da ordem jurídica daquele País.

Na ordem jurídica portuguesa o processo constitucional logra autonomia, “na medida em que é por ele, e não pelo processo comum, que se dá a verificação de constitucionalidade referente a questões concretas”. Neste ponto, há uma importante distinção entre a ordem lusitana e a ordem constitucional brasileira. Com efeito, em nosso Direito Constitucional, há “caminhos diferentes para a fiscalização em concreto e para a fiscalização em abstrato”. Conforme preleciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

⁷ Neste sentido, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os Princípios do Processo Constitucional. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. 49, nº 1 e 2 (2008), p. 326.

⁸ Entende Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “no Brasil, a doutrina utiliza a expressão num sentido amplíssimo. É o que se depreende do livro *Teoria Geral do Processo* de autoria dos Profs. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. No seu apreciado manual, entendem que ‘o direito processual constitucional abrange, de um lado, a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária; b) de outro, a jurisdição constitucional’. Quanto a esta última, ensinam compreender ‘o controle de constitucionalidade das leis e atos da administração, bem como a chamada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais processuais – *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular” (*Idem, ibidem*, p. 327).

⁹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Op. cit.*, p. 12. Pese embora a convicção dos autores quanto ao perfil estrito dessa definição, trata-se, ainda – a nosso sentir –, de uma aceção demasiado ampla para o parâmetro originário de matriz europeia. É dizer: ainda que constitua uma definição menos ampla comparativamente às demais definições da doutrina pátria, não chega a ser estrita se compararmos à doutrina europeia.

no sistema difuso de controle de constitucionalidade o processo não é autônomo porque as normas aplicáveis “são normas comuns do processo comum”; a natureza do processo difuso não é objetiva, mas subjetiva, pois “visa à tutela dos interesses juridicamente protegidos, dos direitos subjetivos do cidadão, aqui incluídos os direitos fundamentais”¹⁰.

3. Conceito, fontes, funções e extensão do direito processual constitucional

José Joaquim Gomes Canotilho apresenta duas definições de direito processual constitucional. Em sentido amplo, “por direito processual constitucional entende-se o conjunto de regras e princípios positivados na Constituição e noutras fontes de direito (leis, tratados) que regulam os procedimentos juridicamente ordenados à solução de questões de natureza jurídico-constitucional pelo Tribunal Constitucional”.

A respeito da Corte em comento, dispõe o artigo 221º da Constituição da República Portuguesa: “O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional”. *Scilicet*, cabe ao Tribunal Constitucional administrar a justiça constitucional – definida por Fernando Alves Correia como “expressão máxima da garantia da observância das regras e princípios constitucionais pelas leis e demais atos normativos do poder público, em suma como garantia do respeito da ordem de valores condensada na Lei Fundamental do Estado”¹¹ –, cujos pressupostos são três princípios

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, pp. 326-327. A seguinte passagem, retirada da doutrina de Dimoulis e Lunardi, confirma a falta de uma autonomia absoluta do processo constitucional no Direito brasileiro: “O direito processual constitucional, além de ser parte do direito constitucional, faz parte do direito processual, ao lado do processo civil, penal ou trabalhista. Tem elementos em comum com esses tipos de processo”. Estes autores fazem, não obstante, importante ressalva: o processo constitucional não guarda apenas interseções com os outros tipos de processo, eis que possui certas peculiaridades: “No ensino jurídico são utilizados livros de ‘Teoria geral do processo’ que apresentam, supostamente, as características comuns e essenciais das várias formas de processo. Os manuais dessa disciplina apresentam dois problemas teóricos. Primeiro, ignoram os processos não jurisdicionais, apresentando o processo como sinônimo da atividade do Judiciário. Segundo, ignoram as peculiaridades do processo constitucional, apresentando-o como apêndice do processo civil” (DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Op. cit.*, pp. 12-13).

¹¹ CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 22.

essenciais do constitucionalismo moderno: “o primeiro é a conceção normativa da Constituição e o seu entendimento como lei suprema ou como lei maior (*higher Law*) do Estado, como norma das normas (*norma normarum*), como estalão normativo superior de um ordenamento jurídico”; o segundo princípio “é a elevação da Constituição a parâmetro de validade de todos os atos do poder público”, cuja expressão no ordenamento jurídico português reside no artigo 3º, nºs 2 e 3, da Constituição da República; o terceiro “é o de que a garantia da Constituição deve ser essencialmente uma garantia judicial, devendo a tarefa de guarda da Constituição (*Hüter der Verfassung*), de acordo com a sugestão de H. Kelsen, ser efetivamente confiada a um tribunal próprio e específico, situado fora da ordem ou das ordens judiciárias comuns, e integrado por juízes, não designados ordinariamente de entre os membros do corpo de magistrados de carreira, mas objeto de um processo de escolha especial, com participação preponderante de um órgão político (*in casu*, a Assembleia da República), e assim recebendo uma qualificada legitimação”¹².

A definição *lato sensu* de Direito Processual Constitucional, a seu turno, abrangia “os vários processos correspondentes às várias funções do Tribunal Constitucional: processo de controlo da constitucionalidade e da legalidade, processo de julgamento da regularidade e validade dos actos de procedimentos eleitorais, processo de extinção dos mesmos, processo de verificação prévia da constitucionalidade e legalidade dos referendos, processos relativos aos recursos respeitantes à perda de mandato e às eleições realizadas na Assembleia da República e nas assembleias legislativas regionais, processo referente ao julgamento das acções de impugnação de eleição e deliberação dos actos de partidos políticos susceptíveis de

¹² *Idem, ibidem*, pp. 22-27. Sobre a natureza do Tribunal Constitucional, Fernando Alves Correia elenca quatro assertivas. Em primeiro lugar, trata-se de um órgão de carácter jurisdicional, que “resulta essencialmente do seu estatuto, do processo de formação das suas decisões e da natureza da sua actividade”. A segunda característica é a de que o Tribunal Constitucional situa-se no topo da hierarquia dos tribunais, “uma vez que as suas decisões são irrecorríveis para qualquer outro tribunal”. Em terceiro lugar, “é, sob o ponto de vista organizatório, um órgão constitucional, concebido pela nossa Constituição não apenas e simplesmente como uma outra ordem de jurisdição, ao lado ou em paralelo com as restantes, mas também como um órgão de soberania”. Por fim, “é o órgão superior da justiça constitucional - e, por isso, o intérprete supremo da Constituição, ao qual é reservada a última palavra sobre a interpretação das normas constitucionais” (*Idem, ibidem*, pp. 169-170).

recurso, processo de verificação e declaração da incapacidade de qualquer candidato a Presidente da República, processo de verificação da perda do cargo de Presidente da República”¹³.

A conceituação em tela tem por fundamento o artigo 223º da Constituição da República Portuguesa. *In verbis*:

1. Compete ao Tribunal Constitucional apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277º e seguintes.
2. Compete também ao tribunal constitucional:
 - a) Verificar a morte e declarar a impossibilidade física permanente do Presidente da República, bem como verificar os impedimentos temporários do exercício das suas funções;
 - b) Verificar a perda do cargo de presidente da República, nos casos previstos no nº 3 do artigo 129º e no nº 3 do artigo 130º;
 - c) Julgar em última instância a regularidade e a validade dos atos de processo eleitoral, nos termos da lei;
 - d) Verificar a morte e declarar a incapacidade para o exercício da função presidencial de qualquer candidato a Presidente da República, para efeitos do disposto no nº 3 do artigo 124º;
 - e) Verificar a legalidade da constituição de partidos políticos e suas coligações, bem como apreciar a legalidade das suas denominações, siglas e símbolos, e ordenar a respetiva extinção, nos termos da Constituição e da lei;
 - f) Verificar previamente a constitucionalidade e a legalidade dos referendos nacionais, regionais e locais, incluindo a apreciação dos requisitos relativos ao respetivo universo eleitoral;
 - g) Julgar a requerimento dos Deputados, nos termos da lei, os recursos relativos à perda do mandato e às eleições realizadas na Assembleia da República e nas Assembleias Legislativas das regiões autónomas;
 - h) julgar as ações de impugnação de eleições e deliberações de órgãos de partidos políticos que, nos termos da lei, sejam recorríveis.

Acerca da previsão constitucional das competências do Tribunal Constitucional, trazemos a lição de Fernando Alves Correia. Explica o autor que “as competências do Tribunal Constitucional estão, no que respeita ao seu núcleo essencial, tipificadas na Constituição. A tipificação

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 965.

constitucional das competências do Tribunal Constitucional é algo que não carece de justificação: sendo a missão essencial do Tribunal Constitucional garantir a observância das regras e princípios constitucionais pelos diversos órgãos do Estado, é natural que o cerne das suas competências esteja tipificado na Constituição. É isso o que faz o artigo 223º da nossa Constituição”¹⁴.

O Direito Processual Constitucional *stricto sensu*, por sua vez, tem como objeto o processo constitucional, o qual “reconduz-se a um complexo de actos e formalidades tendentes à prolação de uma decisão judicial relativa à conformidade ou desconformidade constitucional de actos normativos públicos. Neste sentido, o processo constitucional é o processo de fiscalização da inconstitucionalidade de normas jurídicas”. Deve-se acrescentar, ainda, que “no ordenamento português, o processo constitucional abrange também a fiscalização da ilegalidade de certos actos normativos desconformes com leis reforçadas. Num caso e noutro visa-se instituir um processo regulador da garantia jurisdicional da Constituição”¹⁵. Confirma-se, assim, o que antecipamos linhas atrás: em uma acepção estrita, o processo constitucional, no âmbito do Direito português, concerne às normas de salvaguarda jurisdicional da Constituição, mediante o controle de validade (constitucionalidade e legalidade), com fulcro no artigo 223º/1 da CRP: “Compete ao Tribunal Constitucional apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277º e seguintes”.

Alerta Gomes Canotilho para a diferença conceitual existente entre direito processual constitucional, seja em sentido amplo ou em sentido estrito, e direito constitucional processual, que tem como objeto o estudo das regras e princípios de natureza processual positivados na Constituição da República e materialmente constitutivos do *status activus processualis* na

¹⁴ CORREIA, Fernando Alves. *Op. cit.*, p. 171.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, pp. 965-966.

ordem portuguesa, razão pela qual abrange as normas constitucionais concernentes ao processo penal¹⁶.

Não se confundem, outrossim, direito processual constitucional e direito constitucional judicial, pese embora a existência de pontos de contato entre eles. Com efeito, “o direito constitucional judicial é constituído pelo conjunto de regras e princípios que regulam a posição jurídico-constitucional, as tarefas, o *status* dos magistrados, as competências e a organização dos tribunais”¹⁷.

Quanto às fontes do Direito Processual Constitucional na ordem jurídica portuguesa, a mais relevante, por evidência, é a Constituição da República de 1976, que disciplina diferentes dimensões do processo constitucional: os tipos de processos, a legitimação ativa e passiva, o objeto de controle, os efeitos das decisões, o sistema de recursos. Denomina-se “Direito Processual Formalmente Constitucional” o conjunto de normas constitucionais concernentes ao processo constitucional¹⁸.

A segunda fonte mais importante é a Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional. Abreviadamente designada por LTC, esta lei foi alterada pela Lei nº 28/82, de 15 de Novembro, que

¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 966. Acrescenta o autor: “Alude-se aqui ao direito constitucional processual penal ou constituição processual penal (cfr., sobretudo, artigo 32º da CRP). A doutrina refere também o direito constitucional processual administrativo ou constituição processual administrativa para dar ordenação ao conjunto de regras e princípios constitucionais processualmente relevantes para o julgamento de litígios respeitantes a relações jurídico-administrativas e fiscais (cfr., sobretudo, artigo 268º da CRP). Na mesma perspectiva, passou também a ganhar foros de cidade o direito constitucional processual civil ou constituição processual civil para exprimir o conjunto de normas constitucionais processualmente relevantes para o julgamento das chamadas causas cíveis ou civis. Embora não haja na Constituição um recorte tão preciso como o que existe relativamente ao processo constitucional penal e, em certa medida, ao direito processual administrativo, nem por isso se pode falar de indiferença constitucional relativamente ao processo civil. Por um lado, algumas dimensões processuais constitucionais relativas à justiça penal e à justiça administrativa são aplicáveis também à justiça civil. É o caso, por exemplo, do direito às garantias de defesa (...). Por outro lado, existem dispersos pela Constituição determinados princípios que, além de serem direitos fundamentais processuais (...), constituem também princípios constitutivos de toda a ordem processual. É o que se passa, por exemplo, com o princípio da imparcialidade (...). O direito constitucional processual conforma também o direito processual constitucional. A pluralidade de processos jurisdicionais (penais, civis, administrativos, fiscais) não perturba a existência de um paradigma constitucional processual informado pelos princípios que se acabam de referir. A existência de um paradigma processual na Constituição portuguesa obriga a estudar e a analisar os diferentes processos não apenas na sua configuração concreta dada pela lei ordinária (os códigos processuais ordinários), mas também sob o ângulo da sua conformidade com as normas constitucionais respeitantes às dimensões processuais das várias jurisdições. O direito processual constitucional estará também, nesta medida, vinculado ao paradigma constitucional do processo (*Idem, ibidem*, p. 966-967).

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 967.

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 968.

foi alterada pela Lei n^o 143/85, de 26-11, pela Lei n^o 85/89, de 7-9, pela Lei n^o 88/95, de 1-9, e pela Lei n^o 13-A/98, de 26-2. São também consideradas fontes do processo constitucional as normas de outras leis ou códigos processuais, especialmente quando consultadas por reenvio da própria LTC. Por fim, é referida a jurisprudência do Tribunal Constitucional como fonte de Direito Processual Constitucional. Adverte Gomes Canotilho, neste ponto, que “o Tribunal Constitucional não é dono do processo constitucional”, em que pese a circunstância de que “a extrinsecação metódica dos preceitos constitucionais conduz, no entanto, à estabilização de precedentes, a uniformizações jurisprudenciais ou reiterações de doutrina que acabam por se transformar, de facto, em regras processuais”¹⁹.

Quais seriam as funções do Direito Processual Constitucional? A primeira delas já foi abordada no presente estudo. Trata-se do desiderato precípua do processo constitucional no Direito português: a salvaguarda da ordem constitucional objetivamente considerada. Nas palavras de Gomes Canotilho: “através dos processos constitucionais garante-se, desde logo, a Constituição. Garantir a Constituição contra normas inconstitucionais significa proteger a ordem constitucional objectiva”²⁰. Com efeito, ao lado da fiscalização da inconstitucionalidade, deve-se acrescer a fiscalização da ilegalidade, “daí a inserção dos processos de fiscalização da constitucionalidade (e da legalidade reforçada) na Parte IV referente à garantia (e revisão) da Constituição”²¹.

A segunda função do Direito Processual Constitucional na ordem lusitana é a demarcação de competências constitucionalmente consagradas. *Id est*: os processos constitucionais instrumentalizam o Tribunal Constitucional quanto ao recorte de suas competências em face de outros órgãos

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 968.

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 969.

²¹ *Idem, ibidem*, p. 969. Ressalta Canotilho que “a garantia da Constituição como ordem constitucional objectiva não exclui a incidência das dimensões subjectivas relacionadas com a protecção dos direitos subjectivos das pessoas físicas e colectivas. Estas dimensões são particularmente relevantes no processo de fiscalização concreta” (*Idem, ibidem*, p. 969).

constitucionais – o legislador, a Administração Pública e outros Tribunais portugueses.

A terceira e derradeira função atine à garantia da funcionalidade do sistema de controle de constitucionalidade. É através do Direito Processual Constitucional que são clarificadas “as regras do jogo da jurisdição constitucional, seleccionam-se os princípios processuais estruturantes, e fornece-se a abertura para, através do processo, se legitimar o Estado constitucional e se dinamizar a juridicidade do Estado de direito”²².

Finalizamos este tópico com a abordagem da extensão do Direito Processual Constitucional. Como vimos linhas atrás, ele se caracteriza pela assunção de variadas funções. Por esta razão, Canotilho destaca a característica da “multifuncionalidade” do Direito Processual Constitucional. Em que pese a existência de distintas funções, é certo que o seu núcleo fundamental liga-se ao exercício da jurisdição pelo Tribunal Constitucional português. Neste passo, “é habitual, também, o direito processual constitucional regular a magistratura constitucional, desde o *status* dos juízes até à estrutura orgânica e à individualização das competências constitucionais e legais do Tribunal Constitucional”. O notável conimbricense põe em dúvida se no processo constitucional devem ser integradas tarefas metódicas de revelação do direito constitucional material. Saliencia que “dizer o direito através do processo significa sempre realização do direito constitucional”, o que é, a nosso sentir, inerente ao exercício da jurisdição. Coisa diferente, adverte o autor, “é a transmutação do processo constitucional em tratado de interpretação e concretização da Constituição”. Em síntese, o objeto do Direito Processual Constitucional apresenta três aspectos, dimensões ou núcleos essenciais, quais sejam: a jurisdição constitucional, os processos constitucionais e a magistratura constitucional²³.

²² *Idem, ibidem*, p. 970.

²³ *Idem, ibidem*, p. 970.

4. Princípios gerais do Direito Processual Constitucional na ordem portuguesa

Chegamos, finalmente, ao tópico principal de nosso estudo – o que não exclui a importância dos pontos precedentes, enquanto verdadeiros pressupostos de compreensão para o que vai ser abordado agora.

A doutrina portuguesa não é unânime quanto à enumeração dos princípios gerais do Direito Processual Constitucional. Há autores que enfatizam o aspecto estrutural, enquanto outros preferem acentuar a dimensão instrumental desses princípios.

Jorge Miranda leva em consideração as duas dimensões (estrutural e instrumental) e entende que, além princípios comuns a todas as formas de processo, há outros específicos do processo constitucional, decorrentes da função de garantia e da estrutura do órgão fiscalizador. Os princípios estruturantes são: princípio da igualdade dos intervenientes processuais, princípio do contraditório, princípio da legalidade dos atos do processo, princípio da fundamentação das decisões que não sejam de mero expediente. Os princípios instrumentais, a seu turno, são: princípio do pedido, princípio do conhecimento oficioso do Direito, princípio da utilidade da decisão, princípio da economia processual, princípio da celeridade, princípio do processo escrito, princípio da subsidiariedade do direito processual.

Todos esses princípios são, de acordo com o autor, “reconduzíveis à ideia-força de processo equitativo”²⁴. Com efeito, o artigo 20º, nº 4º da Constituição portuguesa dispõe: “Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”. No mesmo sentido, o artigo 6º da CEDH preconiza que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente (...)”.

J. J. Gomes Canotilho enfatiza, em seu rol de princípios gerais do direito processual constitucional, o aspecto instrumental do processo

²⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI - Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 61 e ss.

constitucional. Sua posição reitera a característica da autonomia do ramo processual em comento. Destarte, “embora todos os princípios a mencionar sejam considerados como princípios básicos de outras ordens processuais (designadamente a ordem processual civil), verifica-se a necessidade de grandes cautelas relativamente à sua transferência de plano para o direito constitucional. Deve salientar-se que estes princípios podem valer em diferente medida segundo os diferentes processos de fiscalização”²⁵.

Os princípios gerais do direito processual constitucional na ordem jurídica portuguesa, de acordo com o Mestre de Coimbra, são os seguintes: princípio do pedido, princípio da instrução, princípio da congruência, princípio da individualização e princípio do controlo material. Vejamo-los.

O princípio do pedido preconiza que o processo constitucional só tem início sob o impulso das entidades detentoras de legitimidade processual ativa em razão de reconhecimento constitucional. O pedido constitui a solicitação para que seja declarada, verificada ou reconhecida a inconstitucionalidade de uma ou de uma pluralidade de normas. Apenas em decorrência dessa solicitação é que o Tribunal Constitucional atua. Nas palavras de Canotilho: “o Tribunal Constitucional actua a pedido das pessoas e entidades com legitimidade processual activa e não mediante iniciativa dos juízes que o compõem”. Adverte o autor que o princípio do pedido – associado ao princípio dispositivo na ordem processual civil –, “não significa a recondução do processo constitucional a um simples processo de partes”. E arremata: “algumas das consequências deste princípio são expressamente rejeitadas, como, por ex., a possibilidade de desistência (admitida apenas na fiscalização concreta e nos processos de fiscalização preventiva nos termos da LTC, art. 53^o)”²⁶.

Segundo Canotilho, enquanto no processo dispositivo pertence às partes a adução do material que possibilita ao juiz a decisão, no processo constitucional os juízes podem de ofício proceder a averiguações tendentes

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 971.

²⁶ *Idem, ibidem*, p. 971.

à indagação material da verdade, independentemente do contributo das pessoas ou entidades que suscitarem a questão da inconstitucionalidade ou introduzirem uma ação principal de controle. Este é o conteúdo do princípio da instrução²⁷.

O princípio da congruência, também conhecido como princípio da adequação, é conhecido pela doutrina processual civil – impõe-se uma correlação entre a pretensão e a decisão: entre a sentença proferida pelo tribunal e as pretensões deduzidas pelas partes existe uma relação de congruência que consiste fundamentalmente em o tribunal apreciar apenas o pedido, mas sem deixar de apreciar e resolver todo o pedido –, mas apresenta peculiaridades importantes em sede de direito processual constitucional. A rigor, o princípio em exame preconizaria a inadmissibilidade de apreciação jurisdicional no que tange a questões não debatidas e consequente exclusão de declaração de inconstitucionalidade de normas que não tivessem sido impugnadas no processo. Explica Canotilho que “se isto é assim em processos de fiscalização concreta (e mesmo aqui há problemas) já o mesmo não acontece nos processos de fiscalização abstracta onde podem existir inconstitucionalidades consequenciais ou por arrastamento, justificadas pela conexão ou interdependência de certos preceitos com os preceitos especificamente impugnados.” E arremata: “isso não implica a admissão generalizada deste tipo de inconstitucionalidade, sobretudo se tiver em conta um limite material inequívoco: só podem admitir-se relativamente aos preceitos contidos no acto normativo impugnado, não devendo alargar-se a preceito situados fora do acto normativo sujeito a fiscalização jurisdicional”²⁸.

O quarto princípio geral do Direito Processual Constitucional é o princípio da individualização. Como consectário do princípio dispositivo e do princípio da congruência, a doutrina processual civil desenvolveu a regra, hoje relativamente ultrapassada – adverte Canotilho –, da correspondência entre o pedido e o pronunciado de acordo com o princípio

²⁷ *Idem, ibidem*, p. 972.

²⁸ *Idem, ibidem*, p. 972.

da substanciação. Em todo o seu rigor, o princípio da substanciação conduziria à impossibilidade prática de, por exemplo, o Tribunal Constitucional averiguar se, em vez de uma inconstitucionalidade formal, existe uma inconstitucionalidade material ou uma e outra conjuntamente. Nas ações de inconstitucionalidade, embora a petição enuncie os fundamentos jurídicos tendentes a demonstrar a existência do vício de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional aprecia com larga elasticidade (princípio da individualização) a relação de conformidade ou desconformidade das normas impugnadas com o parâmetro normativo-constitucional. No que concerne ao controle concreto da inconstitucionalidade através de um recurso para o tribunal constitucional pode dizer-se que o princípio *ne eat iudex ultra petite partium*, tal como é desenvolvido pela doutrina processualista civil, encontra relativo acolhimento no processo constitucional. O Tribunal Constitucional aprecia a questão da inconstitucionalidade apenas quanto às normas impugnadas e exclusivamente nos termos em que a questão é posta no caso concreto submetido a julgamento²⁹.

O último princípio geral do Direito Processual Constitucional é o princípio do controle material. Associado ao princípio da instrução, o princípio do controle material significa que o controle da constitucionalidade – *i.e.*, a questão da inconstitucionalidade – deve abranger os fundamentos de fato e de direito – isto é, as questões de fato e de direito – relevantes para o processo. Diferentemente do que sucede no processo civil e no processo administrativo, a distinção entre questões de fato e questões de direito não logra aqui igual relevância, pois, por um lado, nos processos de fiscalização abstrata, o pedido deve apenas especificar, além das normas cuja apreciação se requer, as normas ou princípios constitucionais violados; por outro lado, nos processos de fiscalização concreta, o Tribunal Constitucional deve limitar a sua competência ao controle da questão de

²⁹ *Idem, ibidem*, p. 973.

inconstitucionalidade, não lhe cabendo averiguar da justeza dos fatos fixados pelos tribunais *a quo*³⁰.

5. Considerações finais

É chegado o momento de encerrarmos a nossa abordagem a respeito dos princípios gerais do Direito Processual Constitucional no ordenamento jurídico português. Em face de todas as considerações feitas nos tópicos precedentes, arrematamos o presente artigo mediante a exposição das conclusões fundamentais sobre a temática.

No ordenamento jurídico português, o Direito Processual Constitucional em sentido estrito tem como objeto o processo constitucional, compreendido como processo de fiscalização da inconstitucionalidade e de ilegalidade de normas jurídicas. Em sentido amplo, o Direito Processual Constitucional abrange os vários processos correspondentes às várias funções do Tribunal Constitucional.

Não há, a rigor, um processo constitucional, mas vários processos constitucionais. Esta é a posição adotada por Gomes Canotilho. É também este o entendimento de Zagrebelsky quando assevera que a fórmula “processo constitucional” não se refere a um objeto unitário³¹. Por consectário, os princípios gerais do Direito Processual Constitucional podem valer em diferente medida de acordo com os distintos processos de fiscalização.

Não há unanimidade na doutrina portuguesa relativamente ao rol dos princípios gerais do Direito Processual Constitucional. Há autores que enfatizam o aspecto estrutural, enquanto outros preferem acentuar a dimensão instrumental desses princípios.

Segundo Jorge Miranda, que leva em consideração a dimensão estrutural e o aspecto instrumental do processo constitucional, os princípios estruturantes são: princípio da igualdade dos intervenientes processuais, princípio do contraditório, princípio da legalidade dos atos do processo,

³⁰ *Idem, ibidem*, p. 974.

³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXXVI Verbeté “processo costituzionale”. Milão: Giuffrè, 1987, p. 522.

princípio da fundamentação das decisões que não sejam de mero expediente. Os princípios instrumentais, no entendimento do referido autor, são: princípio do pedido, princípio do conhecimento oficioso do Direito, princípio da utilidade da decisão, princípio da economia processual, princípio da celeridade, princípio do processo escrito, princípio da subsidiariedade do direito processual.

J. J. Gomes Canotilho, diversamente, opta por enfatizar o aspecto instrumental do processo constitucional. Por esta razão, o Mestre de Coimbra elenca os seguintes princípios gerais do direito processual constitucional: princípio do pedido, princípio da instrução, princípio da congruência ou da adequação, princípio da individualização e princípio do controlo material.

O tema dos princípios gerais do Direito Processual Constitucional deve ser levado a sério. Com efeito, esses princípios inserem-se na dinâmica normativa e procedimental da Justiça Constitucional, sendo esta a expressão máxima da observância das regras e princípios constitucionais pelas leis e demais atos normativos do Poder Público.

Referências

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2019.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os Princípios do Processo Constitucional. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. 49, nº 1 e 2, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI - Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXXVI Verbete “processo costituzionale”. Milão: Giuffrè, 1987

A Repristinação no Âmbito do Controle Judicial de Constitucionalidade na Ordem Jurídica Portuguesa

*Eduardo Henrique Santos Cavalcanti*¹

1. Introdução: os vários conceitos de repristinação

Importa, nas primeiras linhas deste trabalho, definir o chamado fenômeno repristinatório. Antes, contudo, cabe uma advertência: a doutrina nos dá inúmeros textos dos quais se podem extrair vários conceitos de repristinação ligeiramente distintos entre si.

À luz do mais amplo conceito, repristinação é a restauração de uma norma jurídica que já não se encontrava em vigor. É sempre, portanto, uma volta ao passado, ao antigo. É, aliás, o que se extrai da própria etimologia dessa palavra formada pela adição das partículas “*re*” (retrocesso) e “*pristinus*” (antigo, de outro tempo, precedente)². Tal fenômeno pressupõe, então, três momentos: o primeiro, em que a norma nasce e vigora até extinguir-se; o segundo, em que a norma não vigora, já que se extinguiu; e o terceiro, o de restauração da norma, quando esta volta a vigorar.

Há também quem defenda que a repristinação é a restauração de uma norma jurídica revogada³. Tal conceito é mais restrito que o anterior, já que a revogação não é a única modalidade de extinção de normas jurídicas. Uma norma pode extinguir-se também por força da caducidade.

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Advogado.

² SILVA, De Plácido e, *Vocabulário Jurídico*, 15^o edição, Forense, Rio de Janeiro, 1999, pág. 705;

³ PAULO, Antonio de (ed.), *Pequeno Dicionário Jurídico*, 2^a edição, DP&A, Rio de Janeiro, 2004, pág. 300;

Assim, essa definição desconsidera, por exemplo, a possibilidade de restauração, por força de nova lei, do vigor de uma norma temporária caduca por transcurso de seu prazo predeterminado de vigência. Esse seria um evento repristinatório no âmbito do primeiro conceito, mas não no deste.

Para outros, a repristinação é a restauração do vigor de uma norma jurídica após a revogação da lei que a revogou⁴. Essa definição é, por sua vez, mais restrita que a anterior, pois exige também que a lei que revoga a norma a repristinar seja, no futuro, também alvo de revogação. No entanto, é possível que uma lei temporária revogue outra lei e que esta, após a caducidade daquela, ressurgja (desde que o legislador o imponha expressamente, na própria lei temporária, em razão do disposto no artigo 7º, nº 4, do Código Civil de 1966⁵). Esse evento seria repristinação à luz do conceito anterior, mas não à luz deste.

Também se diz ser a repristinação o renascimento de uma norma *em consequência* da revogação ou da caducidade da norma que a revogou⁶. Esse conceito é ainda mais restrito, ao exigir que a repristinação seja efeito direto da revogação da lei revogatória, ou seja, que haja entre uma e outra uma relação de causa e efeito⁷.

Contudo, adotar essa definição significa afastar a possibilidade de repristinação legislativa, ao menos no âmbito do direito positivo português. O já citado artigo 7º, nº 4, do Código Civil, dispõe que a revogação da lei revogatória não conduz, por si só, ao ressurgimento da lei que esta revogara. Algo mais, portanto, é necessário: a expressa manifestação da vontade repristinatória do legislador. No entanto, esse desígnio repristinatório é autônomo em relação ao revogatório e com este não se confunde.

⁴ FELIPPE, Donald J., *Dicionário jurídico de bolso: terminologia jurídica: termos e expressões latinas de uso forense*, 16ª edição, Millennium Editora, Campinas, 2004, pág. 222;

⁵ LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, volume I, 4ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, págs. 56 e 57;

⁶ PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, volume I, 5ª edição atualizada e aumentada, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 1288;

⁷ Apesar de mais restrito neste ponto, esse conceito, por outro lado, abarca também a restauração de normas nos casos nos quais a lei revogatória se extingue por caducidade, ao contrário daquele que o antecedeu.

A repristinação, nesse caso, seria efeito direto do primeiro e não do segundo. Tanto assim é que, se falta aquele, não há repristinação.

2. Modalidades de repristinação

A depender do conceito adotado, são possíveis tanto a repristinação legislativa quanto a repristinação fruto da atividade judicial de controle de constitucionalidade.

A repristinação legislativa ocorre através de lei, por força da vontade repristinatória expressamente manifesta do legislador. Já a repristinação judicial é, como se verá, efeito direto da declaração de nulidade de uma lei revogatória. Sendo a norma inválida desde o início, inválido é também o efeito revogatório que exerceu sobre a norma que revogou, que, em razão disso, ressurgem.

Como já visto, a simples revogação de uma norma revogatória não gera a restauração da lei revogada, enquanto, ao contrário, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, por si só, já tem o condão de fazê-lo. Assim é porque a natureza da revogação legal é diferente daquela da declaração de inconstitucionalidade: a primeira é fruto do exercício, pelo legislador, de um poder político-jurídico de extinguir a vigência de uma norma por razões de conveniência política, econômica ou social, dentre outras. Esse ato atinge apenas os efeitos futuros da lei, e não aqueles já produzidos. Assim, permanece incólume o efeito revogatório. A segunda, ao contrário, é um juízo jurídico estrito a respeito da compatibilidade da lei com o texto constitucional. A inconstitucionalidade gera a nulidade *ab initio* da lei, o que significa também a invalidade do seu efeito revogatório⁸.

⁸ COSTA, Tiago Félix da, "A Repristinação de Normas no Recurso de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade", *In O Direito*. Ano 140, II, pág. 436;

3. Conceito de repristinação no âmbito do controle jurisdicional de constitucionalidade

Este trabalho se debruçará apenas sobre a repristinação judicial, cujas características essenciais fazem-na encaixar no mais restrito conceito de repristinação. Em primeiro lugar, só uma norma revogada pode repristinar na esfera do controle judicial de constitucionalidade. A causa da repristinação judicial é justamente a invalidade do efeito revogatório da lei inconstitucional sobre outra lei, que, por isso, renasce. Uma lei caduca não sofreu o efeito revogatório de nenhuma outra lei, e, portanto, nenhuma declaração de nulidade poderá surtir efeitos repristinatórios sobre ela.

Em segundo lugar, a norma revogatória, ou seja, a que revoga a lei a repristinar, será necessariamente declarada inválida, em razão de sua inconstitucionalidade, por um órgão jurisdicional. Esse evento é a própria causa da repristinação judicial e integra-se ao seu conceito. É verdade que, antes dele, a norma revogatória pode até caducar ou ser revogada. É plenamente possível e útil a declaração de inconstitucionalidade de uma norma já extinta por revogação ou caducidade, tendo em vista os efeitos retroativos dessa declaração que, se não terá relevância para o futuro, atingirá os efeitos que um dia a norma produziu.

Em terceiro lugar, a repristinação judicial, como já visto, será sempre efeito direto da declaração de nulidade, já que esta afetará a eficácia revogatória da norma inconstitucional e fará, assim, ressurgir a norma por esta revogada.

Pode-se, então, definir a repristinação no âmbito do controle judicial de constitucionalidade como *a restauração do vigor de uma norma jurídica em consequência da declaração de nulidade, por motivo de inconstitucionalidade, da lei que a revogou.*

4. O controle jurisdicional de constitucionalidade e suas modalidades

A Constituição é a lei maior do Estado, ocupa o mais alto posto da hierarquia normativa. Ela vincula os poderes públicos que constituiu e é

parâmetro de validade dos atos que eles emitem. Como ensina J. J. Gomes Canotilho, a superlegalidade material e a superlegalidade formal da Constituição conduzem ao princípio da constitucionalidade dos atos normativos. Esses atos serão conformes com o texto constitucional na medida em que não violem nem o conjunto de formalidades constitucionais exigidas para sua produção nem o conteúdo material dos princípios e regras da *lex superior*⁹.

Contudo, se deve garantir essa supremacia. É imperioso que exista um mecanismo que impeça o ingresso de leis contrárias à Constituição no ordenamento jurídico e que afaste tais leis desse mesmo ordenamento, caso nele ingressem¹⁰. Esse mecanismo é o controle de constitucionalidade. Sem ele, não há como assegurar a preponderância do texto constitucional sobre os atos dos poderes públicos, a supremacia e a densidade normativa da *higher Law*.

Há várias modalidades de controle de constitucionalidade. Em relação ao sujeito controlador, há o controle político, exercido por órgãos de natureza política, e o controle jurisdicional, exercido por juízes e tribunais.¹¹

Quanto ao momento em que o controle ocorre, há o controle preventivo, prévio ou *a priori* e o sucessivo ou *a posteriori*. O primeiro se dá antes mesmo do início da vigência da lei objeto da fiscalização de constitucionalidade. O segundo, ao contrário, ocorre quando a norma cuja constitucionalidade se averigua já possui pleno vigor.¹²

O controle sucessivo será *abstrato, direto, por via principal* ou *por via de ação*, quando sucede independentemente da existência de um litígio concreto no âmbito do qual se discuta a constitucionalidade da norma a

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª edição, 16ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 890;

¹⁰ CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional*, 1ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, pág. 19;

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., págs 897-898;

¹² CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional*, cit., pág. 217;

ele aplicável. Ele será, ao contrário, *concreto* ou *incidental* justamente quando ocorre na esfera do julgamento de um caso concreto.¹³

O controle preventivo, como já visto, será, por óbvias razões, sempre abstrato. Como a norma fiscalizada ainda não possui vigência, não possui também, por conseguinte, eficácia, não compondo o *hall* de leis aplicáveis a casos concretos.

A repristinação não é possível no âmbito do controle preventivo de constitucionalidade, exatamente porque a norma ainda não adquiriu vigência e eficácia. Assim, também não chegou a revogar lei alguma, e sua eventual inconstitucionalidade, portanto, não surtirá efeitos repristinatórios em relação a nenhuma norma jurídica.

Contudo, a repristinação judicial é plenamente possível no âmbito do controle sucessivo de constitucionalidade. Este trabalho se ocupará do fenômeno repristinatório tanto na esfera do controle sucessivo abstrato quanto na do controle sucessivo concreto.

5. A repristinação no Âmbito do Controle Judicial Sucessivo Abstrato de Constitucionalidade: o alcance *ex tunc* dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle judicial sucessivo abstrato

O artigo 282 da Constituição da República Portuguesa dispõe sobre os efeitos das decisões de provimento na esfera do controle sucessivo abstrato de constitucionalidade, dentre os quais se encontra a repristinação¹⁴. Cabe aqui um panorama geral a respeito deles.

O número 1 do supracitado artigo preocupa-se, na verdade, em estabelecer o momento a partir do qual a declaração de inconstitucionalidade surte efeitos, qual seja: desde o início da vigência da lei inconstitucional. Assim, os efeitos se operam *ex tunc*. Segundo Canotilho, a declaração de inconstitucionalidade das normas jurídicas (salvo decisão do Tribunal

¹³ *Idem, ibidem*, pág. 217;

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa: anotada*, 4ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 975;

Constitucional, com fundamento no n^o 4 do próprio artigo 282) equivale à declaração de nulidade dessas mesmas normas¹⁵.

Contudo, há uma peculiaridade nos casos de inconstitucionalidade superveniente em comparação aos de constitucionalidade originária que merece relevo, embora, em ambas as circunstâncias, mantenha-se a regra da ocorrência *ex tunc* de efeitos¹⁶.

A inconstitucionalidade originária ocorre quando a norma inconstitucional é posterior à Constituição que lhe serve como parâmetro de validade, ou seja, o texto constitucional já existe na ocasião de seu surgimento. Já nos casos de inconstitucionalidade superveniente, ao contrário, a norma já existe quando surge o texto constitucional que lhe é incompatível. Nesse caso, há dois momentos distintos: o primeiro, quando a norma é válida e produz seus efeitos, pois adequa-se à ordem jurídica vigente naquele momento, e o segundo, quando surge um texto constitucional que, por colidir com a norma, a torna inconstitucional¹⁷.

Nos casos de inconstitucionalidade originária, os efeitos da decisão de provimento operam desde o momento do nascimento da norma inconstitucional, desde o início de sua vigência. Isso ocorre porque tal lei surge em um momento em que a Constituição com que colide já existe e vigora, e, portanto, ela é, *ab initio*, inconstitucional¹⁸.

Nos casos de inconstitucionalidade superveniente, ao contrário, a lei já existe quando surge o texto constitucional com que conflita. A incompatibilidade, assim, surge no momento em que nasce o texto constitucional, e não no instante em que surge a lei, e, portanto, também seus efeitos operam a partir daí¹⁹.

Repita-se que, em ambos os casos, os efeitos ocorrem *ex tunc*, pois atingem momentos anteriores à própria declaração de

¹⁵ *Idem, ibidem*, pág. 975;

¹⁶ *Idem, ibidem*, pág. 976;

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., pág. 1013;

¹⁸ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, parte VI, 4^a edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pág. 338;

¹⁹ *Idem, ibidem*, pág. 339;

inconstitucionalidade da lei. Apenas os momentos a partir dos quais se produzem são distintos.

Há, contudo, uma exceção à produção *ex tunc* de efeitos, que, como impõe o número 3 do artigo 282 da Constituição Portuguesa, manterá incólumes os chamados casos julgados.

Canotilho afirma que o texto constitucional português não dá uma definição de caso julgado. No entanto, para o mesmo autor, esse é um conceito pré-constitucional suficientemente densificado que abriga outras situações jurídicas consolidadas. A solução, no entanto, será outra no tocante a situações não plenamente exauridas²⁰.

Há, ainda, uma exceção à exceção acima referida: os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade atuarão sobre casos julgados caso a norma declarada inconstitucional verse sobre matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e tenha conteúdo menos favorável ao arguido. No entanto, a concretização dessa excepcionalidade só ocorrerá caso o Tribunal Constitucional assim decida, na própria sentença que declarar a inconstitucionalidade²¹.

Já o número 4 do artigo 282 dá ao Tribunal Constitucional poderes para também limitar o alcance temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle sucessivo abstrato, invocando, para isso, razões relativas à segurança jurídica, à equidade ou a interesse público de excepcional relevo. Exige-se que tais razões sejam suficientemente fortes a ponto de impedir que os efeitos temporais normais da declaração de inconstitucionalidade se processem, o que, em consequência, acabará também consolidando situações geradas ao abrigo de uma lei que viola a Constituição. Ressalte-se ainda que essa restrição será decidida e fundamentada na mesma decisão que declara a inconstitucionalidade da norma²².

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa: anotada*, cit., pág. 977

²¹ *Idem*, *ibidem*, págs. 976-977

²² *Idem*, *ibidem*, pág. 980;

6. A repristinação como efeito das decisões de provimento no âmbito do controle judicial sucessivo abstrato de constitucionalidade e o valor jurídico da lei inconstitucional

O artigo 282, n.º 1, *in fine*, da Constituição da República Portuguesa, dispõe que a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral determinará a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado²³.

Na esfera do controle de constitucionalidade, como já visto, a repristinação é consequência direta da invalidade do efeito revogatório que a norma inconstitucional surtiu sobre a norma a ressurgir. Isto tem relação com o alcance *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade referido no ponto anterior: declara-se inválida *ab initio* a lei inconstitucional. Se a lei que afronta a Constituição é inválida desde o início, ela, em verdade, nunca teve aptidão para modificar a ordem jurídica, para revogar uma norma precedente²⁴.

O valor jurídico negativo não diz respeito propriamente à inconstitucionalidade, mas à sua consequência: é a sanção imposta pelo ordenamento jurídico à norma inconstitucional, que, dependendo do vício que a macula, poderá sofrer de nulidade, de anulabilidade, de ineficácia, de irregularidade ou até de inexistência (embora se discuta muito, na doutrina, se a última é, de fato, uma categoria autônoma de valoração jurídica)²⁵.

A grande maioria dos autores considera ser a nulidade o valor jurídico negativo típico da norma inconstitucional (embora seja possível que, em certos casos, esse valor seja outro)²⁶. Contudo, Rui Medeiros já adotou

²³ Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976;

²⁴ CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional*, cit., pág. 346;

²⁵ Rui MEDEIROS, “Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional”, *O Direito* (1989), pág. 485;

²⁶ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, cit., págs. 111-112; CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., pág. 956; MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pág. 227; Defendendo que haja análise do concreto vício da norma inconstitucional para a definição de seu valor jurídico negativo, mesmo se se admitir a nulidade como valor jurídico típico da inconstitucionalidade, CANAS, Vitalino, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional: conteúdo, objeto, efeitos*, 2ª edição revista, A.A.F.D.L., Lisboa, 1994, pág. 128;

posição divergente, defendendo que a anulabilidade com efeitos *ex tunc* corresponde ao valor jurídico padrão das leis inconstitucionais, embora haja casos nos quais a incompatibilidade com a Constituição possa tornar tais leis, por exemplo, nulas (caso elas afrontem o conteúdo essencial de direitos, liberdades e garantias) ou ineficazes (nos casos, por exemplo, de ausência de promulgação pelo Presidente da República)²⁷.

Esse autor defendia que a lei inconstitucional é de observância obrigatória para os particulares e para todos os entes do Estado, exceto para o Poder Judiciário. Afinal, em Portugal, vigora um sistema essencialmente judicial de fiscalização da constitucionalidade, e assim é justamente para que se evite a anarquia jurídica e para que se mantenha o respeito à ordem constitucional²⁸.

Em razão disso, a lei inconstitucional produz efeitos de direito até que se decida por sua inconstitucionalidade e, portanto, se afasta do regime jurídico da nulidade, em que a lei é nula desde sua origem e, assim, não produz nenhum efeito *ab initio*. Isso não impede, contudo, que os efeitos produzidos pela lei inconstitucional sejam retroativamente destruídos²⁹.

Segundo esse mesmo autor, o efeito repristinatório das decisões de provimento em matéria de controle de constitucionalidade é compatível tanto com a teoria da nulidade das leis inconstitucionais quanto com a tese da anulabilidade *ex tunc* dessas normas³⁰.

Para que a compatibilidade com a primeira teoria exista, no entanto, segundo o mesmo autor, é preciso que se reconheça que a norma revogada pela lei inválida não ressurgue, pois, em verdade, nunca deixou de existir. Se a norma inconstitucional é nula (e a decisão judicial de inconstitucionalidade somente o declara), ela nunca chegou a surtir efeitos jurídicos e,

²⁷ Rui MEDEIROS, “Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional”, cit., págs. 526-527; Esse autor, no entanto, em obra posterior, defende que, na generalidade dos casos, a lei inconstitucional é nula. Afirma, no entanto, que, excepcionalmente e em consideração a interesses constitucionalmente protegidos, se impõe a anulabilidade, MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, 1ª edição, Universidade Católica, Lisboa, 1999, págs. 37 e seguintes e 765;

²⁸ *Idem*, *ibidem*, págs. 526-527

²⁹ *Idem*, *ibidem*, págs. 526-527

³⁰ MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, cit., pág. 652;

portanto, nunca chegou a revogar a lei anterior, que, assim, permanece, como sempre, em vigor³¹.

Já a compatibilidade com a teoria da anulabilidade *ex tunc* de que fala o supracitado autor salta à vista: a norma anulada por inconstitucionalidade é válida até a sua anulação, e, portanto, revoga validamente norma anterior, que chega a extinguir-se. Contudo, com a anulação, com efeitos *ex tunc*, dessa norma revogatória, a revogação é também atingida, o que faz com que a norma revogada, de fato, ressurgja juridicamente, ou seja, repristine.

A solução repristinatória, no entanto, é estranha a um modelo que impõe a anulabilidade *ex nunc* da lei inconstitucional³². Em um sistema desse gênero, a decisão de provimento no âmbito do controle de constitucionalidade não atinge a eficácia revogatória da norma, já que esta é anterior àquela, mas apenas a sua vigência futura. Por isso, o ressurgimento da lei revogada não é consequência lógica natural, nesses modelos, da inconstitucionalidade de uma norma revogatória. Todavia, é possível que a invalidade de uma lei inconstitucional gere repristinação mesmo em sistemas como esse, contanto que uma norma constitucional expressamente atribua esse efeito às decisões de inconstitucionalidade.

7. Objeções ao efeito repristinatório das decisões de inconstitucionalidade no âmbito do controle sucessivo abstrato

Há quem lance sobre o efeito repristinatório das decisões de inconstitucionalidade uma série de objeções. Para alguns dos seus críticos, ele não se harmoniza com os princípios da segurança jurídica e da igualdade³³.

No entanto, a ausência de repristinação parece criar o cenário mais nocivo à segurança jurídica, por permitir o surgimento de um vácuo legislativo que obrigará o intérprete a lançar mão dos meios gerais de

³¹ *Idem, ibidem*, pág. 652;

³² *Idem, ibidem*, pág. 652;

³³ *Idem, ibidem*, pág. 653;

integração das lacunas. Em tal circunstância, em que não existe uma regra clara, é comum que se dê a casos concretos semelhantes soluções díspares, o que afeta não só o princípio da segurança jurídica, mas também o da igualdade³⁴.

Aqueles que criticam o efeito repristinatório da inconstitucionalidade lembram ainda da deletéria possibilidade de repristinação de uma lei anacrônica, que já não se compatibiliza com o cenário jurídico, social ou econômico em que ressurgir³⁵.

No entanto, é forçoso concluir, quando se adota a tese da ausência de repristinação nos casos de inconstitucionalidade superveniente, que tal possibilidade é remota em países com constituições recentes. Como visto, nos casos de inconstitucionalidade originária, a norma inconstitucional nasce quando a constituição que ela afronta já vigora. Como esse momento coincide com a revogação da norma anterior, conclui-se que esta já vigorava sob a recente constituição e que, por isso, dificilmente será anacrônica. Além disso, ao cabo de uma mudança econômica, social ou normativa de tão grande monta, se poderia provavelmente extrair de outras normas jurídicas que não a inconstitucional um efeito revogatório sobre a norma arcaica, o que impediria o seu ressurgimento. Ainda assim, caso a improvável repristinação de uma norma inadequada aos novos tempos ocorra, pode o legislador atuar corretivamente³⁶.

Uma terceira objeção se relaciona com a possível inconstitucionalidade parcial de normas jurídicas, em que apenas parte da lei é inconstitucional e, portanto, inválida, enquanto os demais dispositivos se preservam. Nessa circunstância, a repristinação também seria parcial, e normas repristinadas se misturariam a regras remanescentes com as quais, muitas vezes, são incompatíveis. Surgiria, então, uma lei desprovida de coerência interna que conduziria, não raro, a soluções contraditórias³⁷.

³⁴ *Idem, ibidem*, pág. 653;

³⁵ *Idem, ibidem*, pág. 653;

³⁶ *Idem, ibidem*, pág. 654;

³⁷ *Idem, ibidem*, pág. 654;

Contudo, a inconstitucionalidade parcial, como se verá, nem sempre conduzirá à reconstituição. Mesmo que esta ocorra, é muito provável que os dispositivos válidos da norma parcialmente inconstitucional acabem, por si mesmos, revogando as disposições reconstituídas. Mesmo que isso não ocorra, o legislador poderá intervir corretivamente³⁸.

Invoca-se ainda, na crítica ao efeito reconstitutivo, o fato de ser possível que a inconstitucionalidade de uma lei acarrete a reconstituição de uma norma tão ou mais inconstitucional que ela própria³⁹.

Esta possibilidade, sem dúvidas, existe (o que suscita, aliás, problemas que adiante serão discutidos), mas não apenas no campo da reconstituição advinda de decisão de inconstitucionalidade. A ausência de efeito reconstitutivo afasta a aplicação da norma anterior revogada, mas não a de outras normas, que poderão igualmente ser inconstitucionais (a norma aplicável a caso análogo, por exemplo)⁴⁰.

Finalmente, há quem entenda que o Tribunal Constitucional, ao determinar a aplicação de norma anterior revogada, estaria atuando não apenas negativamente, mas positivamente no ordenamento jurídico, tarefa que lhe é estranha e reservada apenas ao legislador democraticamente legitimado⁴¹.

Contudo, o Tribunal Constitucional, como se verá, não determina a aplicação da norma revogada. Ela é simples consequência lógica da invalidade *ab initio* da lei inconstitucional revogatória. Ademais, a norma reconstituída não é fruto de trabalho legislativo daquela corte, e sim do legislador que um dia a produziu, embora já não esteja em vigor⁴².

³⁸ *Idem, ibidem*, pág. 654;

³⁹ *Idem, ibidem*, pág. 655;

⁴⁰ *Idem, ibidem*, pág. 655;

⁴¹ *Idem, ibidem*, pág. 655;

⁴² *Idem, ibidem*, pág. 655;

8. Repristinação judicial e inconstitucionalidade superveniente

Importa também esclarecer se a repristinação ocorre também no âmbito da inconstitucionalidade superveniente ou se ela se restringe à esfera da inconstitucionalidade originária.

A maioria dos autores afirma que o efeito repristinatório das decisões de inconstitucionalidade adstringe-se ao campo da inconstitucionalidade originária⁴³. Isto porque o efeito revogatório opera no momento em que surge a lei revogatória, e, nesse instante, nos caso de inconstitucionalidade superveniente, a lei é ainda constitucional e, portanto, é válida a revogação que produziu. Como a invalidade do efeito revogatório é pressuposto necessário da repristinação no âmbito do controle de constitucionalidade, esta, nessas circunstâncias, não ocorrerá⁴⁴.

Rui Medeiros diz que assim é, ao menos, nos casos envolvendo revogação expressa ou tácita por nova regulamentação o total da matéria, pois neles o momento revogatório sempre coincide com o instante de nascimento da lei revogatória cuja inconstitucionalidade se detectará. No entanto, segundo esse autor, a questão está menos clarificada no tocante à revogação tácita por incompatibilidade, cujo momento de ocorrência não é claro como nas demais modalidades de revogação. Nesses casos, o efeito revogatório advém da incompatibilidade material, semântica, entre o texto antigo e o novo, e sua detecção, evidentemente, envolve uma tarefa hermenêutica de definição dos significados dos dois textos legais em questão. Portanto, caso varie a interpretação, a incompatibilidade, em um dado momento, pode desaparecer, e, junto com ela, o efeito revogatório da norma. Assim, pode-se concluir que a revogação tácita por incompatibilidade seria reversível e não operaria em abstrato, tendo de ser verificada caso a caso pelo aplicador do direito⁴⁵.

⁴³ *Idem, ibidem*, pág. 656;

⁴⁴ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, cit., pág. 339;

⁴⁵ MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, cit., págs. 656-659;

9. Restrições ao efeito repristinatório das decisões de inconstitucionalidade em controle sucessivo abstrato

As decisões de provimento no âmbito do controle de constitucionalidade nem sempre surtirão efeitos repristinatórios.

O n^o 1, *in fine*, do artigo 282 da Constituição da República Portuguesa pode induzir à conclusão oposta, por não indicar expressamente que há exceções (e quais seriam elas). Mas existem, sim, barreiras ao efeito repristinatório de decisões de inconstitucionalidade. Algumas são decorrências lógicas do próprio conceito de repristinação e da natureza das invalidades jurídicas.

Primeiramente, é óbvio não haver repristinação caso a norma inválida por inconstitucionalidade não tenha revogado outra lei⁴⁶. Ora, como já dito, a repristinação, no âmbito do controle judicial de constitucionalidade, é a restauração de uma norma *revogada* em consequência da invalidade do efeito revogatório da norma que a revogou. Se não houve efeito revogatório, tampouco houve efeito revogatório *inválido*, e, assim, não há lei a repristinar.

Nos casos de inconstitucionalidade parcial de leis revogatórias, caso estas possuam segmento revogatório autonomizável (o que ocorrerá nos casos de revogação expressa ou de revogação tácita por nova regulamentação global de matéria), é evidentemente necessário, para que haja repristinação, que a parcela revogatória seja declarada nula por inconstitucionalidade⁴⁷.

Muitas vezes, todavia, a inconstitucionalidade parcial atinge apenas a porção com eficácia dispositiva, e, nessa circunstância, não acarretará a repristinação, em razão da preservação da eficácia revogatória. Então, dever-se-á buscar soluções jurídicas para eventuais casos concretos nos

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa: anotada*, cit., págs. 975-976;

⁴⁷ MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, cit., pág. 662;

dispositivos preservados da lei ou em outras normas do ordenamento jurídico⁴⁸.

Por outro lado, a solução não é a mesma se há, entre a parcela revogatória e a parcela dispositiva da lei, uma relação de indissociabilidade e não de autonomia. Nesse caso, a declaração de inconstitucionalidade da parcela dispositiva da lei acarretará, por via indireta, também a invalidade do segmento revogatório, o que ocasionará a repristinação da norma anterior revogada⁴⁹.

Já no âmbito da revogação tácita por incompatibilidade, não é possível a distinção entre os segmentos com eficácia revogatória e dispositiva. O efeito revogatório advém da própria incompatibilidade, que é, por sua vez, ínsita ao conteúdo material da parcela dispositiva da lei, de modo que, se esta desaparece, aquela não pode subsistir. Haverá, nessas ocasiões, repristinação, exceto se dos dispositivos remanescentes da norma se extrai uma intenção revogatória⁵⁰.

Outras restrições impedem a repristinação que naturalmente ocorreria em um dado caso concreto (como consequência lógica da invalidade da norma revogatória inconstitucional) com fundamento, como se verá, no n° 4 do artigo 282 da CRP, ou em ponderações com outros princípios, valores e regras constitucionais.

10. O n° 4 do artigo 282 da Constituição Portuguesa

O n° 4 do artigo 282 da Constituição da República Portuguesa dispõe que o Tribunal Constitucional poderá, em resguardo da segurança jurídica, da equidade ou de interesse público de excepcional relevância, restringir os efeitos da inconstitucionalidade⁵¹.

O supracitado dispositivo se refere tanto ao efeito repristinatório da decisão de inconstitucionalidade quanto ao seu âmbito de aplicação

⁴⁸ *Idem, ibidem*, pág. 662;

⁴⁹ *Idem, ibidem*, págs. 662-663;

⁵⁰ *Idem, ibidem*, págs. 663-664;

⁵¹ Constituição da República Portuguesa de 1976;

retroativa, que o Tribunal Constitucional poderá restringir, como visto acima, determinando que seu marco inicial se posicione em momento posterior ao do surgimento da lei inconstitucional, no caso da inconstitucionalidade originária, ou ao do surgimento do texto constitucional posterior, no caso de inconstitucionalidade superveniente. Tal restrição pode incidir sobre todos os efeitos da decisão ou sobre apenas parte deles⁵².

A limitação dos efeitos repristinatórios da decisão de inconstitucionalidade poderá ser total ou parcial. No primeiro caso, ela recai sobre todos os dispositivos da lei. No segundo, impede-se apenas a repristinação de uma parte da norma. Nada impede também que se limite o alcance temporal dos efeitos repristinatórios, fazendo-os cessar, por exemplo, antes ou mesmo no momento da declaração de inconstitucionalidade.⁵³

O exercício, pelo Tribunal Constitucional, dessa prerrogativa limitante, justifica-se pela necessidade de resguardo, em certos casos, da segurança jurídica, da equidade e de algum interesse público relevante (como ocorre, aliás, em relação à mitigação do alcance temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, que, como se sabe, encontra fundamento no mesmo dispositivo constitucional). A detecção de tal necessidade exigirá do Tribunal Constitucional, assim, uma prévia análise da realidade em que a norma se aplicará, ou seja, pressupõe a análise da lei a repristinar em face dos fatos e situações concretas da vida⁵⁴.

Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que uma das situações que justificaria a mitigação dos efeitos repristinatórios da inconstitucionalidade é aquela em que a reposição das normas anteriores é pior que o vácuo legislativo, como ocorre quando as normas a repristinar são tão ou mais inconstitucionais que a própria norma cuja inconstitucionalidade foi declarada⁵⁵. Para detectar tal conjuntura, obviamente, o Tribunal

⁵² MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, cit., págs. 352-353;

⁵³ CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional*, cit., págs. 346-347;

⁵⁴ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, cit., pág. 353;

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa: anotada*, cit., pág. 979;

Constitucional teria de analisar as circunstâncias particulares do caso concreto.

Discute-se muito, aliás, sobre se pode o Tribunal Constitucional afastar, *ex officio*, a repristinação de uma norma, por ser ela também inconstitucional, com fundamento no n^o 4 do artigo 282 da Constituição. Há, inclusive, autores que defendem que o Tribunal Constitucional pode declarar, oficiosa e autonomamente, a inconstitucionalidade da norma a repristinar, em desrespeito, em tese, ao princípio do pedido⁵⁶.

Jorge Miranda, ao abordar a questão, afirma que, à luz de uma rígida concepção do princípio do pedido, o Tribunal Constitucional deve apenas avaliar a constitucionalidade da norma impugnada, e não a das normas anteriores eventualmente revogadas por ela (aliás, não caberia a esse órgão sequer averiguar a existência de leis anteriores). Contudo, para esse autor, o Tribunal Constitucional deve considerar o efeito de suas decisões na realidade concreta. O próprio n^o 4 do artigo 282 lhe permite isso, ao lhe conceder a prerrogativa de restringir os efeitos da repristinação caso esta, em dada circunstância, atinja a segurança jurídica, a equidade ou algum interesse público de excepcional relevo. Ora, para aplicar tal dispositivo, o Tribunal Constitucional deverá, previamente, avaliar as normas a repristinar e o contexto concreto em que elas se inserirão. Se ele pode fazê-lo em benefício dos interesses acima elencados, nada impede que também o faça em atenção ao princípio da constitucionalidade. Afinal, sua função é garantir a supremacia da Constituição, e, sendo assim, sua atividade não pode culminar na aplicação de uma norma inconstitucional. De uma maneira ou de outra, romper-se-á com o princípio do pedido (em sua concepção rígida), já que aquela corte acabará se debruçando sobre a constitucionalidade de uma norma não impugnada. Deve-se, então, em benefício da segurança jurídica, adotar uma visão mais flexível do

⁵⁶ MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, cit., págs. 667-668;

princípio do pedido, no âmbito da qual se insira não só a norma explicitamente especificada, mas as normas anteriores a ela⁵⁷.

Já outros autores admitem que o Tribunal Constitucional afaste a aplicação da norma anterior inconstitucional, mas não declarando-a como tal, autonomamente, e sim utilizando a prerrogativa que lhe concede o n.º 4 do artigo 282, a pretexto da decisão de inconstitucionalidade da norma que a revogou. Permitir que o Tribunal Constitucional desvincule-se da obrigação de cingir-se ao pedido significaria também autorizá-lo a declarar inconstitucional não só a norma revogada pela lei impugnada, mas quaisquer daquelas anteriores a ela, possibilidade que se traduziria em um regresso *ad infinitum* na escala temporal das normas⁵⁸.

Finalmente, há aqueles que não aceitam o afastamento da norma a repriminar com fundamento em sua inconstitucionalidade, nem através de uma declaração autônoma do Tribunal Constitucional nesse sentido, nem por meio da faculdade expressa no n.º 4 do artigo 282. Para esses, em qualquer caso, é necessário que a parte requeira também a fiscalização da constitucionalidade e o conseqüente afastamento da norma a repriminar para que o Tribunal Constitucional evite seu ressurgimento. Rui Medeiros filia-se a essa corrente, ao defender a adoção de uma concepção rígida do princípio do pedido não só no âmbito da fiscalização concreta de constitucionalidade, mas também no domínio da fiscalização abstrata⁵⁹.

11. Restrição com fundamento no artigo 29º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa

É incontestável que o efeito repriminatório da decisão de inconstitucionalidade poderia conduzir ao restauro de norma penal anterior mais severa que a norma declarada inconstitucional. Nesse cenário, seria possível a aplicação, a um fato ocorrido durante a vigência de lei mais branda,

⁵⁷ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, cit., pág. 341;

⁵⁸ MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, cit., págs. 668-669;

⁵⁹ *Idem*, *ibidem*, págs. 669-670;

de *lex gravior* cujas consequências o arguido, no momento da conduta, jamais poderia prever ou antecipar.

Contudo, o n.º 4 do artigo 29 da Constituição proíbe a aplicação de pena ou de medida de segurança mais grave que aquela prevista no momento da conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos⁶⁰.

O Tribunal Constitucional entende que o dispositivo constitucional supracitado (e a garantia de natureza penal que ele contém) funciona, em tais casos, como barreira à reprimenda, e expressou tal entendimento em diversos acórdãos, notadamente no n.º 12/91 e no n.º 56/84.

No acórdão 12/91, o Tribunal Constitucional admitiu que norma a reprimenda naquele caso concreto (Contencioso Aduaneiro) é compatível com a Constituição, ao contrário, obviamente, das leis posteriores, já declaradas inconstitucionais, aliás, por inúmeros julgados da mesma corte. Contudo, inconstitucional seria a aplicação dessa norma reprimendando em específicas circunstâncias nas quais acarretasse um tratamento mais severo ao arguido que aquele previsto no momento da prática do ato, pois isso afrontaria o conteúdo do artigo 29, n.º 4, da Constituição. Assim, impede-se a reprimenda não em razão da inconstitucionalidade da norma a reprimenda, mas sim por via da aplicação direta do dispositivo constitucional supracitado⁶¹.

O mesmo entendimento guiou a decisão do Tribunal Constitucional nos acórdãos 56/84 e 490/89, embora tenha sido, no primeiro, aceite por maioria, já que havia ali uma tese alternativa, que preconizava, em nome do n.º 4 do artigo 29 e da unidade da Constituição, a reprimenda *ex nunc* da norma mais severa e a aplicação, ao caso objeto da discussão, da norma inconstitucional mais branda⁶².

Não é a mesma solução contida na tese vencedora: nesta, a lei reprimendando aplica-se ao caso concreto, embora não plenamente, mas sim na

⁶⁰ Constituição da República Portuguesa de 1976;

⁶¹ Acórdão n.º 12/91 do Tribunal Constitucional Português, de 22 de Janeiro de 1991;

⁶² Acórdão n.º 56/84 do Tribunal Constitucional Português, de 12 de Junho de 1984; Acórdão n.º 490/89 do Tribunal Constitucional Português, de 13 de Julho de 1989;

medida em que não se traduza na imposição de um tratamento mais severo ao arguido que aquele previsto no momento da prática do ato, pois, caso contrário, haveria ofensa ao n^o 4 do artigo 29 da Constituição.

12. Competências dos tribunais em matéria de repristinação no âmbito do controle de constitucionalidade judicial sucessivo

No âmbito do controle judicial de constitucionalidade, a repristinação é decorrência automática da declaração de inconstitucionalidade/anulação *ex tunc* da norma inconstitucional (como um todo ou, ao menos, do segmento com efeitos revogatórios). Portanto, não há necessidade de manifestação do julgador sobre se há repristinação ou, muito menos, sobre quais normas repristinarão⁶³.

O Tribunal Constitucional limita-se, de fato, a declarar, total ou parcialmente, a invalidade de uma lei revogatória inconstitucional, afastando-a do sistema jurídico. A repristinação, como consequência lógica direta dessa invalidade, será reconhecida por qualquer tribunal no ofício da aplicação do direito. Rui Medeiros salienta que o Tribunal Constitucional deve decidir se determinada interpretação de certa lei é ou não inconstitucional, mas não pode impor a interpretação que julga correta aos demais tribunais⁶⁴. Estes, aliás, podem enveredar por outros caminhos hermenêuticos que não impliquem na repristinação da norma revogada.

Segundo Rui Medeiros, ainda, a questão de definir se há ou não repristinação conduz, no fundo, à questão de definir a norma aplicável, tarefa que se coloca em um plano puramente interpretativo. Caso o Tribunal Constitucional pudesse indicar, com força vinculante, qual norma repristina em razão de sua decisão de inconstitucionalidade, estaria ele, então, transformando-se em uma megainstância com influência na

⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., pág. 1016;

⁶⁴ MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, cit., pág. 666;

resolução de casos concretos que se encontram sob a responsabilidade de outros tribunais⁶⁵.

Tiago Félix da Costa compartilha desse entendimento, afirmando que uma eventual repristinação é questão a ser resolvida pelos demais tribunais, na ocasião do julgamento de casos concretos que lhes cheguem⁶⁶.

No ordenamento jurídico austríaco é exemplo de modelo em que o oposto ocorre: cabe ao Tribunal Constitucional indicar expressamente se a repristinação ocorre e, diante de conclusão afirmativa, quais normas repristinam, por força da parte final do n^o 6 do artigo 140 da Constituição desse país⁶⁷.

13. Notas específicas sobre a repristinação no âmbito do controle judicial sucessivo concreto de constitucionalidade

A grande problemática em relação à repristinação no âmbito do controle judicial sucessivo concreto de constitucionalidade diz respeito, na verdade, a saber se ela realmente ocorre nessa modalidade de fiscalização. Em caso de resposta positiva, muito daquilo que se expôs no capítulo anterior vale também para ela.

O n^o 1 do artigo 282 da Constituição da República Portuguesa prevê a repristinação como efeito da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. No entanto, a mesma Constituição não traz dispositivo algum que se refira aos efeitos de tal declaração no âmbito do controle sucessivo concreto de constitucionalidade⁶⁸.

No entanto, autores entendem que o efeito repristinatório também ocorre nessa seara. Para Rui Medeiros, por exemplo, os fundamentos dessa ocorrência são os mesmos que justificam a repristinação na esfera

⁶⁵ *Idem, ibidem*, pág. 666;

⁶⁶ COSTA, Tiago Félix da, *A repristinação de normas no recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade*, cit., pág. 446;

⁶⁷ MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, cit., pág. 665;

⁶⁸ CANAS, Vitalino, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional: conteúdo, objeto, efeitos*, cit., pág. 70;

do controle abstrato de constitucionalidade: como a norma inconstitucional é inválida *ab initio*, também o é o efeito revogatório que fez incidir sobre a norma anterior⁶⁹.

Vitalino Canas percebe a repristinação como efeito típico da declaração de inconstitucionalidade em sede de fiscalização concreta, e, mais que isso, afirma ser a solução repristinatória a mais lógica e cômoda. Ela, além de evitar o vazio legislativo em matérias sobre as quais é conveniente que haja regulamentação legal, implica recorrer a uma solução criada pelo legislador, e não pelo órgão judicial em sua tarefa integrativa. Assim, esse autor conclui que, mesmo na ausência de expressa disposição constitucional nesse sentido, a decisão de provimento em controle concreto de constitucionalidade provoca a repristinação da norma ou normas anteriores⁷⁰.

Contudo, esse mesmo autor admite que a repristinação no âmbito do controle concreto de constitucionalidade não é rigorosamente idêntica a que ocorre em sede de controle abstrato. Neste, a norma revogada retornaria ao ordenamento jurídico, recuperaria sua vigência em termos gerais e abstratos, enquanto, no controle concreto, haveria somente um dever de aplicação da lei anterior pelo juiz da causa⁷¹.

Tiago Félix da Costa, no entanto, adota posição diversa ao defender que o efeito repristinatório não é típico às decisões de inconstitucionalidade em controle concreto. Para ele, essa possibilidade, embora exista, não se impõe à generalidade dos casos, pois a responsabilidade de decidir o caso concreto é do tribunal recorrido, que, pode recorrer à norma revogada anterior ou, ao contrário, pode não fazê-lo, se utilizando de outra solução jurídica⁷².

⁶⁹ MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, cit., pág. 656;

⁷⁰ CANAS, Vitalino, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional: conteúdo, objeto, efeitos*, cit., pág. 72;

⁷¹ *Idem*, *ibidem*, pág. 74;

⁷² COSTA, Tiago Félix da, *A repristinação de normas no recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade*, cit., pág. 449;

Para esse jurista, é vedado ao Tribunal Constitucional, inclusive, por ocasião do exercício do controle concreto de constitucionalidade, limitar os efeitos repristinatórios, mesmo quando julgar que a norma que crê repristinável naquele caso seja também inconstitucional⁷³.

Esse autor contesta a tese de que a declaração de inconstitucionalidade, no âmbito do controle concreto de constitucionalidade, gere um vazio legislativo. Tal declaração, nesse caso, acarretaria apenas a inaplicabilidade da lei ao caso em questão, e não a erradicação da lei do ordenamento jurídico, como ocorre em controle abstrato, já que, afinal, a norma pode ser aplicada em outros casos concretos, em qualquer outro processo⁷⁴.

14. Conclusão

A repristinação fruto da atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade constitui tema rico em problemáticas, muitas delas envoltas em grande polêmica doutrinária.

A importância do tema, além disso, é notável. Restaurar ou não a norma anterior envolve cruciais questões e princípios caros ao ordenamento jurídico, como, por exemplo, a segurança jurídica, a igualdade.

Como visto, há uma série de definições de repristinação ligeiramente diferentes entre si. A repristinação no controle judicial de constitucionalidade possui características que a encaixam no mais restrito dos conceitos. Ela é consequência direta da declaração de nulidade da norma inconstitucional, esta que, por não surtir *ab initio* efeitos, não chega a revogar a norma anterior, que, assim, ressurgue.

Ao menos no que diz respeito ao controle abstrato de constitucionalidade, o legislador constituinte claramente tomou uma posição expressa a respeito do tema, impondo a repristinação como efeito, embora limitável, da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. O

⁷³ *Idem, ibidem*, pág. 449;

⁷⁴ *Idem, ibidem*, pág. 446;

Tribunal Constitucional só pode restringir esse efeito em certas circunstâncias, e deve fundamentar esta escolha.

Referências

- CANAS, Vitalino, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional: conteúdo, objeto, efeitos*, 2ª edição revista, A.A.F.D.L., Lisboa, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª edição, 16ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa: anotada*, 4ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional*, 1ª edição, Almedina, Coimbra, 2016.
- COSTA, Tiago Félix da, “A Repristinação de Normas no Recurso de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade”, *In O Direito*. Ano 140, II, 435-453.
- FELIPPE, Donald J., *Dicionário jurídico de bolso: terminologia jurídica: termos e expressões latinas de uso forense*, 16ª edição, Millennium Editora, Campinas, 2004.
- FRANCO, João Melo/MARTINS, António Herlander Antunes, *Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*, 3ª edição revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 1993.
- KATCHI, António, *Dicionário da Parte Geral do Código Civil Português*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2013.
- LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, volume I, 4ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.
- MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, 1º edição, Universidade Católica, Lisboa, 1999.
- “Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional”, *O Direito* (1989).
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, parte VI, 4ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

- MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- PAULO, Antonio de (ed.), *Pequeno Dicionário Jurídico*, 2ª edição, DP&A, Rio de Janeiro, 2004.
- PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, volume I, 5ª edição actualizada e aumentada, Almedina, Coimbra, 2010.
- SIDOU, J. M. Othon, *Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, 9ª edição, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2004.
- SILVA, De Plácido e, *Vocabulário Jurídico*, 15ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1999.
- TELES, Miguel Galvão, “Inconstitucionalidade pretérita”, *Nos dez anos da Constituição*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1986.

Devemos Desistir de Falar Sobre Crime de Colarinho Branco? (Breves Notícias e Reflexões sobre Polêmicas Ligadas à sua Definição)

*Gabriel Marson Junqueira*¹

1. Introdução²

Desde a data em que foi cunhada a expressão *white-collar crime* até hoje, passaram-se mais de 80 anos. Foi em 1939 que Edwin Sutherland a utilizou, publicamente, pela primeira vez, em seu discurso de posse na presidência da Associação Americana de Sociologia. A partir daí, o conceito de crime de colarinho branco tem sido objeto de um aparentemente interminável debate intelectual. Apesar disso – ou foi justamente por isso? –, celebrou-se, transbordando o universo acadêmico e caindo no gosto e uso popular.

O presente trabalho tem por objetivo analisar aquelas que nos parecem as principais polêmicas envolvendo o conceito de crime de colarinho branco. Não temos, aqui, a pretensão de esgotar o assunto. Seria praticamente impossível referir todos os posicionamentos até aqui defendidos, ou mesmo todas as polêmicas ligadas à definição daquele fenômeno criminal.

¹ Professor de Direito Processual Penal no Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal/SP. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Graduado em Direito pela PUC-Campinas. Membro do Ministério Público de São Paulo.

² Em grande medida, o presente texto corresponde ao tópico 2.1. do livro *A prevenção da corrupção na administração pública: contributos criminológicos, do corporate compliance e public compliance*, Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2019, do mesmo autor.

Do mesmo modo, não temos a pretensão de apresentar respostas definitivas às questões que serão suscitadas, em que pese nosso esforço para esboçar uma visão crítica delas. O conceito de *crime* de colarinho branco deve abarcar apenas aquelas condutas já sancionadas pela lei penal, ou deve envolver também aquelas que, por variadas razões, deveriam sê-lo? O conceito deve se ligar, essencialmente, às qualidades do agente, ou, em vez disso, deve se basear nas características da conduta praticada? É possível, com segurança, traçar uma linha que divida os crimes de colarinho branco da criminalidade organizada? Eis as principais questões que serão, nas páginas seguintes, abordadas.

Afigura-se-nos importante o enfrentamento desses pontos. A adoção de um ou outro conceito de *white-collar crime*, quase que inevitavelmente, impactará na resposta a eventual questionamento sobre a igualdade ou desigualdade de tratamento dos criminosos mais poderosos pelas instâncias formais de controle. Do mesmo modo, a opção por um caminho, em detrimento de outro, trará facilidades ou obstáculos à tentativa de construção de modelos de controle³.

Na expectativa de bem cumprirmos nossa missão, inicialmente, faremos uma breve exposição do contexto em que surgiu a teoria do crime de colarinho branco. Na sequência, faremos referência ao conceito de Sutherland de crime de colarinho branco, tentando explicar seus elementos constitutivos. Ao depois, traremos as principais críticas ao conceito de Sutherland, de modo a explicitar o ambiente em que surgiram formas alternativas de definição, baseadas menos no criminoso e mais na conduta praticada. Passaremos, então, às críticas a tais alternativas. Já mais próximos do fim, faremos breve menção a sub-conceitos ou manifestações do crime de colarinho branco, dotadas de maior operatividade, para, a seguir, abordar as semelhanças e possíveis diferenças entre o crime organizacional – modalidade de *white-collar crime* – e o crime organizado. Percorrido esse caminho, faremos nossas considerações finais.

³ Cf. CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *O crime do colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*, Coimbra Editora, 2001, p. 71-72.

2. Contexto em que surgiu a categoria *white-collar crime*

Quando Sutherland fez seu famoso discurso de posse, em 1939, a criminologia era algo muito diferente do que é hoje. À época, as teorias criminológicas ofereciam, cada qual, a sua resposta para a pergunta então considerada fundamental para esse ramo do conhecimento: qual a causa que subjaz a todo e qualquer comportamento criminoso? Até o trabalho desenvolvido por Sutherland, as explicações sobre a conduta delitiva oscilavam entre fatores patológicos sociais – pobreza, más condições de moradia, falta de lazer etc. – ou pessoais – *v.g.*, anormalidades biológicas, inferioridade intelectual ou instabilidade emocional⁴.

Sutherland, diferentemente, acreditava que nem a pobreza era a causa explicativa do crime, nem eventuais anormalidades do criminoso. Credo existir mesmo uma casa única – donde sua teoria ser monofatorial –, mas diferente daquelas, sustentou que qualquer conduta criminosa poderia ser explicada a partir de um processo de aprendizagem, ocorrido principalmente no interior de grupos, que incluiria a motivação, as técnicas de cometimento do delito, que poderiam ser complexas ou simples, e a justificação, ou racionalização⁵.

Sua teoria geral da conduta delitiva foi denominada de teoria da associação diferencial. Isso porque, acreditava Sutherland, “a conduta delitiva se aprende em associação com aqueles que a definem favoravelmente e em isolamento em relação àqueles que a definem desfavoravelmente”⁶. Para ele, quando – e apenas quando – o peso das definições favoráveis excede o das definições desfavoráveis à violação da lei, o agente pratica a conduta delitiva⁷.

⁴ Cf. EDWIN SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, Trad. Rosa del Omo, Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969, p. 11.

⁵ Cf. SUTHERLAND, CRESSEY e LUCKENBILL, *Principles of criminology*, General Hall, Inc., 1992, p. 88-90.

⁶ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco...*, cit., p. 179.

⁷ Cf. SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco...*, cit., p. 179. Sobre o que são “definições” – favoráveis ou desfavoráveis à violação da lei – MAURICE CUSSON, *Criminologia*, Editora Casa das Letras, Alfragide, 2011, p. 148, sustenta que “são as atitudes face a um comportamento desviante e o significado que lhe é atribuído”. Logo na sequência, o

A teoria do crime de colarinho branco surgiu justamente nesse contexto, isto é, como prova da adequação da teoria da associação diferencial⁸. Em sendo possível demonstrar que pessoas respeitáveis e de alto *status* social também praticam crimes, e com frequência, então automaticamente teriam de cair por terra as teorias que encontravam em patologias sociais ou pessoais a causa explicativa de todo e qualquer comportamento criminoso⁹. Afinal, os criminosos de colarinho branco nem poderiam ser considerados anormais, nem eram pobres.

Curioso que aquela que era a teoria “predileta” de Sutherland, atualmente, é pouco prestigiada. Em que pese tenha sido objeto, inicialmente, de admiração, na sequência, vieram duras críticas¹⁰. Ainda assim, há quem proponha não um abandono, mas uma leitura mais atual da teoria da associação diferencial, mediante avaliação do papel desempenhado pela imprensa. Crendo que “a mídia não é um simples espelho da realidade, mas uma verdadeira intervenção na realidade”, Shecaira chama a atenção para os crimes tratados de forma sensacionalista pela imprensa. Depois da intervenção da mídia, não raro, em sua avaliação, surgem imitadores, que buscam o mesmo “sucesso” obtido a partir do ato criminal precedente¹¹.

Seja como for, hoje, parece não haver dúvida de que a teoria de Sutherland mais conhecida é a do crime de colarinho branco. Esta, que, de início, tinha papel secundário, tornou-se célebre, apesar de também ter sido alvo de críticas, ligadas, sobretudo, à forma como foi conceituado o *white-collar crime*. Mas trataremos melhor disso nos capítulos seguintes.

criminologista canadense esclarece que, com relação às definições favoráveis, elas podem ser positivas (quando o ato desviante é apresentado como algo moralmente desejável) ou neutralizantes (quando ele é justificado, desculpado ou racionalizado, minando a autoridade da proibição).

⁸ Nesse sentido, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 45. Por essa razão, MANNHEIM, *Criminologia comparada, vol. II*, Trad. J. F. Faria Costa e M. Costa Oliveira, Fund. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, p. 732, afirmou que a teoria da associação diferencial era a “predileta” de Sutherland.

⁹ Nesse sentido, *vide* o próprio SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco...*, cit., p. 14.

¹⁰ Para maiores referências sobre tais críticas, *vide* CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 93.

¹¹ *Criminologia*, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 180-181.

3. Conceito de Sutherland de crime de colarinho branco

Sutherland, ao cunhar a expressão *white-collar crime*, apresentou um seu conceito “aproximado”. Com efeito, afirmou se tratar de “delito cometido por uma pessoa de respeitabilidade e *status* social alto, no âmbito de sua atividade profissional”¹².

Apesar de sua aparente simplicidade e operatividade, desde o início, o sentido reservado, por Sutherland, àquela expressão resultou problemático. É que, por um lado, recorrentemente, ao definir *white-collar*, apontou para as pessoas de elevado *status* social – excluindo, de conseguinte, os denominados *blue-collar criminals*. Por outro, ao proceder à sua investigação, centrou-a prevalentemente sobre os quadros médios das grandes corporações¹³. Ainda assim, como veremos mais à frente, até os dias de hoje, há quem defenda um conceito de crime de colarinho branco essencialmente igual ao apresentado por Sutherland, razão pela qual entendemos por bem passar a analisá-lo mais cuidadosamente.

Como propõe Mannheim, parece possível decompor o conceito inicial de crime de colarinho branco em cinco elementos, a saber: a) é crime; b) cometido por pessoas respeitáveis; c) de elevado *status* social; d) no exercício de uma ocupação profissional; e e) mediante violação de confiança¹⁴. Além disso, na ótica de Sutherland, constituía apanágio dos crimes e colarinho branco a imunidade dos seus autores à atuação das instâncias formais de controle¹⁵. Parece interessante sublinhar que essa última nota referente aos crimes de colarinho branco – a impunidade – é de tamanha importância que já se chegou a sustentar que a essência de tal categoria criminológica nem radica na sua danosidade geral, nem nos bens jurídicos afetados, nem, ainda, na qualidade ou *status* social do agente, ou em sua

¹² SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco...*, cit., p. 13.

¹³ Cf. COSTA ANDRADE, *White-collar crime e Justiça Penal: uma abordagem criminológica*, in Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, n^o 3, Porto, 1999, p. 12.

¹⁴ Cf. *ob. cit.*, p. 724.

¹⁵ Cf. CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 46.

motivação. Radica, isso sim, na imunidade estrutural de que gozam certos atores sociais¹⁶.

Com relação aos cinco elementos enunciados, afigura-se-nos importante dizer, prontamente, que nenhum deles escapa a algum nível de problematização. O conceito de *crime* de colarinho branco deve abarcar apenas aquelas condutas já sancionadas pela lei penal, ou deve ter, em alguma medida, um pendor reformista do direito criminal? O que entender por respeitabilidade? Quais critérios devemos utilizar para inferir se uma pessoa tem ou não elevado *status* social? Devemos incluir ou excluir, do âmbito do conceito de crime de colarinho branco, as ocupações ilícitas, como as de traficantes de drogas e estelionatários? O que caracteriza uma relação de confiança? Por ora, o que nos interessa é, antes de tudo, tentar identificar como Sutherland enxergou cada uma dessas questões.

É frequente a crítica a Sutherland, pelo fato de ele ter, eventualmente, incluído, no conceito de *white-collar crime*, condutas que constituiriam meros ilícitos civis ou administrativos, e não infrações penais. Como afirma Mannheim, “é um fato que algumas das suas múltiplas exposições dedicadas ao tema parecem justificar essa crítica”¹⁷. Na mesma linha, Stuart P. Green sustenta que grande parte dos comportamentos com os quais Sutherland estava preocupado – como práticas anticoncorrenciais, violação de patentes e práticas laborais injustas – ou não estava sujeita a sanções penais ou, se estivesse, raramente era processada como tal¹⁸. No ponto, todavia, parece ter razão Cláudia Cruz Santos, para quem o “inventor” do crime de colarinho branco, em suas pesquisas, centrou, sim, suas atenções nos ilícitos penais, sem prejuízo de criticar a não criminalização de diversas práticas danosas, comumente adotadas pelos poderosos, no âmbito negocial¹⁹.

¹⁶ Cf. JULIO VIRGOLINI, *Delito de cuello blanco. Punto de inflexión en la teoría criminológica*, in *Doctrina Penal: Teoría y Práctica en Las Ciencias Penales*, ano 12, nº 46/47, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 365.

¹⁷ *Ob. cit.*, p. 724.

¹⁸ Cf. *The Concept of White Collar Crime in Law and Legal Theory*, in *Buffalo Criminal Law Review*, nº 8, 2004, p. 105.

¹⁹ Nesse sentido, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 45.

De qualquer modo, não vemos problema em eventual adoção ora de um conceito com viés reformista, ora de uma perspectiva legalista. Cremos que, a título de exemplo, se o objetivo é criticar a seletividade operada pelo legislador, será mesmo necessária a adoção de um conceito de *crime* de colarinho branco desconectado dos tipos penais já consagrados. Por outro lado, um viés legalista já se impõe se o objetivo é verificar eventual desigualdade de tratamento de criminosos de *white-collar* por membros do ministério público e juízes.

Um dos papéis do criminólogo é reunir material para propor reformas à legislação penal. Vale dizer, não vemos razão para apoiar o posicionamento de Paul Tappan, para quem só é crime o que foi considerado como tal pela justiça penal²⁰ - concepção que estrangula ainda mais a perspectiva legalista. Tal posição implicaria enorme redução do papel crítico que cabe à criminologia. A nosso ver, o crime de colarinho branco, em especial, não pode ser estudado separadamente da distribuição de poder na sociedade. Muitas vezes, o tratamento desigual principia, justamente, na escolha de quais condutas serão ameaçadas com sanção penal e quais ficarão sujeitas a sanções administrativas ou civis²¹.

Na mesma linha, Figueiredo Dias e Costa Andrade chamam a atenção para a incestuosidade entre a economia e a política (leia-se: o poder legislativo e sua capacidade de criminalização e descriminalização primárias), como sendo uma das principais causas da sub-representação dos criminosos de colarinho branco nas estatísticas oficiais²².

Com relação ao segundo elemento (respeitabilidade do agente), em que pese a possibilidade de confusão com o terceiro, parece razoável sustentar que aquele se refere à ausência de antecedentes criminais²³. A

²⁰ Apud ARJAN REURINK, *From Elite Lawbreaking to Financial Crime: The Evolution of the Concept of White-Collar Crime*, MPIfG Discussion Paper 16/10, Max Planck Institute for the Study of Societies, Cologne, 2016, p. 05.

²¹ Cf. ARJAN REURINK, *ob. cit.*, p. 05. Também em tom crítico à seletividade operada já no momento da criminalização ou não da conduta, pelo legislador, ver JULIO VIRGOLINI, *ob. cit.*, p. 366, e COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 18.

²² Cf. *Criminologia, O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra Editora, 2013, p. 387.

²³ Cf. CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 45-46.

questão que fica e que foi bem lembrada por Mannheim²⁴ diz respeito ao seguinte: essa ausência de antecedentes está relacionada com a inexistência de condenações precedentes por “crimes de rua”, ou por qualquer tipo de crime?

O terceiro elemento (elevado *status* social do agente), segundo Sutherland, diz com o conceito de que goza alguém junto à comunidade. O autor norte-americano admite não se tratar de algo totalmente claro, mas aponta para o fato de que estaria bastante ligado a poder. Nada teria que ver, por outro lado, com honestidade²⁵. Muito provavelmente, aqui se encontra o elemento mais problemático da definição de Sutherland. É que, na sociedade atual, talvez seja bastante difícil encontrar critérios seguros para traçar a linha que separaria as classes sociais²⁶. Quais indicadores usar para fazê-lo? Será que todo administrador tem elevado *status* social? Para os críticos do conceito de Sutherland, termos como “alto *status* social”, “elite” e “rico” seriam demasiadamente vagos, hodiernamente – mas aqui já fazemos adiantamento porventura indevido de algo que será melhor tratado adiante.

O quarto elemento do conceito de Sutherland de crime de colarinho branco (cometido no exercício de uma ocupação profissional), a seu turno, é de mais fácil visualização, apesar de ser também, atualmente, bastante problemático. Por agora, destacamos que autor norte-americano, em princípio, quis fazer menção a atividades ocupacionais perfeitamente legais. Com isso, estariam fora do raio de alcance da categoria quer os criminosos profissionais, como estelionatários e assaltantes, quer os grupos de crime organizado²⁷ – a esse específico ponto, todavia, retornaremos já na parte final do presente trabalho. Do mesmo modo, por não se relacionarem com qualquer atividade profissional, estariam fora daquele raio os denominados *middle-class crimes*, cujos exemplos

²⁴ Cf. *ob. cit.*, p. 725.

²⁵ Cf. *El delito de cuello blanco...*, cit., p. 172.

²⁶ Cf. MANNHEIM, *ob. cit.*, p. 728.

²⁷ Cf. ARJAN REURINK, *ob. cit.*, p. 05.

habitualmente apontados são o da evasão fiscal e o da fraude contra companhias seguradoras²⁸.

Por derradeiro, passamos a cuidar do último elemento (violação da confiança) resultante da decomposição conceitual sugerida por Mannheim. Os crimes de colarinho branco se consubstanciam, por exemplo, em pilhagem de filiais, má representação de interesses financeiros de um terceiro ou de uma empresa, corrupção, crimes ambientais e venda ou anúncio de produtos ou serviços com especificações falsas. Assim, ao que parece, os *white-collar crimes* envolveriam, talvez invariavelmente, em alguma medida, violação ou manipulação de normas de confiança. Atento a isso, Sutherland afirmou que os variados tipos de crimes de colarinho branco, no âmbito negocial ou profissional, consistem, principal e essencialmente, em violação de uma confiança implícita ou expressamente depositada²⁹.

Como veremos mais à frente, muitos dos críticos a uma *offender-based conceptualization*, como a propugnada por Sutherland, defendem que a essência do crime de colarinho branco deve ser encontrada numa violação de confiança, e não nas características do agente. Esses partidários de uma *offense-based conceptualization*, portanto, em geral, dão grande enfoque ao elemento do conceito de Sutherland de que ora tratamos. No momento oportuno, tentaremos aprofundar o que se deve entender por confiança e por sua violação.

3.1 O porquê da impunidade para Sutherland

Como vimos acima, para Sutherland, a impunidade era um apanágio dos crimes de colarinho branco. Ao tentar entender o porquê da impunidade dos poderosos à atuação das instâncias formais de controle, o célebre criminólogo norte-americano encontrou três linhas de explicação³⁰.

²⁸ Como lembra CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 81.

²⁹ *Apud* SHAPIRO, Susan, *Collaring the crime, not de criminal: reconsidering the concept of white-collar crime*, in *American Sociological Review*, nº 55, 1990, p. 347.

³⁰ Cf. CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 56.

Em primeiro lugar, acreditava Sutherland que os criminosos de colarinho branco recebiam, de juízes e membros do ministério público, um tratamento privilegiado. Isso por haver, entre eles, uma certa “homogeneidade cultural”³¹. O homem de negócios, em vez de se encaixar no estereótipo de “criminoso”, era objeto de um misto de “medo e admiração”, por parte de juízes e membros do ministério público³². Em razão disso, sua capacidade de influir no resultado do processo penal seria muito maior do que a do criminoso “comum” – cuja “competência de ação”, isto é, de comportar-se adequadamente em uma sessão de julgamento, antecipando, inclusive, estratégias da parte contrária e, assim, obviando as consequências de cada etapa processual, é sabidamente reduzida³³.

Em segundo, os *white-collar crimes* seriam menos permeáveis à intervenção penal. Na ótica de Sutherland, a tendência generalizada de usar métodos não penais no enfrentamento de comportamentos não desejados socialmente teria avançado muito mais rapidamente no âmbito dos crimes de colarinho branco. Como se não bastasse, nos poucos casos em que as condutas estavam, de fato, criminalizadas, era possível notar, por parte das instâncias formais de controle, uma grande falta de familiaridade com os respectivos diplomas legislativos³⁴. Afora a necessidade de conhecimentos muito específicos para a condução da investigação³⁵.

Em terceiro e último lugar, o “inventor” do crime de colarinho branco identificou um fosso entre os tipos penais relacionados com o fenômeno criminal em pauta e o modo como a população, em geral, via as condutas tipificadas. Dito de outro modo, parecia não haver, junto à população, uma efetiva consciência de que os crimes de colarinho branco eram, de fato, graves. Muito pelo fato de que, nesses casos, não se consegue vislumbrar

³¹ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco...*, cit., p. 41.

³² SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco...*, cit., p. 41.

³³ Sobre o que entender por “competência de ação”, ver FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 377 e ss.

³⁴ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco...*, cit., p. 42-43.

³⁵ Cf. CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 57.

uma vítima, em particular, “que sofra muito em um momento determinado”³⁶.

Com relação às linhas de explicação encontradas por Sutherland, quando tentou compreender o porquê da imunidade dos criminosos de colarinho branco, a nosso ver, talvez seja mais apropriada uma análise conjugada da primeira e da terceira. Ou seja, a questão que fica é: será que juízes e membros do ministério público davam (ou dão?) aos poderosos um tratamento privilegiado por os admirarem – ou em razão da tal “homogeneidade cultural” –, ou será que, em vez disso, agiam daquele modo porque as práticas denunciadas eram, em alguma medida, conforme aos costumes da época? Ou seria, ainda, resultado de uma mescla desses fatores? Antes de nos precipitarmos em uma resposta, talvez seja conveniente recordar que os magistrados são tão membros da comunidade quanto quaisquer outras pessoas. Em regra, pois, partilham dos mesmos valores, crenças, medos e visões de mundo.

Concordamos, assim, com Nicolás González-Cuéllar Serrano, que procede a uma avaliação conjunta da percepção social da criminalidade de colarinho branco e da forma de atuação – menos severa ou não – das instâncias formais de controle. Para ele, na atualidade, “pelo maior compromisso alcançado pela sociedade em seu conjunto com o Estado social e democrático de Direito, resulta difícil encontrar compreensão, dentro do âmbito da Administração da Justiça, com os fenômenos delitivos de que nos ocupamos”³⁷.

4. Críticas ao conceito de Sutherland

Como veremos ao longo deste trabalho, em matéria de conceito de crime de colarinho branco, há muito pouco que se possa dizer seja

³⁶ SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco...*, cit., p. 43 e 176. Como bem lembra CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 57, com bastante frequência, as violações praticadas pelas pessoas poderosas se prolongam no tempo e afetam “um grande número de pessoas mas, relativamente a cada uma delas, sem demasiada gravidade”.

³⁷ *Halcones y palomas: la persecución penal de la corrupción y de la delincuencia económica*, in *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 515 (tradução livre).

consensual. E a polêmica não envolveu apenas o significado da expressão *white-collar crime*, mas atingiu também ela própria. Isto é, há quem prefira, em vez de “crime de colarinho branco”, as expressões “crimes dos poderosos”, “crimes da elite”, *respectable crimes*, “delitos econômicos e financeiros”, dentre outras³⁸. Contudo, a nosso ver, essa questão terminológica ou é secundária, ou constitui mera decorrência lógica de uma tomada de posição ante o debate sobre o significado da célebre expressão cunhada por Sutherland. Por isso, centrar-nos-emos na polêmica ligada ao seu significado.

Inicialmente, a pesquisa de Sutherland sobre os crimes de colarinho branco não encontrou a ressonância que ele esperava no trabalho dos demais criminólogos. Foi apenas na década de 70 que a agitação social e grandes escândalos corporativos – especialmente, Watergate e Lockheed, nos EUA – trouxeram um novo espírito, contrário à ordem econômico-social. Naquela atmosfera, de profunda contestação da legitimidade dos detentores do poder, renovou-se a preocupação com a criminalidade de ricos e poderosos e, de conseguinte, com o trabalho de Sutherland³⁹. Também na década de 70, a teoria dos crimes de colarinho branco recebeu novos aportes teóricos, vindos, notadamente, dos paradigmas da teoria das organizações – o que explica a grande atenção dada aos crimes organizacionais⁴⁰.

Renovada a preocupação com o *white-collar crime*, o debate acerca do seu significado não demorou a começar. Como lembra Green, ele se desenvolveu – e persiste até hoje – em algumas frentes principais⁴¹. Uma delas já foi sucintamente tratada acima e diz respeito à conveniência ou não de se incluir, debaixo da expressão, outras formas de “desvio”, de índole não-criminal. Já uma outra se liga à questão de saber se o conceito de crime de colarinho branco deve se centrar nas características do agente

³⁸ Cf. JULIO VIRGOLINI, *ob. cit.*, p. 353-354.

³⁹ Cf. ARJAN REURINK, *ob. cit.*, p. 04.

⁴⁰ Nesse sentido, Braithwaite, *apud* CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 75.

⁴¹ Cf. *ob. cit.*, p. 104.

(ocupação de determinados postos de trabalho ou detenção de alto nível socioeconômico), ou se, em vez disso, deve se focar nas particularidades de certos atos. Em nosso sentir, o ponto fulcral é o segundo. Cremos que várias discussões relacionadas com a definição daquele fenômeno criminal, no fundo, parecem se reconduzir a esse embate, entre uma *offense-based definition* e uma *offender-based definition*⁴².

Os críticos a uma *offender-based conceptualization*, como a sugerida por Sutherland, passaram a sustentar, com insistência crescente, que não seria correto definir um crime com base nas características do agente, em detrimento das qualidades da conduta levada a efeito. Na ótica de Susan Shapiro, *v.g.*, uma definição baseada no agente gerava a reunião, sob a expressão *white-collar crime*, de uma vasta e indiferenciada gama de condutas, desde descuidos e negligências até fraudes e conluíus⁴³.

Os críticos do conceito de Sutherland, outrossim, centraram fogo nas noções de alto *status* social e de respeitabilidade. Alegam, ainda hoje, que constituem ideias muito imprecisas e que tal imprecisão, como adiantamos acima, foi crescendo no decorrer do século XX, especialmente nos países mais industrializados. A distinção entre *white-collar* e *blue-collar worker*, que talvez fosse clara à época de Sutherland, foi, em grande parte, desaparecendo, ao longo do século passado. Atualmente, não seria possível afirmar que empregos típicos de colarinho branco seriam sinônimos de alto *status* social, poder, prestígio e respeitabilidade. Além disso, com o advento do computador e das burocracias modernas, grandes transações passaram a envolver profissionais que, antes, não tinham qualquer acesso a elas. Seria, por tudo isso, arbitrário, para os defensores de uma *offense-based conceptualization*, distinguir comportamentos idênticos, com motivos semelhantes, chamando um de crime de colarinho branco e o outro, de algo mais⁴⁴.

⁴² Nesse sentido, outrossim, ARJAN REURINK, *ob. cit.*, p. 19.

⁴³ Cf. *ob. cit.*, p. 350.

⁴⁴ Como notícia ARJAN REURINK, *ob. cit.*, p. o8.

Outro argumento costumeiramente invocado para criticar uma *offender-based conceptualization* diz respeito ao alegado fato de ser problemático incluir o *status* social na definição, uma vez que, ao se proceder desse modo, ficaria excluída a possibilidade de utilizar o *status* social do agente como variável explicativa⁴⁵. Nessa linha, o *status* social elevado seria importante porque facilitaria o acesso às oportunidades para cometer os crimes de colarinho branco. Ou seja, o *status* ajudaria o agente na distribuição social das posições de confiança, as quais, por sua vez, proporcionam as oportunidades para o abuso⁴⁶. Essa importante questão, para os críticos de Sutherland, com a inclusão da variável “*status* social” na própria definição de *white-collar crime*, ficaria logicamente descartada.

Finalmente, na linha do que afirma Croall, aos poucos, foram surgindo pesquisas que teriam desafiado a automática associação entre crime de colarinho branco e pessoas de elevado *status* social. Muitas delas teriam revelado que os agentes vinham de todos os níveis de ocupação⁴⁷.

Nos EUA, o debate relativo ao conceito de crime de colarinho branco, a nosso ver, apresenta ainda uma dificuldade adicional. É que diversos textos legislativos têm feito uso da expressão *white-collar crime*, em contextos variados. E, parece-nos evidente, a interpretação daquela expressão, pelos operadores do direito daquele país, no exercício de suas atividades, não pode se pautar em características do agente (respeitabilidade, alto *status* social etc.), sob pena de ofensa à isonomia. A expressão já foi usada, *v.g.*, para identificar circunstâncias agravantes (seção 186.11 do Código Penal da Califórnia)⁴⁸.

Nos EUA, portanto, em nosso sentir, qualquer debate sobre o conceito de crime de colarinho branco deve deixar claro se o que está em jogo é ou não a interpretação daqueles diplomas legais que consagraram a

⁴⁵ Como notícia ARJAN REURINK, *ob. cit.*, p. 08.

⁴⁶ Cf. SUSAN SHAPIRO, *ob. cit.*, p. 358. Logo, para a autora, o *status* faria parte da explicação do *white-collar crime*, e não de sua definição.

⁴⁷ Cf. *White collar crime. Criminal justice and criminology*, Open University Press, Philadelphia, 1992, p. 166.

⁴⁸ Para uma relação mais detalhada dos diplomas legais que fizeram uso da expressão *white-collar crime*, nos EUA, ver GREEN, *ob. cit.*, p. 119-120.

expressão em pauta. No primeiro caso, uma *offender-based definition* teria de ser descartada, mas já não se a discussão está adstrita ao campo da sociologia ou da criminologia. Aliás, parece-nos bastante equivocada a adoção, pelo legislador penal, sem grandes cautelas, de conceitos criminológicos, que não precisam da mesma determinabilidade exigível de conceitos jurídico-penais, além de cumprirem finalidades distintas.

Com alicerce nessas críticas, ponderações e constatações, especialmente, foram surgindo tentativas de conceituação do crime de colarinho branco com base nas características da conduta praticada, e não do agente. Em razão dos estreitos limites impostos a este trabalho, no capítulo seguinte, daremos notícia de algumas dessas tentativas, mas sem pretensão de mencionar todas.

5. Conceito objetivo

Edelhertz, então membro do *National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice*, foi o primeiro a defender, na década de 70, uma “democratização” do conceito de crime de colarinho branco e, nessa linha, a adotar uma *offense-based definition*. Ele o definiu como “crime contra a propriedade cometido por meios não-físicos através do uso de engano ou ocultação”⁴⁹.

A ideia defendida por Edelhertz, ligada à necessidade de se trabalhar com uma *offense-based definition*, foi acompanhada por outros estudiosos, mas acabou dando lugar a duas abordagens distintas: uma legalista e uma sociológica. A linha legalista utiliza a legislação penal como ponto de partida para a definição de crimes de colarinho branco, enquanto que a linha

⁴⁹ *Apud* MICHAEL BENSON e TAMARA MADENSEN, *Situational Crime Prevention and White-Collar Crime*, in *International handbook of white-collar and corporate crime*, Springer, 2007, p. 611 (tradução livre). SUSAN SHAPIRO, *ob. cit.*, p. 347, advogando ideias semelhantes, falou numa necessidade de “libertação” do conceito de *white-collar crime*. Nos EUA, como ressalta GREEN, *ob. cit.*, p. 115, os operadores do direito, de uma maneira geral, estão mais inclinados do que os sociólogos a usar o termo *white-collar crime* para se referir a atos, e não a atores, e ao crime real, em vez de mero desvio.

sociológica traz, para o núcleo da definição de crime de colarinho branco, a noção de violação ou manipulação de normas de confiança⁵⁰.

De acordo com essa última abordagem, os estudos sobre crime de colarinho branco devem focar a maneira pela qual seus agentes exploram as vulnerabilidades estruturais das relações de confiança, notadamente por meio de fraude. Susan Shapiro desenvolveu trabalho paradigmático a respeito. Em passagem bastante impressionante, a autora sustentou ser preciso olhar para além do guarda-roupa do agente e identificar seu *modus operandi*, assim como a maneira pela qual ele conseguiu tirar proveito da confiança em si depositada⁵¹. Assim, o foco mudaria para as oportunidades criadas para os desvios e para a construção de meios de controle.

Mas, aqui, poderia surgir a seguinte pergunta: em que consiste essa “confiança”, cuja violação ou manipulação caracterizaria o crime de colarinho branco? Na ótica de Susan Shapiro, uma relação de confiança existe quando os interesses de uma pessoa (beneficiário) são administrados por outra (curador), mas aquele não tem condições de dizer, exatamente, como este deve executar suas obrigações. Não há, portanto, reais condições para controle imediato por parte do beneficiário. A relação é, assim, assimétrica, em termos de informações vitais⁵².

Dito de forma talvez mais completa, nas relações de confiança, os beneficiários raramente têm condições de controlar os atos dos curadores, quer porque não têm acesso a informações vitais, quer porque não dispõem do conhecimento necessário para avaliar o comportamento do curador, quer, finalmente, pelo fato de os atos dos curadores ficarem, muitas vezes, escondidos em vastos complexos organizacionais, que impedem atribuições de responsabilidade⁵³.

⁵⁰ Cf. ARJAN REURINK, *ob. cit.*, p. 09-10.

⁵¹ Cf. *ob. cit.*, p. 363.

⁵² Cf. *ob. cit.*, p. 347-350.

⁵³ Cf. SUSAN SHAPIRO, *ob. cit.*, p. 353.

A violação ou manipulação de normas de confiança, mediante fraude, engano ou conluio, desse modo, representaria o *modus operandi* dos crimes de colarinho branco. No âmbito dos crimes de colarinho branco, haveria, assim, um refinamento das técnicas usadas pelos criminosos “comuns”. Em vez de usar força bruta para despojar a propriedade alheia, os agentes induzem as vítimas a confiar-lhes seus bens com mentiras ou fraudes, para, na sequência, fazerem apropriações indevidas, contratarem em seu próprio benefício ou se corromperem⁵⁴. Ademais, enquanto os criminosos “comuns” têm de, primeiramente, identificar um alvo e, na sequência, obter acesso a ele – o que pode ser bastante complicado ou demandar violência –, os criminosos de colarinho branco possuem uma ocupação que já lhes garante especial acesso à vítima e ao alvo. Daí o fato de, em regra, o uso de violência ser desnecessário⁵⁵.

Como se pode notar, respeitabilidade e elevado *status* social não fariam parte do conceito de crime de colarinho branco, para os partidários de uma *offense-based definition*. O que não quer dizer que, para eles, essas questões sejam desprovidas de importância. Para muitos, quando se analisa a organização social da confiança, nota-se que ela é distribuída de forma diferente ao longo da hierarquia ocupacional, isto é, ocupantes de empregos mais elevados recebem uma fatia maior dessa confiança social e, por conta disso, têm mais oportunidades para dela abusar⁵⁶. Logo, como dito, o *status* social do agente não faria parte do conceito de *white-collar crime*, mas sim de sua explicação. Aqueles melhor posicionados, quando da distribuição da confiança social, teriam mais oportunidades para violar ou manipular as normas de confiança, mediante fraude, engano ou conluio, “explorando as fraquezas” e vulnerabilidades da sociedade⁵⁷.

⁵⁴ Cf. SUSAN SHAPIRO, *ob. cit.*, p. 350-353.

⁵⁵ Em termos próximos, ver BENSON e MADENSEN, *ob. cit.*, p. 613, e GUILHERME GOUVÊA, *ob. cit.*, p. 428. Contudo, com razão, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 60, observa que seria, no mínimo, discutível a alegada ausência de violência nos crimes de colarinho branco, “pelo menos quanto aos resultados produzidos”, bastando pensar em violações de normas protetoras da saúde dos trabalhadores ou em vendas de medicamentos adulterados.

⁵⁶ Nesse sentido, por exemplo, ver CROALL, *ob. cit.*, p. 10.

⁵⁷ A expressão é de MANNHEIM, *ob. cit.*, p. 722, que fala no criminoso de colarinho branco como alguém que “explora as fraquezas” da sociedade.

Colocado, assim, o enfoque na confiança, não demoraram a surgir vozes chamando a atenção para algo, atualmente, bastante problemático. É que parece existir uma cada vez maior difusão de uma confiança impessoal em uma ampla gama de relações e transações, de modo a criar um sem-número de oportunidades para corrupção, falsas representações e fraudes de toda ordem⁵⁸. Em outras palavras, a “complexidade das relações sociais e econômicas contemporâneas” implicou uma grande dispersão de confiança e, conseqüentemente, de responsabilidade, favorecendo comportamentos criminosos⁵⁹.

Do mesmo modo, na seqüência do destaque dado às “vulnerabilidades da sociedade”, veio a pergunta: que “vulnerabilidades” seriam essas? Ou, colocada a questão por outro ângulo, de que facilidades se valeriam os criminosos de colarinho branco? Como veremos mais à frente, reflexões sobre tais perguntas proporcionaram importantes resultados, em termos de construção de métodos de controle social dos crimes de *white-collar*⁶⁰.

Uma primeira facilidade que o criminoso de colarinho branco pode encontrar é a dispersão da responsabilidade. Via de regra, os crimes são praticados no contexto de organizações, em que se nota, muitas vezes, complexa divisão de tarefas, grande especialização e relações hierárquicas nem sempre compreensíveis plenamente por um estranho à corporação⁶¹. Em verdade, é muito comum ser bastante difícil até mesmo localizar quais condutas, dentro da organização, causaram o resultado desvalioso⁶².

A segunda facilidade possivelmente presente diz com a eventual necessidade de conhecimentos muito específicos para sindicar a conduta do criminoso de colarinho branco. Isso porque, ou o crime envolve abusos de conhecimentos profissionais muito específicos, ou, como frequentemente

⁵⁸ Cf. FRIEDRICHS, *Trusted Criminals: White Collar Crime in Contemporary Society*, Wadsworth Cengage Learning, 2010, p. 09.

⁵⁹ CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 62.

⁶⁰ Na seqüência do texto, daremos breve notícia de tais reflexões. Por não se inserir, exatamente, no escopo do presente trabalho, deixamos de fazer maiores aprofundamentos.

⁶¹ Nesse sentido, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 105-106.

⁶² Cf. CROALL, *ob. cit.*, p. 13.

ocorre em crimes organizacionais, ele envolve uma complexa rede de falsificações, encobrimentos, ações e inações⁶³. Afora a possibilidade de a própria legislação violada ser excessivamente complexa.

A terceira facilidade de que eventualmente pode se valer o criminoso de colarinho branco concerne à opacidade de sua conduta. Os *white-collar crimes* são, em regra, praticados em ambiente fechados, protegidos por normas legais relacionadas com o direito à privacidade, e no contexto de rotinas profissionais aparentemente legítimas. O que dificulta a apuração pelas instâncias formais de controle⁶⁴.

A quarta facilidade possivelmente presente prende-se com a falta de consciência das próprias vítimas de sua condição de lesadas. Quando não se está diante de falta efetiva dessa consciência, é comum que a prática da infração tenha se prolongado no tempo, atingindo um número muito grande de pessoas, mas de forma não individualmente insuportável. Nesses casos, individualmente, os danos são de pequena monta, donde o desinteresse das vítimas em levar os fatos ao conhecimento das instâncias formais de controle⁶⁵.

Mas por que esse desinteresse das vítimas representaria, para o criminoso de colarinho branco, uma “facilidade”? Ora, se não ignorarmos que cerca de 90% da delinquência “oficial” é introduzida *pela vítima* no sistema formal de controle⁶⁶, fica, segundo cremos, evidente o impacto que aquele desinteresse pode produzir em termos de impunidade. Notadamente por isso, investigações envolvendo crimes de colarinho branco devem ser proativas, e não reativas⁶⁷.

⁶³ CROALL, *ob. cit.*, p. 12.

⁶⁴ Cf. SUSAN SHAPIRO, *ob. cit.*, p. 353-354, e CROALL, *ob. cit.*, p. 12.

⁶⁵ Nesse sentido, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 103, MANNHEIM, *ob. cit.*, p. 739, e SUSAN SHAPIRO, *ob. cit.*, p. 355. A primeira autora, em passagem marcante, afirma que, em regra, nos crimes de colarinho branco, “não é possível individualizar uma vítima que simbolize o sofrimento provocado pela infração” (*ob. cit.*, p. 104). O que, a propósito, facilita o uso de uma específica técnica de neutralização, chamada “negação do dano” (cf. COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 27).

⁶⁶ Cf. FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 138.

⁶⁷ Nesse sentido, CROALL, *ob. cit.*, p. 14.

Uma quinta facilidade que poderíamos aqui mencionar diz respeito ao fato de, em regra, os crimes de colarinho branco dificultarem a visualização do real conflito. Nos *crimes in the streets*, o uso da violência, a proximidade entre agente e vítima e o atingimento, de forma significativa, de uma vítima específica facilitam, sobremaneira, aquela visualização. Nos *white-collar crimes*, por sua vez, para além do costumeiro não uso de violência e da ausência de uma vítima que “simbolize o sofrimento provocado pela infração”, não raro, o agente está fisicamente distante das vítimas do crime⁶⁸. E, mesmo quando há maior proximidade, pode haver, por outro lado, alguma solidariedade ou consenso entre eles (a exemplo do que ocorre com os crimes de corrupção).

Uma sexta facilidade para os criminosos de colarinho branco se liga à possibilidade de o agente esconder sua intenção criminosa em meio a rotinas profissionais e ações ou inações formalmente legítimas. Com isso, a intenção criminosa do agente não fica clara, quando se analisa suas condutas, diferentemente do que ocorre nos *street crimes*. Nestes, as ações físicas adotadas pelo agente, quando do cometimento do crime, via de regra, não deixam dúvidas de sua intenção criminosa⁶⁹.

Finalmente, com Susan Shapiro, fazemos menção a uma possível última facilidade. É que, muitas vezes, os crimes de colarinho branco são praticados no contexto de serviços baseados em confiança, os quais, geralmente, são registrados em documentos, recibos, solicitações, faturas, contratos, memorandos e arquivos de computador, tudo facilmente adulterável⁷⁰.

Como se pode depreender do exposto acima, o conceito objetivo de crime de colarinho branco, isto é, um conceito focado no *modus operandi* e nos objetivos do agente, em vez de baseado em suas qualidades pessoais, proporcionou importantes reflexões sobre as facilidades de que se vale o agente para a prática do crime, sobre as vulnerabilidades sociais presentes

⁶⁸ Cf. BENSON e MADENSEN, *ob. cit.*, p. 613.

⁶⁹ Cf. BENSON e MADENSEN, *ob. cit.*, p. 613.

⁷⁰ Cf. *ob. cit.*, p. 354.

nas relações de confiança, sobre as características desse fenômeno criminal e suas causas. De conseguinte, proporcionou, igualmente, estudos sobre modelos de combate mais eficazes, vale dizer, sobre as formas mais adequadas de prevenir e reprimir os *white-collar crimes*. O que, no entanto, não deve iludir o fato de que também o conceito objetivo de crime de colarinho branco acabou sofrendo inúmeras críticas. Com o tempo, mostrou-se, a vários níveis, vulnerável, como veremos no capítulo seguinte.

6. Críticas ao conceito objetivo

A concepção tradicional – de Sutherland – de crime de colarinho branco, que caiu no gosto popular, teve e ainda tem um importante propósito polêmico e pedagógico. Desde o princípio, desafiou a tendência de associar a criminalidade a minorias, a jovens, às classes sociais mais baixas ou a atividades ilegais convencionais. Pretendeu, ainda, chamar a atenção para a maneira como os criminosos poderosos escapavam à punição⁷¹. Ocorre que essa função crítica e até “explosiva” da categoria *white-collar crime* se perde, segundo cremos, com uma definição que dela alije aspectos ligados ao *status* social ou respeitabilidade do agente.

Com efeito, o conceito objetivo, na medida em que abrange praticamente todos os crimes ocupacionais, já não engloba apenas os agentes que, de fato, têm colarinho branco, mas também aqueles que possuem baixo *status* social – também denominados *blue-collar criminals*⁷². Com isso, desnatura-se, completamente, aquela ideia originária. Pior que isso, o que fica é um “rótulo” – crime de colarinho branco – que relação alguma tem com o “produto”.

Ademais, os defensores de uma *offense-based definition*, como visto, sustentam que a essência do crime de colarinho branco deve ser encontrada na violação ou manipulação de normas de confiança. Contudo,

⁷¹ Cf. FRIEDRICHS, *ob. cit.*, p. 06.

⁷² Sobre o conceito de *blue-collar crime*, ver CROALL, *ob. cit.*, p. 45.

muitas vezes, pode ser bastante problemático enxergar onde há e onde não há relação de confiança. O que seria, exatamente, relação de confiança? Como pertinentemente questiona Cláudia Cruz Santos, comportamentos desleais entre membros de dada facção criminosa configurariam *white-collar crime*⁷³? Em crimes envolvendo violência doméstica, que claramente nada têm que ver com crimes de colarinho branco, não há também uma violação da confiança⁷⁴?

Por outro lado, crimes relacionados com a legislação antimonopólios ou com fuga ao fisco pertinente à atividade profissional, tradicionalmente subsumíveis à categoria dos crimes de colarinho branco, “só de forma muito duvidosa se podem considerar radicados num abuso de confiança”⁷⁵. Logo, o conceito objetivo tanto pode ser criticado por, aparentemente, abranger situações – *v.g.*, deslealdades entre traficantes de drogas – que não deveriam ser abarcadas, como pode ser criticado por não englobar infrações que tradicionalmente se amoldam à categoria dos *white-collar crimes* – a exemplo da fuga ao fisco.

Poder-se-ia argumentar que, em termos utilitários, o conceito objetivo seria mais interessante, uma vez que, como visto, proporcionaria maiores reflexões sobre as características dos crimes de colarinho branco, sobre as referidas vulnerabilidades sociais e suas causas. Todavia, a criminologia também possui uma importante função crítica, inclusivamente no que diz respeito ao funcionamento das instâncias formais de controle. E, sendo esse o propósito, a rigor, o conceito objetivo impede a própria colocação do problema, na medida em que, se o crime “comum” e o crime de colarinho branco são, como dizem os defensores de uma *offense-based definition*, realidades distintas, em princípio, seria ilegítima qualquer pretensão de tratamento igualitário pelas instâncias formais de controle⁷⁶.

⁷³ Cf. *ob. cit.*, p. 70.

⁷⁴ A crítica é de FRIEDRICHS, *ob. cit.*, p. 10. Ela perde, contudo, sentido, se estiver em causa o trabalho de SUSAN SHAPIRO, para quem, como visto acima, uma relação de confiança existe quando os interesses de uma pessoa (beneficiário) são administrados por outra (curador). Parece-nos claro que a confiança existente entre cônjuges não é a mesma referida pela autora para construir seu conceito de crime de colarinho branco.

⁷⁵ CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 70.

⁷⁶ Cf. CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 71-72.

Desse modo, as perplexidades, no concernente ao conceito objetivo de crime de colarinho branco, pululam a vários níveis e, portanto, de modo algum, são exclusivas do conceito tradicional. Como dito acima, em matéria de conceito de *white-collar crime*, há muito pouco que se possa dizer seja consensual.

7. Sub-conceitos de crimes de colarinho branco

Como vimos até aqui, apesar dos esforços de diversos autores, as incertezas, quanto ao conceito de *white-collar crime*, persistem. Em razão disso, foram propostas novas categorias criminológicas, mais determinadas, em princípio. Seriam sub-conceitos ou manifestações do crime de colarinho branco, dotadas de maior operatividade explicativa⁷⁷.

Em verdade, surgiram várias propostas de agrupamento. Mas a que ficou mais conhecida foi a de Clinard e Quinney. Eles propuseram a distinção entre crimes ocupacionais e crimes corporativos. Os delitos ocupacionais (*occupational crimes*) seriam aqueles cometidos em favor dos próprios agentes, no curso de suas ocupações. Os delitos corporativos (*corporate crimes* ou *organizational crimes*), por outro lado, seriam os cometidos por funcionários corporativos, em nome e em favor das suas corporações⁷⁸ (v.g., crimes ambientais e publicidade fraudulenta). Clinard e Quinney ainda fizeram uma diferenciação entre crimes ocupacionais cometidos por empregados contra empregadores (a exemplo do desvio de dada quantia para uma conta particular) e crimes cometidos por pessoas individuais no exercício de suas atividades (v.g., médicos, advogados, policiais e magistrados)⁷⁹.

Um importante dado que, segundo cremos, deve ser mencionado, a propósito de tal distinção dos crimes de colarinho branco em crimes ocupacionais e crimes organizacionais, diz com a razão que a justifica. Ou seja,

⁷⁷ Cf. CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 75.

⁷⁸ Cf. ARJAN REURINK, *ob. cit.*, p. 13.

⁷⁹ A propósito, ver FRIEDRICH, *ob. cit.*, p. 07, e CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 76.

qual a lógica subjacente àquela diferenciação? A principal justificativa para a distinção, a nosso ver, prende-se com a crença de que a explicação para a maioria dos crimes organizacionais se encontra menos ligada às características pessoais do agente, e mais relacionada com a “dinâmica organizacional”, isto é, com os objetivos, condições, estruturas, dinâmicas e constrangimentos da organização⁸⁰. Além disso, em segundo plano, aparece o fato de que as motivações, nos crimes ocupacionais e nos crimes organizacionais, são diferentes. No primeiro caso, a intenção desvaliosa é mais clara – pois não se cuida de buscar o atingimento dos objetivos visados pela organização – e os benefícios do crime, para o agente, são mais imediatos⁸¹.

Os sub-conceitos aqui mencionados (*occupational crimes* e *organizational crimes*), em que pese a maior determinabilidade e operatividade, quando comparados com a categoria *white-collar crimes*, ainda conservam larga margem de incerteza. No caso dos crimes ocupacionais, o que releva é a enorme falta de homogeneidade entre as condutas abarcadas. Mas, mesmo com relação aos crimes organizacionais, dotados de maior homogeneidade, parece-nos inescandível a existência de uma vasta zona de penumbra conceitual. O que fica particularmente claro quando se tenta cotejar o crime organizacional com o crime organizado.

8. Crime organizacional vs. crime organizado

Como dissemos acima, a nosso ver, várias das discussões relacionadas, de algum modo, com o conceito de crime de colarinho branco, em última análise, parecem se reconduzir ao embate entre uma *offense-based definition* (conceito objetivo) e uma *offender-based definition* (conceito tradicional ou subjetivo). Parece ser justamente esse o caso do debate

⁸⁰ Nesse sentido, ARJAN REURINK, *ob. cit.*, p. 13-14.

⁸¹ Cf. CROALL, *ob. cit.*, p. 11-12. Um exemplo corriqueiro de crime ocupacional, já lembrado por SUTHERLAND, é o denominado “desfalque”, cometido por um funcionário contra uma corporação forte. Cuida-se, ao ver de SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco...*, cit., p. 176, de “um dos mais estúpidos crimes de colarinho branco”. Atualmente, temos dúvidas se se trata, deveras, de algo “estúpido”, já que, com o capitalismo financeiro, cresceram os casos de “desfalques” envolvendo altos escalões de grandes corporações e valores bastante elevados.

sobre a possibilidade ou não de se distinguir crime organizado de crime organizacional.

Com efeito, os defensores de uma definição baseada nas características da conduta tendem a considerar a distinção entre crime organizacional e crime organizado arbitrária e difícil de sustentar⁸². Por outro lado, aqueles que têm predileção pelo conceito tradicional, aparentemente, costumam sustentar a viabilidade da distinção aqui tratada.

Antes de analisarmos, com maior cautela, o assunto, parece-nos imprescindível verificar o que se deve entender por crime organizado. Historicamente, o crime organizado aparece ligado ao fornecimento de bens e serviços muito desejados, mas ilícitos (por exemplo, drogas, prostituição, armas, jogo ilegal etc.). Suas características essenciais, segundo parcela da doutrina, seriam as seguintes: a) atividade permanente e planejada em moldes empresariais; b) intuito de lucro por meios ilícitos; c) utilização ou iminência da violência; d) corrupção de funcionários públicos; e e) propensão à internacionalização⁸³.

As semelhanças com os crimes organizacionais não passam despercebidas. Nestes, crimes são praticados também num contexto de exploração de determinada atividade em moldes empresariais. O objetivo de lucro igualmente acompanha os crimes organizacionais, assim como se nota um relacionamento privilegiado dos criminosos de colarinho branco com o Poder. Finalmente, num mundo globalizado, não raro, corporações tendem à internacionalização de suas atividades.

Vistas, sucintamente, algumas similitudes, talvez possamos dizer que são três os principais critérios utilizados para distinguir crime organizado de crime organizacional. Em primeiro lugar, lembramos que, pelo menos de acordo com a proposta de Sutherland, os crimes de colarinho branco são aqueles cometidos no âmbito de uma ocupação profissional *legítima*. Em segundo, também já tivemos a oportunidade de fazer referência ao fato de, em regra, os crimes de colarinho branco, na sua execução,

⁸² Como noticia ARJAN REURINK, *ob. cit.*, p. 16.

⁸³ Por todos, ver CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 85-87.

prescindirem do uso de violência. Em terceiro, ainda estaria a questão de, para os partidários de uma *offender-based definition*, os criminosos de colarinho branco terem, necessariamente, elevado *status* social. Diferentemente, no caso de crime organizado, ou há corriqueiro recurso à violência, ou, pelo menos, a violência é iminente; a atividade desempenhada pelo grupo (tráfico de drogas, de armas etc.) não se insere nos quadros de uma ocupação profissional *legítima*; e os agentes não gozam de respeitabilidade e elevado *status* social.

Ocorre que, atualmente, todos esses critérios, habitualmente invocados para um traçar de fronteiras entre crime organizado e crime organizacional, enfrentam algum nível de contestação.

A discussão atual sobre o emprego da violência como critério distintivo dos dois fenômenos criminais é travada a dois níveis. Em primeiro lugar, muitos autores têm questionado a alegada inexistência de violência nos crimes de colarinho branco. Que violência seria essa? A liberação de produtos tóxicos em uma fonte pública de água ou a venda de medicamentos adulterados não configuram violência⁸⁴? Em segundo, já surgiram algumas vozes sustentando que essa diferença entre crime organizado e crime organizacional é mais aparente do que real. É que, no âmbito empresarial, em geral, há alguma proteção por parte de instituições estatais de repressão. Logo, se há a violação de confiança entre parceiros, os poderes judiciais estatais podem ser acionados, ao passo que, na seara do crime organizado, isso não é possível. Ao fim e ao cabo, nos dois casos, há violência ou sua iminência, sendo que a única diferença residiria em que, no âmbito empresarial, a violência é vista como “legítima”, o que não ocorre com a violência típica do crime organizado⁸⁵.

⁸⁴ A crítica é de GREEN, *ob. cit.*, p. 112. No mesmo sentido, ver CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 60.

⁸⁵ Nesse sentido, BOJAN DOBOVSEK e BOSTJAN SLAK, *Old horizons of organised-white collar crime: critical remarks about the current definition, development and perceptions of organised and white-collar crime*, in *Journal of Finance Crime*, nº 22, Emerald Group Publishing Limited, 2015, p. 308. Para referidos autores, quando os crimes de colarinho branco são cometidos por um longo período de tempo, envolvendo muitas pessoas e com o auxílio da força estatal, é possível falar em crime organizado (*ob. cit.*, p. 310). Logo, o crime organizado e o crime organizacional não seriam realidades coincidentes, mas também não mutuamente excludentes.

Do mesmo modo, tem sido objeto de forte questionamento a vinculação dos crimes de colarinho branco com condutas praticadas no âmbito de uma ocupação *legítima*. Afinal, como o próprio Sutherland alertou, os crimes organizacionais podem ser persistentes. Muitas vezes, há, inclusive, uma organização formal voltada à prática delitiva, no bojo de organizações ou entre elas⁸⁶. Em outras palavras, eles podem ser executados em estruturas coordenadas, que envolvem não apenas redes entre os próprios autores (a exemplo de cartéis), mas também redes entre delinquentes e funcionários públicos, como policiais, membros do ministério público, magistrados e políticos, em condições de minimizar o risco de detecção e acusação. Destarte, se a organização aparenta ser um negócio legítimo ou teve propósitos iniciais genuínos, isso seria desprovido de qualquer relevância⁸⁷.

Também se apresenta como altamente questionável, hodiernamente, a asserção de que membros de organizações criminosas não possuem elevado *status* social. A uma, porque, atualmente, não raro, líderes de organizações criminosas, por força do seu poderio econômico, ascendem a relevantes posições sociais⁸⁸. A duas, porquanto, muitas vezes, criminosos profissionais são obrigados, até mesmo para branquear capitais, a investir o lucro ilícito obtido em atividades legítimas. O que significa que há uma simbiose cada vez maior entre organizações legítimas e crime organizado. E, a três, porque a globalização, muitas vezes, tem facilitado o encontro entre o submundo do crime organizado e os criminosos de colarinho branco, especialmente no contexto de paraísos fiscais⁸⁹.

Em nosso entendimento, na prática, pode ser realmente muito difícil, muitas vezes, inferir se estamos diante de crime organizado ou de crime organizacional. Parece-nos muito difícil a tarefa de tentar suprimir qualquer zona cinzenta entre as figuras em questão. Por outro lado, a nosso

⁸⁶ Cf. SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco...*, cit., p. 167-169.

⁸⁷ Como notícia ARJAN REURINK, *ob. cit.*, p. 16 e ss.

⁸⁸ Nesse sentido, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 89.

⁸⁹ Cf. ARJAN REURINK, *ob. cit.*, p. 29.

ver, ao menos teoricamente, é possível apontar diferenças tendenciais. Talvez seja mesmo necessário fazê-lo, a fim de evitar uma injusta adoção de idêntico modelo de reação criminal para as duas categorias⁹⁰.

Em primeiro lugar, não nos parece possível negar que não podem ser equiparadas as situações em que crimes são praticados no âmbito da profissão, de um lado, com aquelas em que o crime é a profissão, de outro. Nos crimes organizacionais, em regra, o crime é algo incidental a uma atividade profissional, ao passo que, no crime organizado, o crime é um negócio em si mesmo⁹¹. Em segundo lugar, o crime organizado, em regra, envolve, como referido acima, corrupção de funcionários públicos, com o objetivo de paralisar o braço do Estado que deveria combatê-lo. Nos crimes de colarinho branco, por sua vez, o que se tem é uma cooptação mais sutil de agentes públicos – derivada de uma específica competência de ação –, em que pese a semelhante existência de um relacionamento privilegiado com o Poder⁹². Finalmente, cremos que também não podem ser equiparados aqueles senhores que, no âmbito de sua atividade profissional legítima, delinquem, com aqueles delinquentes que podem, subrepticamente, estar a converter-se em senhores da economia, da segurança pública e das instituições estatais⁹³.

Essas distinções são, a nosso ver, como já sublinhado, apenas tendenciais. Além disso, não nos parece absolutamente incomum que crimes organizacionais se tornem persistentes, com organização formal voltada à prática delitiva, que passem a envolver muitas pessoas e que passem a contar com um auxílio mais direto de funcionários públicos, inclusive mediante suborno. Nesses casos, o crime organizacional, mediante uma espécie de transmutação, pode converter-se em crime organizado. E aí já não nos parece existir mais razão que justifique tratamento diferenciado,

⁹⁰ Nesse sentido, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 91.

⁹¹ Cf. CUNHA RODRIGUES, *Os senhores do crime*, in *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, ano 9, nº 1, Coimbra Editora, 1999, p. 09.

⁹² Cf. CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 90.

⁹³ Cf. CUNHA RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 29.

ou juízo de reprovação diferente, que apenas poderiam se fundar no fato de um dos delinquentes ter um guarda-roupa diferenciado⁹⁴.

9. Considerações finais

Como tivemos a oportunidade de expor ao longo deste trabalho, o significado da expressão *white-collar crime* é, ainda hoje, mais de 80 anos depois de sua formulação inicial, profundamente contestado. A expressão, quando enunciada pela primeira vez por seu “inventor”, já aparentava ser, em boa medida, vaga e imprecisa. Hoje, parece ainda mais. cremos que nenhuma tentativa de lhe conferir maior precisão foi totalmente bem sucedida.

Deveríamos, diante disso, desistir de falar sobre crimes de colarinho branco? Parece-nos que não. Em nosso sentir, devemos, isso sim, desistir da ilusão de que o crime de colarinho branco deve ter um significado único. Devemos, ainda, cuidar para que haja uma coerência entre a definição adotada e o propósito perseguido⁹⁵. Por exemplo, assim como o conceito tradicional se afigura mais coerente com o propósito de investigar o eventual funcionamento desigualitário das instâncias formais de controle, uma *offense-based definition* se mostra mais adequada, se a preocupação gira em torno da construção de modelos de prevenção e repressão à criminalidade de *white-collar*⁹⁶. Na mesma linha, a adoção de um viés reformista ou legalista depende, em boa medida, do alvo que se tem em mira.

Em outros termos, não podemos ter a pretensão de que a expressão *white-collar crime* seja um recipiente com contornos perfeitamente definidos. Na melhor das hipóteses, em nosso entendimento, fora dos casos em que se tem um propósito claramente definido, podemos cogitar de tratar a categoria como algo que, em filosofia, chama-se “semelhanças de

⁹⁴ Em sentido diverso, defendendo que os crimes relacionados com drogas sejam tratados da mesma forma – mais branda – que os crimes de colarinho branco, e não o contrário, ver MARK OSLER e THEA JOHNSON, *Why not treat drug crimes as white-collar crimes?*, Wayne Law Review, nº 61, 2015, p. 01-04.

⁹⁵ Em sentido próximo, FRIEDRICH, *ob. cit.*, p. 08.

⁹⁶ Nesse sentido, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 71-74.

família”. Isto é, não sendo possível encontrar consenso quanto a quais seriam as propriedades dos membros da categoria – e somente dos membros –, o crime de colarinho branco pode ser entendido como se referindo a uma coleção vagamente definida de delitos, condutas desviadas, tipos de infratores e conceitos morais que compartilham uma série de semelhanças⁹⁷. Certa margem de indeterminação é ineliminável⁹⁸.

Como se já não existissem dificuldades suficientes, ainda nos parece imprescindível que o estudioso do crime de colarinho branco fique atento à constante alteração da feição empírica daquele fenômeno criminal. À época de Sutherland, os *white-collar crimes* se prendiam mais à esfera de produção material e do comércio (produção, manufatura e práticas relacionadas à competição). Nos dias atuais, com o advento do capitalismo financeiro e da globalização, ligam-se, talvez, mais à manipulação do dinheiro e ao setor de serviços financeiros⁹⁹.

Eis – esperamos – um panorama geral de algumas das controvérsias relacionadas ao conceito de crime de colarinho branco, este que talvez constitua o mais eloquente exemplo ou manifestação de uma entrega insaciável de alguns a paixões eternamente insatisfeitas, parafraseando Platão, a propósito do suplício das Danaides, da mitologia grega.

Referências

ANDRADE, Manuel da Costa, *White-collar crime e Justiça Penal: uma abordagem criminológica*, in Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, nº 3, Porto, 1999.

BENSON, Michael L. / MADENSEN, Tamara D., *Situational Crime Prevention and White-Collar Crime*, in International handbook of white-collar and corporate crime, Springer, 2007.

⁹⁷ Cf. GREEN, *ob. cit.*, p. 129.

⁹⁸ Cf. CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *ob. cit.*, p. 74.

⁹⁹ Cf. ARJAN REURINK, *ob. cit.*, p. 22 e ss.

CRESPO, Eduardo Demetrio / SERRANO, Nicolás González-Cuéllar (eds.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.

CROALL, Hazel, *White collar crime. Criminal justice and criminology*, Open University Press, Philadelphia, 1992.

CUSSON, Maurice, *Criminologia*, Editora Casa das Letras, Alfragide, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra Editora, 2013.

DOBOVSEK, Bojan / SLAK, Bostjan, *Old horizons of organised-white collar crime: critical remarks about the current definition, development and perceptions of organised and white-collar crime*, in *Journal of Finance Crime*, nº 22, Emerald Group Publishing Limited, 2015.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de, *A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 20, nº 94, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FRIEDRICHS, David O., *Trusted Criminals: White Collar Crime in Contemporary Society*, Wadsworth Cengage Learning, 2010.

GREEN, Stuart P., *The Concept of White Collar Crime in Law and Legal Theory*, in *Buffalo Criminal Law Review*, nº 8, 2004.

MANNHEIM, Hermann, *Criminologia comparada, vol. II*, Trad. J. F. Faria Costa e M. Costa Oliveira, Fund. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984.

OSLER, Mark / JOHNSON, Thea, *Why not treat drug crimes as white-collar crimes?*, *Wayne Law Review*, nº 61, 2015.

REURINK, Arjan, *From Elite Lawbreaking to Financial Crime: The Evolution of the Concept of White-Collar Crime*, MPIFG Discussion Paper 16/10, Max Planck Institute for the Study of Societies, Cologne, 2016.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha, *Os senhores do crime*, in *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, ano 9, nº 1, Coimbra Editora, 1999.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz, *O crime do colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*, Coimbra Editora, 2001.

SHAPIRO, Susan, *Collaring the crime, not de criminal: reconsidering the concept of white-collar crime*, in *American Sociological Review*, nº 55, 1990.

SHECAIRA, Sergio Salomão, *Criminologia*, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SUTHERLAND, Edwin H., *El delito de cuello blanco*, Trad. Rosa del Omo, Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969.

SUTHERLAND, Edwin H. / CRESSEY, Donald R. / LUCKENBILL, David F., *Principles of criminology*, General Hall, Inc., 1992.

VIRGOLINI, Julio E. S., *Delito de cuello blanco. Punto de inflexión en la teoría criminológica*, in *Doctrina Penal: Teoría y Práctica en Las Ciencias Penales*, ano 12, nº 46/47, Depalma, Buenos Aires, 1989.

Nova Cidadania e a Mundialização do Direito: do reconhecimento ao acolhimento em tempos pós-westfalianos

*Gustavo Cristóvão de Oliveira Batista*¹

«Ese es mi lugar al sol». He aquí el comienzo y la imagen de la usurpación de toda la tierra.

«Se ha servido como se ha podido de la concupiscencia para favorecer el bien público; pero eso no es más que apariencia, una falsa imagen de la caridad, puesto que, en el fondo, no es otra cosa que odio»

(Pascal, Pensées).

1. Notas introdutórias

Em *The decay of lying*² Oscar Wilde, em um dos primeiros diálogos trocados entre Cyril e Vivian, personagens da obra, assim apresenta: "*after all, what is a fine lie? Simply that which is its own evidence*"³. E não é justamente o que podemos dizer a respeito do binômio nacionalidade/cidadania no presente momento? A mais fina das mentiras que tem servido literalmente como muro/fronteira a separar necessitados e "*lucky humans*", para não se dizer privilegiados? As próprias evidências demonstram que na verdade trata-se de um critério segregatório (confinamento) - segregar os pobres, desvalidos, indigentes, estranhos,

¹ Doutorando em Filosofia do Direito na Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito Público na linha Hermenêutica, Constituição e Concretização de direitos da Unisinos/RS. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Professor de Direito e Relações Internacionais.

² Wilde, Oscar. *The decay of lying*. Em português A decadência da mentira.

³ Esta parte do diálogo se refere expressamente aos políticos, advogados e jornalistas.

estrangeiros, imigrantes etc. - a fim de justificar a diferença para os diferentes e, de certo modo, para os normais-indiferentes sentirem-se (consciência) justificados, e assim não possuírem qualquer risco de não serem aceitos. Radical? Talvez, mas deixemos a arte questionar-nos a este respeito.

Wilde, ao prosseguir no texto, já tendo antes citado Aristóteles em outras passagens, profere uma espécie de anti-mímesis ao filósofo macedônio: "*Life imitates Art far more than Art imitates Life*". Muito embora a expressão utilizada por Aristóteles fosse a arte como expressão de *techné* a imitar a *physis/natureza*, e não arte como *poiesis*, a frase restou célebre na literatura mundial. É claro que Oscar Wilde se referia ao aspecto ou ao fato da vida querer encontrar expressão da consciência de si mesmo, e de que arte ofereceria algumas belas formas para a realização desta energia, o que não deixa de ser a forma como abordaremos aqui.

François Ost⁴, ao celebrar o entrecruzamento entre a cultura, a arte, a literatura e o direito, nos ensina da constante tensão entre arte e ordem jurídica estabelecida, e que por vezes fazem tremer as certezas dogmáticas do direito, reconduzindo-o às interrogações essenciais. Por isso que para Platão, segundo Ost, "*o mais seguro será ainda banir os poetas da Cidade: sua arte corruptora, que mistura o verdadeiro e o falso*"⁵. Enquanto da lei e da ordem normativa dizemos *geral* e *abstrata*, o papel da arte é o de questionar ou problematizar a singularidade da vida nos aspectos cotidianos da aplicação desta mesma ordem jurídica, pois é diferente. A vida se apresenta plural e diversa nos seus mais profundos modos de ser de uma maneira tal que a ordem jurídica não consegue prever/antecipar, exceto na sua vã tentativa de programá-la.

⁴ OST, François. Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico / François Ost; tradutor: Paulo Neves. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

⁵ OST. op. cit., p. 10 a 13. Platão tem o claro objetivo de interferir e efetivar um controle da formação cultural da sociedade. No entanto sabe que se promulgar essas regras [que as melodias populares e as canções sagradas tenham a mesma condição de lei], poderia cair no ridículo. Ele é consciente do papel da música, da tragédia, da literatura, pois como acentua Ost "*enquanto a literatura libera os possíveis, o direito codifica a realidade, a institui por uma rede de qualificações convencionadas, a encerra num sistema de obrigações e interdições*". Assim, o trabalho da arte, para Ost, tem outro sentido - diverso. Ver em PLATÃO. As Leis. Livro VII, São Paulo: Edipro. 1999, p. 286-293

E não há nada mais particular e concreto, e ao mesmo tempo plural e diverso, que a realização da dimensão da «cidadania» no escopo da efetivação da dignidade humana. Não existe drama existencial tão contemporâneo quanto os derivados do binômio nacionalidade/cidadania oriundo dos conceitos clássicos *ius soli* e *ius sanguinis* - este último relacionado aos países colonizadores europeus a fim de não deslegitimar a descendência/*heritage*/patrimônio genético, e o primeiro em relação às "terras descobertas" como critério fixador/aglutinador à terra - em um mundo cada vez mais globalizado/mundializado⁶. As contingências em que a vida contemporânea estão a demandar colocam em *check/teste/exame* tais condicionantes clássicas, pois diversos fatores têm novamente impulsionado a humanidade a um novo período de migração⁷.

A crise dos refugiados que assombrou/assombra a Europa desde 2014, a onda de migrantes que a partir da América Latina buscam um lugar ao sol nos Estados Unidos da América do Norte - USA e o alerta que a ONU-UN⁸ tem feito na última década de que até 2050 teremos 200 milhões de migrantes em função de desastres ambientais - e que de forma alguma poderão ser contidos pelas delimitações fronteiriças dos Estados Nacionais do tipo westfaliano e que em sua maior parte revelam-se em delimitações artificiais - estão a perverter e questionar as lógicas pelas quais os ordenamentos jurídicos reconhecem os elementos que se intercombinam e são conhecidos como nacionalidade/cidadania.

Aqui cumpre desde já estabelecer os limites da abordagem do presente trabalho, pois é perfeitamente conhecida a distinção entre

⁶ Ver Delmas-Marty, Mireille em *Por um direito comum* ou em *Três desafios para um direito mundial*. Para a internacionalista francesa o termo globalização é dirigido mais aos aspectos e contingentes econômicos do mundo contemporâneo e o termo mundialização aos aspectos jurídicos de uma universalização dos direitos humanos - a internacionalização do direito.

⁷ A migração é um fenômeno constante na história do *homo sapiens*, pois é nômade nas suas origens, nômade nas narrativas bíblico-religiosas e nômade nas narrativas mitológicas fundantes do sentido de humanidade. Ademais, por vezes este mesmo indivíduo é vítima de migrações forçadas tais como ocorreram durante as rotas escravagistas ou por outras formas em virtude de escassez de alimentos, conflitos armados e desastres naturais, além das diversas diásporas, exílios e asilos que ocorreram ao longo da história da humanidade.

⁸ Ver em <<https://news.un.org/pt/story/2011/10/1388391-onu-alerta-para-urgencia-de-investir-na-prevencao-de-desastres>>, consultado em 18/05/2019.

nacionalidade e cidadania⁹. Daqui por diante passaremos a utilizar somente a expressão «nova cidadania», não somente na sua dimensão de gozo/participação dos/nos direitos políticos e seus correspondentes gregos na democracia moderna - *isotimia*, *isegoria* e *isonomia* - mas muito além disso, como a capacidade de «contar» - de ser levado em conta, ser diferente e fazer diferença quantitativa e qualitativamente. Outrossim, «contar» implica na possibilidade e no direito de contar/dizer/narrar/ter voz/pronunciar a própria história/presença/rastro no mundo de modo que se obtenha resposta/ressonância na comunidade - ser notado/percebido/compreendido. Portanto, será neste amplo sentido que se considerará um novo tipo de cidadania, que passaremos a chamar de «nova cidadania», para um novo tipo de democracia¹⁰ que precisará ser forjada para o tempo presente e por-vir.

2. Nova cidadania e reconhecimento

Na sua célebre obra, *Direito e democracia*, no volume II¹¹, Jürgen Habermas discorre a respeito da cidadania e identidade nacional, afirmando que três movimentos históricos estão a mexer com a relação entre cidadania e identidade nacional. Segundo o filósofo alemão, a unificação alemã pós URSS, simbolizada pela queda do muro de Berlim; a aproximação

⁹ Pinal, Alexandre Rocha. *In* Direito Imigratório. Juruá-2013, 2ª edição, p. 293-296. Nacionalidade aqui compreendida como o vínculo político-jurídico entre os indivíduos e os Estados e a cidadania como a qualificação do nacional - *status* ou dimensão maior do pertencimento à comunidade política.

¹⁰ Em função dos limites sugeridos não poderemos avançar/trabalhar no tema que se refere à democracia. Cumpre dizer, porém, que ela assume os contornos prenunciados por Jacques Derrida na obra *Espectros de Marx: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional*. trad. Anamaria Skinner; - Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, onde o autor franco-argelino discorre sobre a dis-funcionalidade com que as democracias liberais ocidentais trabalham/operam, desconjuntadas em termos de justiça - *time is out of joint*. Em que pese todos os sonsidos e grunhidos liberais quanto à falência/morte do marxismo, há uma "nova internacional" ou muitos espíritos de Marx que, se não querem a vingança, como o fantasma do rei da Dinamarca de Shakespeare, estão sempre a nos trazer à memória o «não-tempo da anarquia imemorial» do mundo - ancestralidade anárquica, "*um vínculo de afinidade, de sofrimento e de esperança*", e mais adiante, "*um vínculo intempestivo e sem estatuto, sem título e sem nome*"... "*sem contrato, out of joint, sem coordenação, sem partido, sem pátria, sem comunidade internacional (...), sem co-cidadania, sem pertencimento comum a uma classe*", pois este espírito ancestral da justiça, invocados tanto por Rousseau e Kant, é que nos inquieta intempestivamente na história. Demanda por um *face-a-face* da igualdade ética - nudez do rosto - que se encontra em Levinas como «responsabilidade infinita».

¹¹ Habermas, Jürgen. *In* Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II 2. ed./Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. - Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

entre os Estados da Comunidade Europeia após o Tratado de Maastricht de 1993 - União Europeia (UE); e os gigantes fluxos migratórios enfrentados pela Europa Ocidental iriam/vão "*acirrar a disputa entre os princípios universalistas do Estado democrático de direito e as pretensões particularistas de formas de vidas tradicionais*"¹².

Para Habermas, muito embora os Estados Nacionais tenham criado uma "*base para a homogeneidade cultural e étnica que permitiu, desde o final do século XVIII, a democratização do aparelho do Estado - mesmo que às custas da opressão e da exclusão das minorias nacionais*"¹³, a identidade da nação de cidadãos não se origina de elementos pré-políticos (comunidade histórica ou familiar de pessoas) ou nas características comuns étnico-culturais, "*porém na prática de pessoas que exercitam ativamente seus direitos democráticos de participação e comunicação*". Sendo assim, os elementos de identidade seriam forjados e mediados perante uma prática discursivo-republicana, pois o engajamento pessoal dos indivíduos poderia levá-los ao sacrifício de si mesmos - serviço militar. Não haveria, portanto, um *gens* comum.

Em que pese às lições de Habermas, quanto à afirmação da identidade nacional em tal contexto histórico, não se pode esquecer que a prática da cidadania desenvolvida pelo ocidente tem sido efetivada com base na lógica da exclusão, ainda que em uma prática discursivo-republicana, o que prova que ela [prática], por si só, não é necessariamente inclusiva. Do mesmo modo, como bem acentua Paula Veiga, a "independência pessoal" é e sempre foi um dos traços delineadores da cidadania em sua gênese liberal, e a referida independência "*pressupunha educação e para esta era necessária ociosidade. Ora, a ociosidade apenas era possível com rendimentos necessários...*"¹⁴, o que nos leva a perceber, por isso, que em grande

¹² Op. cit. p. 279-280. A referência ao que se pode entender por "formas de vidas tradicionais", conforme Habermas dá a entender em outras obras, está a se referir a concepções clássicas do modo-de-ser dos sujeitos na modernidade, pois no exercício de deliberação e escolhas, segundo sua teoria do agir comunicativo, poderiam acarretar em uma nova forma de vida social não sendo possível antecipar uma resposta de qual/que tipo de forma de vida seria [nova].

¹³ Op. cit., p. 281.

¹⁴ Veiga, Paula. *In* Cidadania: cambiante de um conceito e suas incidências político-constitucionais, p. 2.

parte da história das maiores democracias liberais ocidentais se alijou da participação política os pobres/sem renda, os escravos, os negros¹⁵ e as mulheres¹⁶. Apesar de, pela ausência de representação, se poder tratar esta larga fatia populacional como minorias no sentido qualitativo, no sentido quantitativo contavam de fato como o maior contingente demográfico. O que, dito de outro modo, revelou-se em uma altíssima injustiça paritária; logo, não-democrática e injustificável. Portanto, a tal base da homogeneidade cultural que justificaria a base político-jurídica dos Estados nacionais esteve sempre alicerçada em um exercício/prática de violência política¹⁷, quando não sempre física, de exclusão.

Ainda, segundo Habermas, é possível encontrar duas interpretações: de um lado, a cidadania é "*concebida de acordo com o modelo de uma pertença organizacional capaz de fundamentar uma posição jurídica; no outro, ela é vista através do modelo da pertença a uma comunidade ético-cultural que se determina a si mesma*"¹⁸. Neste passo, no primeiro caso os indivíduos seriam exteriores ao Estado, sendo este [Estado] instrumento com o fito de se conseguir benefícios organizacionais, e no segundo, "*os cidadãos estão integrados na comunidade política como partes num todo, de tal modo que, para formar sua identidade pessoal e social, eles*

¹⁵ A *Voting Rights Act* é o marco legislativo que pôe fim às práticas eleitorais segregacionistas nos EUA, lei esta sancionada por Lyndon B. Johnson, no auge do movimento dos direitos civis, em 6 de agosto de 1965 (há somente 54 anos), e que finalmente possibilita a participação dos negros nos destinos políticos da autoproclamada "maior democracia do mundo", muito embora em termos quantitativos a Índia possua em torno de 900 milhões de eleitores e sufrágio universal desde 1950. Neste sentido, a prática do voto universal é recentíssima, em que pese as promessas de igualdade das revoluções burguesas, sem contarmos que o regime segregacionista chamado *apartheid* vigorou até 1994 na África do Sul.

¹⁶ As mulheres só passaram a ter direito de voto em Portugal no ano 1968, sendo tal direito consolidado na Constituição Portuguesa de 1976, muito embora Carolina Beatriz Ângelo, uma médica, viúva e feminista, em 1911, por uma "falha" do legislador, tenha conseguido na Justiça assegurar tal possibilidade e que foi restringida expressamente por lei em 1913. No Brasil o sufrágio feminino foi regulamentado em 1934 no governo Vargas. Cumpre assinalar que em ambos os países a população feminina é maior que a população masculina quando dividida por gênero/sexo.

¹⁷ Ver Mbembe, Achille. *In Políticas da inimizade/trad. Marta Lança* - Lisboa, 2017 - Antígona. A obra trata, conforme o autor anuncia na sua introdução, sobre "*o repovoamento da Terra, a saída da democracia, a sociedade de inimizade, a relação sem desejo, a voz do sangue, o terror e o contraterror como antidoto e veneno da nossa época*", p. 7. Ver também Agamben, Giorgio. *In O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*/Giorgio Agamben; trad. Selvino J. Assmann. - São Paulo: Boitempo, 2008. (Estado de sítio). Segundo o autor romano, tal dispositivo desempenharia a função de estado de exceção, pois permitiria "*fundar e definir a validade do ordenamento jurídico normal... julgar e decidir sobre a situação normal*". p. 56 e 57.

¹⁸ Habermas, op. cit., p. 286-287.

necessitam do horizonte de tradições comuns e de instituições políticas reconhecidas."¹⁹ No primeiro modelo o indivíduo tem primazia, e deste modo, seguindo a tradição liberal lockeana, pode influenciar a autoridade política para que tome decisões que preferencialmente beneficie tão somente interesses individuais. No outro modelo, "a cidadania se atualiza somente na prática de autodeterminação coletiva".

Não é necessário tecer muitas críticas ao primeiro modelo, eis que naquele quadro as organizações e/ou instituições são instrumentalizadas com o fito/propósito de atingir fins privados-individuais. Um mero cálculo. Os interesses individuais de uma parca minoria acima dos interesses coletivos, o que até o presente momento, em muitos lugares, os aspectos funcionais da clássica cidadania têm atendido [interesses plutocráticos]. No segundo modelo não há o reconhecimento do indivíduo fora da esfera de pertencimento/participação, o que ainda remete a modelos estatocêntricos e de lógicas de atribuição de personalidade/nacionalidade/cidadania a partir de aparatos burocráticos dos Estados nacionais, sendo justamente nesta lacuna que sempre se justificaram todos os tipos de políticas jurídicas de exclusão e que dão vazão ao aparecimento dos apátridas, deslocados, vulneráveis, estrangeiros, estranhos, diferentes, refugiados - não-nacionais, desobrigando assim os Estados nacionais de qualquer responsabilidade pelo não acolhimento, não reconhecimento e não integração desses «Outros» indesejados.

Entretanto, para Habermas, o direito impositivo, por não incluir "motivos", nem modo de pensar e de sentir, não seria capaz de impor um modo "cooperativo de uma prática cidadã", pois "*o status de cidadão juridicamente constituído depende de uma **contrapartida**, ou seja, de um pano de fundo concordante, que é dado pelos motivos e modos de sentir e de pensar de uma pessoa que se orienta pelo bem comum, os quais não podem ser impostos pelo direito.*"²⁰ Assim, a institucionalização jurídica deveria se inserir em um contexto de "uma cultura política libertária", e

¹⁹ Op. cit., p. 287.

²⁰ Op. cit. p. 288. Grifos originais.

finaliza dizendo: "*não é necessário amarrar à cidadania democrática à identidade nacional de um povo; porém, prescindindo da variedade de diferentes formas de vida culturais, ela exige a socialização de todos os cidadãos, numa cultura política comum*"²¹. Habermas defende um modelo de socialização da integração cultural, não heteronômico/impositivo, o que facilitaria a incidência de um princípio que sujeitasse a todos.

Contudo, o problema é saber o que é cultura neste contexto. Ademais, qual o desafio cultural quando não há diferenças significativas? De fato, adotando-se o procedimento proposto não estaríamos customizando a democracia ao gosto/modo do soberano integrador - daquele que pode impor condições/exigências? Aqui, talvez, resida a maior precariedade e/ou insuficiência do modelo proposto pelo filósofo alemão, ainda que se possa concordar sobre a impossibilidade de uma heteronomia piramidal para um mundo cada vez mais plural e diverso. Entretanto, por mais que a globalização/mundialização tenha padronizado comportamentos, sobretudo no aspecto da cultura do consumo, pois nas palavras de Bauman "*todos os membros da sociedade de consumidores são, do berço ao túmulo, consumidores de jure - ainda que o jus que os definiu como consumidores nunca tenha sido votado por Parlamento algum nem registrado nos livros de direito*"²², não há por parte deste processo de globalização-mundialização uma atividade real/verdadeira/absoluta de acolhimento e/ou integração - alteridade, seja cultural, política, religiosa ou ética. Pelo contrário: há cada vez mais um acirramento para defesa de posições juridico-econômicas recheadas de preconceitos e falta expressa de informação, tais como políticas de nacionalismo extremo, ideologias xenófobas, populismo e autoritarismo.

Por sua vez Edgar Morin²³ bem coloca que a cultura, desde o século XIX, foi recortada em dois blocos: cultura humanística e a cultura científica, a primeira genérica e a segunda seccionada por áreas de

²¹ Op. cit. p. 289.

²² Bauman, Zygmunt. *In Vida para consumo*, p. 83.

²³ Morin, Edgar. *In A cabeça bem-feita*. p. 17 e 18.

conhecimento; a primeira destinada às grandes interrogações e à reflexão, e a segunda privada da reflexão sobre os problemas gerais e incapaz de pensar sobre si mesma - e que de muitos modos consolidou a era da razão instrumental. Deste modo produz um saber, que o francês chama de «saber esotérico», que consiste na apropriação "*crescente de problemas vitais pelos experts, especialistas e técnicos*", pois "*quanto mais técnica torna-se a política, mais regride a competência democrática*"²⁴.

Por outro lado, afirma o filósofo franco-judeu, a pré-história, ecologia, as ciências da terra e a cosmologia, por sua transdisciplinariedade, podem proporcionar uma nova condição humana, uma nova compreensão do humano, do ser humano, pois sabidamente o humano não se origina no/do nacional. Ademais, as categorias socioculturais, como decorrência de uma cultura científica entrecortada/seccionada por áreas de conhecimento, não somente foram aplicadas à ciência, mas também foram aplicadas aos indivíduos - criando categorias tais como, jovens, velhos, mulher, homem, estrangeiro, nacional etc. - e acabaram por imprimir um atraso, segregação, exclusão, ao separar o humano da *physis*. Acrescentaríamos ainda, neste sentido, que a modernidade sonegou tais valores - integrativos - ao investir pesadamente na subjetividade, na racionalidade como oposição à natureza, e na individualidade como oposição à organicidade.

Este saber transdisciplinar levar-nos-á, portanto, longe dos *standards* da modernidade, à formação de "*uma consciência humanística e ética de pertencer à espécie humana*"²⁵, em uma clara oposição às mônadas indissolúveis de Leibniz, pois a Terra "*é a totalidade complexa físico-biológica-antropológica, onde a vida é uma emergência da história da Terra e o homem, uma emergência da história da vida terrestre*"²⁶. Portanto, não se pode continuar a perceber o surgimento/aparecimento do homem como

²⁴ Ibidem, p. 19.

²⁵ Morin, Op. cit. p. 39.

²⁶ Ibidem, p. 40.

um acontecimento *ex nihilo*, mas, de modo contrário, vinculado à precedência da história da terra e da história do próprio ser humano.

No que tange aos aspectos de uma «nova cidadania» que deve emergir desta (des/re)-construída narrativa histórica do ser humano, a fim de ultrapassarmos o marco keynesiano-westfaliano²⁷ para o marco de uma comunidade planetária que comunga do mesmo destino, já não mais alicerçado em um projeto eurocêntrico de mundo iniciado a partir de 1492 - descoberta do "novo mundo" - mas que deve ser percebida como uma história de dispersão/diáspora²⁸ - a história do *homo sapiens*, o que permitiu que quando da chegada às "novas terras" fossem encontrados rostos de outros povos que ali habitavam e que compartilhavam das mesmas necessidades e urgências humanas - eram iguais aos europeus em sua natureza humana [ser], muito embora cultural, econômica e linguisticamente diferentes.

Do outro modo, também, na história do continente europeu encontramos o Tratado de *Westphalia* ou Conclave de *Münster e Osnabrück*, de 1648, e que resultou no fim da chamada Guerra dos Trinta Anos - o marco reverenciado como o do início do direito internacional moderno - e introduziu no sistema internacional "os princípios da igualdade religiosa (*Estados católicos e protestantes passam a gozar das mesmas prerrogativas*) e do equilíbrio europeu (*garantia de surgimento de novos Estados*)"²⁹.

Ainda que na Paz de Westfalia tenha se estabelecido as bases do princípio da territorialidade e da soberania, é expresso no referido documento que "*si sucediere, que un Subdito, [...] el exercicio público, ò particular de su Religion, ò que despues de publicada la Paz, mude de Religion, quiera voluntariamente mudar de domicilio, ò que se lo mande el Señor del*

²⁷ Nos mesmos termos da expressão utilizada por Fraser, Nancy. Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Norteamérica, 39, dic. 2005. Disponible en: <<http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/1028>>. Fecha de acceso: 08 may. 2019.

²⁸ Originalmente o termo foi utilizado para se referir aos deslocamentos dos gregos pelas bacias do Mar Mediterrâneo e do Mar Negro. O continente americano já era conhecido pelos povos antigos, havendo estudos a demonstrar que os gregos estiveram por lá por volta do Século XII a.C.

²⁹ Del'Olmo, Florisbal de Souza. Curso de direito internacional público. p. 13.

Territorio; le serà licito hacerlo, reteniendo, ò vendiendo sus bienes..."³⁰. E no mesmo parágrafo/cláusula assegura a esse mesmo sujeito, no caso de escolher pela retenção de bens, a possibilidade de "*irlos à visitar con toda libertad, y sin Passaporte alguno; y proseguir sus pleytos, y cobrar sus deudas, siempre que lo pida la razon*".

Em que pese a dominação territorial que se estabeleceria pelo estatocentrismo, fundamentando uma clara cisão entre poder temporal e poder religioso, era assegurado aos sujeitos a liberdade de, não só de mudar da fé professada, pública ou reservadamente, mas também a possibilidade de mudar de domicílio, o que efetivamente implicava na mudança de Estado "*sine litteris commeatus adire*" - sem qualquer passaporte/documento/autorização, conforme redação original, sendo aqui estabelecidas as bases de identidade cultural que formariam os modernos Estados europeus.

Assim, de certo modo, é preciso regressar a este Estado pré-westfaliano para podermos avançar em direção a uma era pós-westfaliana, reconfigurando-se, desta forma, um novo sentido/teoria/fundamento para o direito enquanto sistema normativo³¹, não mais a partir das lógicas estatais, mas a partir de lógicas das necessidades e das imposições que o tempo presente requer, ou, como no dizer de Nancy Fraser, não mais arrebatedos pelo debate a respeito do *quê* da «justiça», mas para o *quem*, pois "*las decisiones que se toman en un estado territorial, a menudo, repercuten en las vidas de quienes no viven en él, al igual que las actividades de las corporaciones transnacionales, de especuladores de divisas internacionales y de importantes inversores institucionales*"³². Acabar com a injustiça implica em desobstruir e/ou dismantelar toda a

³⁰ Die Westfälischen Friedensverträge vom 24. Oktober 1648. [Art. V,36 IPO ← § 47IPM]. Texto integral consultado em <<http://www.pax-westphalica.de/>>, disponível também em latim.

³¹ Sobre uma nova teoria ou intencionalidade a partir de um novo paradigma para o direito em uma sociedade pós-metafísica já abordamos no trabalho *Da alteridade radical à infinita responsabilidade: o direito como possibilidade normativa a partir da ética levinasiana?*, onde defendemos a ideia de que haveria a possibilidade de se extrair da ética da alteridade de Emmanuel Levinas a construção de uma intencionalidade própria do direito, não meramente ontológica, mas do contrário, meta-onto-fenomenológica. Neste sentido, a filosofia ética de Levinas é perturbadora, ao mesmo tempo em que move de lugar a pergunta filosófica, não mais a perquirir sobre o ser - ontologia, mas a perguntar/partir em direção ao Outro absoluto - revelando-se assim no seu total sentido ético radical.

³² Fraser, Nancy. Op. cit., p. 70.

institucionalização que impede o pleno exercício da igualdade entre os seres humanos que habitam o planeta.

No que concerne à regulação da convivência cita Habermas que a relação dos cidadãos se assenta nos seguintes princípios: a) reconhecimento recíproco; e b) reconhecimento de igual proteção e igual respeito em sua integridade enquanto indivíduos insubstituíveis/únicos/singulares, enquanto membros de um grupo étnico-cultural e enquanto membros de uma comunidade política³³, esta última multicultural. Tal reconhecimento, poderia-se supor, estaria assegurado em aspectos normativos, mas decorrentes de um diálogo procedimental-discursivo de modo que todas as posições pudessem estar na discussão pública representadas. Desta forma propõe Nancy Fraser uma teoria tridimensional da justiça, aqui justiça compreendida no sentido geral de paridade participativa, "*para lo cual se debe incorporar la dimensión política de la representación, junto con la dimensión económica de la distribución y la dimensión cultural del reconocimiento*"³⁴.

A obstaculização da justiça se dá através de estruturas econômicas e hierarquias institucionalizadas que impedem uma interação e o adequado reconhecimento. No entanto, é na dimensão política que estão em jogo os esquemas de pertença social, pois neste campo se determina o alcance de quem é membro/não membro, participante/não participante, incluído/excluído, nacional-cidadão/estrangeiro-forasteiro (in/out)³⁵. Não somente se referem ao «quem» mas também no que corresponde ao «como». O político é ou está diretamente relacionado à representação. Desta forma, a falta de paridade política se traduz em injustiça, ou, como

³³ Habermas, Op. cit., p. 284.

³⁴ Op. cit. p. 72.

³⁵ Ver Veiga, Paula. *In* Direito de sufrágio activo de estrangeiros legalmente residentes: dicotomia schmittiana, universalismo kantiano ou inclusividade. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho". *Stvdia Iuridica*, 104, Ad Honorem – 6, v. III, Coimbra Editora, Coimbra. Infelizmente não será possível abordar no presente trabalho, em face da extensão que demandaria, a diferenças entre o cosmopolitismo kantiano e filosofia ética da alteridade de Levinas. Por enquanto basta dizer que vai além, "*más allá*", um "*más-profundo-que-sí-mismo*", um desejo de uma transcendência diferente "*en su estructura noética, con el fuera-de-sí de la intencionalidad*" sem contudo se prender a aspectos de carácter metafísico ou da filosofia da consciência - transcendental - de Kant. Levinas, Emmanuel. *Entre nosotros: ensayos para pensar en otro*. Pre-textos: Valencia, 1993.

afirma a filósofa americana, *"la injusticia surge cuando las fronteras de la comunidad se establecen de tal manera que impiden, injustamente, que determinadas personas participen siquiera en las disputas autorizadas de la comunidad en materia de justicia"*³⁶.

A globalização/mundialização acentuou ainda mais a injustiça de um mundo cada vez mais assolado pela desigualdade representativa na medida em que a representação, em termos políticos - e que é a dimensão das mudanças/transformações das regras da comunidade jurídico-política - está umbilicalmente conectada à ideia de nacionalidade-cidadania. Uma vez os indivíduos afastados do *como* não serão objetos do *quem*, e, logo, não terão o *que* de valores/recurso/políticas públicas/reconhecimento/aspecto material a disputar.

A proposta de Nancy Fraser é a substituição do princípio da territorialidade, que atualmente apresenta-se cada vez mais com uma baixa efetividade social, pelo «*princípio de todos os afetados*» - *"un principio postwestfaliano con el que pretenden cambiar los procedimientos de configuración de los marcos, reconstruyendo así los cimientos de la justicia en un mundo globalizado"*³⁷ - e que corresponde ao fato de que também o mundo não é mais um espaço de lugares, mas cada vez mais um espaço de fluxos e movimentos de caráter global³⁸, e nesse sentido *"las luchas por la justicia en el mundo globalizado no tendrán éxito a menos que vayan unidas de la mano de las luchas por la democracia metapolítica"*³⁹.

Muito embora Nancy Fraser amplie consideravelmente a base para uma «nova cidadania», e restabeleça a paridade participativa no conceito de justiça, o proposto no sentido de superar adequadamente o marco do princípio da territorialidade ainda é insuficiente. Primeiro, porque o *princípio*

³⁶ Op. cit. p. 76.

³⁷ Op. cit. p. 83.

³⁸ Fluxos comunicativos, fluxos monetários/financeiros/capitais, fluxos migratórios e etc.. Ainda há os movimentos em defesa da ecologia - preservação da saúde do planeta e que afeta a todos os seres humanos, movimentos sociais, movimentos feministas - com legítimas pautas de reconhecimento em nível mundial, movimentos Lgbt+ e outros movimentos culturais (*otakus, kpopers* e etc.) e que cada vez mais se identificam na esfera global, e em ambientes virtuais, influenciando toda a espécie de comportamento político.

³⁹ Fraser, Op. cit. p. 86.

de todos os afetados pode ser preenchido por componentes eminentemente subjetivos a tal ponto de comprometer a integridade da proposta (sobre o que pode ser afetado e em quais circunstâncias). A dinâmica das relações sociais tem demonstrado que indivíduos aparentemente iguais produzem respostas sociais muito divergentes⁴⁰, e que toda a normalização de comportamento, como resposta contrária à diversidade comportamental, por mais que tenha "funcionado" em determinados períodos da história, hoje já não é mais possível ou desejável de ser reproduzida, pois representa flagrantemente um engessamento dos comportamentos sociais. Ainda que a proposta de Nancy Fraser não seja no sentido de uma normalização, a tentativa de classificação entre o que é afetável/não-afetável por contrapartida representaria uma normalização (tentativa de se alinhar ao comportamento considerado afetado/não-afetado), e por outro lado incidiria nos mesmos erros do estabelecimento de marcos lineares da modernidade.

Em segundo lugar, o vocábulo "todos" também carece de critérios mais específicos sob pena de, ao querer pretender-se totalmente incluyente, tornar-se ou revela-se massivamente excludente, pois a totalidade de algo ou de alguma coisa significa logicamente a exclusão da totalidade de outra, o que na maioria das vezes não é (ou não deveria ser) desejável. Vejamos, então, como poderíamos avançar neste aspecto.

3. Nova cidadania e acolhimento/hospitalidade - o rosto

A proposta do presente trabalho é a partir da alteridade radical da filosofia ética de Emmanuel Levinas⁴¹ para a constituição desta «nova cidadania», pois como bem disse Mireille Delmas-Marty, "*as práticas*

⁴⁰ Ver em Rosenfeld, Michel. *In A identidade do sujeito constitucional*, p. 81 a 108.

⁴¹ O presente texto avoca os trabalhos sobre ética e alteridade de Emmanuel Levinas (1906-1995), especialmente no que tange à compreensão do rosto/*visage/face*, e como esta compreensão repercute na responsabilidade infinita do sujeito ético na obra do escritor franco-lituano, nascido em Kovno, província da Lituânia, e que sempre frequentou sinagogas, tendo sido alfabetizado no hebraico, por causa da sua ascendência judaica, mas também foi educado na cultura cristã ocidental. É a representação pendular da cultura ocidental que sempre oscilou entre Atenas e Jerusalém, mas que especificamente no nosso caso também pode representar a distância entre o centro e a periferia, entre quem fala do sul - hemisfério - para quem vive no reino do norte

*jurídicas europeias só adquirirão valor de experimentação no laboratório do pluralismo jurídico com a condição de participarem de uma reflexão sobre o **desafio planetário**, aquele que integra 'os outros' na escala do planeta"*[grifos originais]⁴², o que torna necessário um direito comum - um direito acessível a todos, nas palavras da jurista francesa.

Talvez o que tem sido mais notável na presente época é a condição do estrangeiro-imigrante-ilegal assimilado pelo "mercado" globalizado - viés econômico, mas não integrado e/ou acolhido pelos sistemas jurídico-legais como cidadão, que ao se sujeitar à qualquer condição social para subsistir, se vulnerabilize, levando-o, assim, à autonegação da própria alteridade - não existência/invisibilidade.

Por outro lado, há um outro grupo de pessoas para o qual não existe fronteiras no mundo, não importando sua raça, origem, cultura ou nacionalidade - são cidadãos globais - que projetam uma ultra-subjetividade/individualidade para além dos sistemas jurídicos - transcendem as fronteiras. Para os chamados super-ricos não há problemas de mobilidade/migração, pois os grandes centros econômico-culturais, tais como a Europa, a América do Norte e a Oceania, não estabelecem qualquer óbice para o ingresso deste tipo de indivíduo, desde que possua condições econômicas para aceder tal condição⁴³.

O que se verifica não é a condição étnico-cultural do indivíduo, mas sobretudo sua capacidade financeira/investimento - seu poder econômico. Logo, as razões integrativas-culturais-linguísticas para se justificar as fronteiras políticas entre os estados - a nacionalidade com efeito de cidadania - tal como a identidade nacional, o sentimento de pertença, a assunção de responsabilidades junto ao Estado-pátria etc., esvaem-se completamente quando opostos aos privilégios do poder econômico deste seletivo grupo de pessoas.

⁴² Delmas-Marty, Mireille. Por um direito comum, p. 209.

⁴³ São os chamados *Golden Visa/Vistos Gold* na Europa. Nos EUA é chamado *EB-5 Immigrant Investor Visa Program*.

De acordo com Mathias Czaika e Hein de Haas, ao analisarem os dados sobre imigração no mundo, no período de 1960 a 2000, incluindo não só dados sobre mobilidade mas também dados econômicos correlatos, observam que "*in reality, contemporary globalization has been a highly asymmetrical process, which has favored particular countries – or rather cities and agglomerations within countries – and social, ethnic, class, and professional groups within them, while simultaneously excluding or disfavoring others*"⁴⁴, e por causa deste favorecimento a determinados países ou regiões e grupo de pessoas, a partir da observação dos "*maps of location-specific global resource distribution, the world has remained invariably “spiky,” with most economic activities concentrated in a relatively low number of countries and, particularly, places*"⁴⁵. Não é à toa, por conseguinte, que determinados locais sejam mais procurados que outros, onde a concentração de bens e condições sociais são muitos melhores que na grande maioria do planeta, tais como EUA, Austrália e determinados países da Europa, conforme mapa da *Global Wealth Migration Review 2019*⁴⁶, produzido pelo AfrAsia Bank⁴⁷.

Há, portanto, um falseamento, uma fina mentira, a respeito do funcionamento do binômio nacionalidade/cidadania. Uma funcionalização a partir do discurso jurídico, não só de instrumentalização do legal [aparato burocrático-estatal], mas também, e, especialmente, do humano. A intenção desta funcionalização é clara: bloquear/impedir/contrariar/encerrar/prender todos aqueles indignos desta cidadania superior, somente digna para aqueles possuidores de um certo *status civitatis* superior, medidos/conferidos/sopesados a partir de suas capacidades econômicas - não humanas.

⁴⁴ Czaika, Mathias. Haas, Hein de. The Globalization of Migration: Has the World Become More Migratory? *In International Migration Review*, Volume 48 Number 2 (Fall 2015):283–323.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 318.

⁴⁶ Relatório completo e mais informações a respeito ver em < https://e.issuu.com/embed.html?u=newworldwealth&d=gwmr_2019>.

⁴⁷ Mapping the Global Migration of Millionaires, disponível em <<https://www.visualcapitalist.com/global-migration-of-millionaires/>>. Último acesso em 25 de novembro de 2020.

Contudo, como elabora Umberto Galimberti, "a identidade pessoal não é algo que cada um elabora dentro de si, em completo isolamento, mas é algo que se negocia mediante diálogo com os outros"⁴⁸, e Castanheira Neves assenta que não estamos perante um *homo intitucionalis* - só compreendido/percebido dentro de uma ordem pressuposta⁴⁹, ou seja: não é a ordem jurídica ou um sistema legal que determina o que é humano/não-humano, digno/não-digno, merecedor/não-merecedor ou cidadão/não-cidadão, sob pena de um absoluto reducionismo jurídico-técnico-legal - mero positivismo. Propugna o mestre português, neste sentido, estarmos perante um *homo pessoalis*, pois vai além do *homo individualis*, se recusa a ser apenas um *homo socialis*, ou simplesmente um *homo faber* ou *homo ludens*. Como preconiza, o homem-pessoa não "se reduz à comunidade, nem se assume num solipsismo prático-social, nem se polariza como constitutivo racional do sentido, mas se compreende como humano centro de imputação ética e de dignidade axiológica na interlocutora e responsabilizante convivência prático-comunitária"⁵⁰. Portanto, não é pelo trabalho/produção, pelo bem-estar/prazer, pela sociedade convencional, ou seja: pelo seu predicativo, por aquilo que se diz ou se afirma a respeito do ser humano/indivíduo/pessoa/sujeito, mas tão somente pelo seu existencial, pois o «rosto», independentemente de qualquer nomeação legal, produz por si só discurso jurídico capaz de denunciar todo estes aspectos e aparatos de injustiça, e tal condição existencial tem sido absolutamente negada com *tear gas*, deportações em massa etc. - o drama real do enclausuramento dos refugiados-imigrantes, não-nacionais/não-cidadãos, que é a/o não permissão/merecimento do/ao paraíso/*heaven*/cidade de deus(es)/*champs élysées*.

⁴⁸ Galimberti, Umberto. *In* *Psiche e techne: o homem na idade da técnica* - São Paulo: Paulus, 2006. p. 68o.

⁴⁹ Neves, António Castanheira. *In* O "jurisprudencialismo" - proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho/António Sá da Silva (Org.), *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje - o Jurisprudencialismo: uma resposta possível?* Estudos em homenagem ao Senhor Doutor António Castanheira Neves, Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2012, 9-79p.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 6o e 61.

Contudo, de acordo com Levinas, entre o ser e o não-ser existe um silencioso grito do «*il y a*», que não pode ser silenciado ou rechaçado por qualquer negativa de existência. O barrar da alteridade desses absolutamente Outros, como que esse barramento pudesse prolongar a longevidade, a segurança e a existência do «eu» - "bloqueio total" das incertezas - é a negação do "*infinito intervalo da separação*"⁵¹, ou seja: o prolongamento/extensão desta totalidade⁵² - totalitarismo. Por isso é necessário *passar ao Outro do outro modo que ser*⁵³, e este «passar» não pode ter o significado de *morte/exclusão/separação* e muito menos um *não ser*.

Ocorre que o infinito "*deveria servir de fundamento a uma filosofia pluralista, em que a pluralidade do ser não se desvaneceria na unidade do número, nem se integraria numa totalidade*"⁵⁴. Ainda que continuemos a expulsar do "paraíso" aqueles que achamos indignos para a festa do reconhecimento, "*inevitavelmente o Outro faz-me frente - hostil, amigo, meu mestre, meu aluno - através da minha ideia do Infinito [...] o frente a frente continua a ser situação última*"⁵⁵. Noutras palavras, o rosto de de Alan Kurdi⁵⁶ fala/discursa. Conversa/dialoga/expõe. Desvela todas as fraturas da civilização ocidental. Escancara a fragilidade jurídica com que a sociedade ocidental se equilibra, rompendo com todo o verniz de pretensa bondade e civilização.

⁵¹ Levinas, TI, p. 66.

⁵² Quando nos referimos à totalidade, estamos a falar de círculo de imanência da consciência do sujeito. Aquela projeção subjetiva que se apropria da realidade concreta e objetiva reduzindo-a mero substrato da consciência individual - falsa totalidade. Reificação. Coisificação. Para melhor compreensão ver Heidegger, Martin. *In Ser e Tempo/Sein und Zeit*, texto português e alemão - Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012, p. 249 a 329; Ruiz, Castor B.. *Alteridade & Alteridades - Questões da modernidade e a modernidade em questão. In Alteridade e ética: obra comemorativa dos 100 anos de nascimento de Emmanuel Levinas/Ricardo Timm Souza, André Brayner de Farias, Marcelo Fabri (organizadores)*. - Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 117 a 148; Gadamer, Hans-Georg. *In Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 9 ed. - Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Ed. Univ. São Francisco, 2008, p. 354 a 493; e finalmente, Levinas, TI, p. 23 a 28.

⁵³ Levinas, *De otro modo que ser o más allá de la esencia*, p. 45.

⁵⁴ Levinas, TI, p. 66.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 67.

⁵⁶ Menino sírio-curdo de 3 anos de idade que faleceu em 2015 numa praia da Turquia após uma tentativa de atravessar o mediterrâneo em direção à Europa e virou símbolo da crise dos refugiados que estavam a fugir do Daesh e da guerra na Síria.

E por que, mesmo diante de toda a justificativa para tais ações e/ou justiça para tais reivindicações a globalidade está a tratá-los como inimigos/escória/perturbação? Sem direitos/não-nacionais e a condená-los à privação e/ou à morte? Para além de toda a justificativa "racional", sempre ficará em nossa presença o grito do desespero e o murmúrio silencioso destas existências, destes "restos" de história, de alguém no horizonte do acontecimento do ser - um *Rosto*.

Neste sentido, *Rosto* não pode ser como algo concebido ou assimilado, incluso [totalizado], ou muito menos fazer parte de uma classe de pertencimento. *Rosto* também não é a expressão de uma subjetividade, própria ou do *Outro*. O *Rosto*, neste aspecto, passa[ria] a ser a única determinação ética para o direito - um estatuto jurídico concreto, esculpido objetiva e subjetivamente. O *Rosto* é a linguagem normativa que passa a vincular todo o direito - nisto repousa toda uma normatividade que não pode negar/excluir/definir/cercar/determinar/nomear a assimetria e a diacronia dos *rostos*. *Rosto* não é mera subjetividade, pretensão em busca de reconhecimento de um sistema ou norma legal. O *Rosto* é o próprio fundamento-autoridade no qual se funda e se nutre a normatividade do direito. O *Rosto* não é uma ipseidade abstrata ou tampouco subjetiva, é uma referência metaética concreta. Segundo Levinas, "*à Relação em que o Eu encontra o Tu é o lugar e a circunstância originais do advento ético. O fato ético não deve nada aos valores, mas são os valores que lhe devem tudo. O concreto do Bem é o valor do outro homem.*"⁵⁷

Nas palavras de José André da Costa, "*a transposição da ética da Alteridade a uma política da Alteridade*"⁵⁸ deve imperar, pois implica necessariamente em uma normatividade para a Alteridade - uma normatividade ética que se funda no absolutamente *Outro* a partir do comando normativo do *Rosto*. Deste modo poderia se formular: seria a alteridade absoluta do *Outro*, que se manifesta na retidão do acolhimento do *Rosto*,

⁵⁷ Levinas, Emmanuel. De Deus que vem à ideia/Trad. Marcelo Fabri, Marcelo Luiz Pelizzoli, Evaldo Antonio Kuiava. 2 ed.- Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, doravante citado como DVI, p. 197.

⁵⁸ Costa, op. cit., p. 95.

um comando/uma regra/um princípio exterior destinado aos sujeitos [éticos] e assim justificar o acolhimento desta nova cidadania? Entendemos perfeitamente que sim.

Aqui, lembrando as lições de J. Derrida⁵⁹ sobre «*pas d'hospitalité*», não nos fazemos/realizamos como soberanos, mas como «*hôte*»⁶⁰, pois o *eu* soberano se põe como lugar central no mundo, desenraizando-se de qualquer vinculação de sua originariedade que é fraqueza e debilidade⁶¹. Portanto, ao condicionar a liberdade à absoluta alteridade do *Outro*, é na verdade, como diz Levinas, "*la nécessité de mettre un frein à la violence et d'introduire de l'ordre dans les relations humaines*". O *Outro* se apresenta como uma resistência, como um *não-poder*, um *não-matar*, uma *não-apropriação*, até porque se o *Outro* se apresenta como *Outro-modo-de-ser*, para este *Outro-modo-de-ser* me apresento também como o *modo-de-ser-do-Outro*, se assinalando, todavia, que esta relação não é pura ou desejavelmente simétrica.

É neste aspecto que se realiza a justiça e a igualdade entre os sujeitos éticos - no face a face, conforme lição de Fernanda Bernardo⁶², e *pari passu* o «dizer» - o direito à palavra. O *Rosto* discursa - produz normatividade jurídica. "*O rosto fala. Fala porque é ele que torna possível todo o discurso*"⁶³. E neste *Rosto* que se me apresenta, em toda a sua riqueza e pobreza - riqueza porque é infinitude de existência que não é possível *compartilhar*, raro, único, singular, pois "*ele é o que não se pode transformar num conteúdo, que o nosso pensamento abarcaria; é o incontível, levamos além*"⁶⁴, "*e a quem tudo devo*", e pobreza porque se apresenta

⁵⁹ Derrida, Jacques. Anne Dufourmantelle convida Jacques derrida a falar Da hospitalidade. Trad. Antonio Romane. - São Paulo: Escuta - 2003.

⁶⁰ Nos exatos termos que a tensão da palavra «*hôte*» exprime em francês, a de *anfitrião* mas também *hóspede*. Pode significar tanto anfitrião como hóspede.

⁶¹ Que é a condição primordial de todo o recém-chegado/nascido ao mundo - a condição do bebê/bebê. Dependente, frágil e finito.

⁶² Bernardo, Fernanda. *In* Da responsabilidade ética à ético-político-jurídica: a incondição da responsabilidade ética enquanto incondição da subjectividade segundo Emmanuel Lévinas (II). Revista Filosófica de Coimbra -n.º 17 (2000), p. 64 a 68.

⁶³ Levinas, EI, p. 71.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 70

invariavelmente nú, e "por quem posso tudo"⁶⁵, inclusive matá-lo/extinguí-lo - que me olha, é por quem me torno responsável infinitamente.

Logo, a cidadania não pode estar fundamentada apenas, e/ou reconhecida, com base em uma norma produzida por um sistema jurídico legal, seja ele estatocêntrico ou emanado a partir de um organismo internacional de caráter regional ou global. A nova cidadania que se fundamenta no estatuto normativo a partir do *Rosto* é constitutiva e heteronômica, e deve ser acolhida *per se*. Nasce um *Rosto*, um Outro, há uma «nova cidadania». Esta condição existencial é igual para todos os seres sob pena de invariavelmente estarmos produzindo soberana injustiça. A soberania é do *Rosto - daquele que me interpela e me exige uma infinita responsabilidade*, e todas as demais são apenas usurpação dessa singular manifestação.

4. Qual o papel dos Estados?

A pergunta natural, como consequência do esvaziamento do fundamento da soberania na doutrina clássica para uma soberania do *Rosto* que se estabelece a partir de alteridade absoluta do Outro conforme proposto anteriormente, é: qual papel o(s) Estado(s) passa(m) a desempenhar a partir do momento que não mais protagoniza(m) o estabelecimento/credenciamento/investidura desta nova cidadania? Na medida em que ela se constitui *per se* a partir do aparecimento do *Rosto - motu proprio*: pois não depende de uma lógica de reconhecimento estatal ou institucional - e demanda uma responsabilidade infinita para com toda a sociedade planetária pela convivência prático-comunitária, os Estados perdem em grande parte o seu poder de barganha e de imposição do seu jogo de interesses. Mas será que ainda são necessários?

J. Chevallier afirma que na pós-modernidade um novo modelo de estado tende cada vez mais a aparecer, "*aquele de um direito em rede, no qual o campo jurídico se apresenta sob a forma de uma multiplicidade de pontos em inter-relação (direito de Hermes); aberto, flexível, lábil, o direito*

⁶⁵ Ibidem, p. 72

tende a transformar-se no produto aleatório de um conjunto de sistemas em intereção"⁶⁶. Assim, a chave de legitimação deste novo direito em rede seria a primazia ética dos direitos do homem⁶⁷. Deste modo estaríamos diante de um direito plural - extra, supra e infraestatal, um direito dialógico, repousando sobre uma multiplicidade de atores jurídicos, o que demandaria a exigência de um *pluralismo ordenado*⁶⁸.

Dessarte, Delmas-Marty propõe, a partir de uma certa desordem normativa, ordenar o múltiplo, a partir da unificação de sistemas jurídicos - construir sínteses a partir da comparação de sistemas diferentes; e da harmonização - tornar as diferenças compatíveis e as diferenças previsíveis⁶⁹. Contudo haverá sempre o risco de um engessamento e de uma re-codificação, transformando-se em um problema circular [retorno ao positivismo] e não de fato um avanço.

Por sua vez, Manuel García-Pelayo, inobstante a "*uma crise permanente do sistema neocapitalista, motivada por causas exógenas e/ou endógenas [...] não diminuiria a força da ideia social de Estado, pois os problemas da procura existencial se tornariam mais agudos, e a exigência de justiça distributiva, mais profunda, e a necessidade de integração social, mais urgente*"⁷⁰. Adverte, mais adiante, que o Estado não é e não pode ser reduzido simplesmente a um instrumento de dominação de classes ou um inimigo radical, pois é capaz de satisfazer determinadas necessidades sociais e obter a implementação de certas reivindicações da classe trabalhadora/obreira⁷¹.

Por isso que um Estado fraco desfavorece o interesse daqueles que através da participação na representação política já acolhidos pela nova cidadania podem através da força estatal regular os interesses e poderes das forças econômicas ou de quaisquer outras que tenham por interesse

⁶⁶ Chevallier, Jacques. In O Estado pós-moderno/L'État post-moderne. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 124 e 125.

⁶⁷ Delmas-Marty, Mireille. Por um direito comum, p. 266 a 271.

⁶⁸ Chevallier, op. cit., p. 154 a 160.

⁶⁹ Delmas-Marty, Mireille, Três desafios para um direito mundial, p. 99 a 129.

⁷⁰ García-Pelayo, Manuel. In As transformações do estado contemporâneo - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 67.

⁷¹ Ibidem, p. 70.

funcionalizar a atividade social. Do contrário, sem o freio de uma ator social importante e de grande porte, o capital exercerá naturalmente seu modo arbitrário de imposição dos interesses econômicos sobre os interesses políticos e sociais, colonizando assim a norma/regra jurídica e intoxicando todo o sistema - o que dito de outra forma praticará violência institucionalizada como histórica e habitualmente já observamos através de práticas excludentes.

Assim, para o economista Dani Rodrik, os Estados ainda são necessários para obtenção de resultados econômicos e sociais desejáveis em plena era de globalização econômica. Muito embora a crise de 2008, o ataque dos economistas liberais e os defensores de um certo cosmopolitismo, o Estado "*it has proved remarkably resilient and remains the main determinant of the global distribution of income, the primary locus of market-supporting institutions, and the chief repository of personal attachments and affiliations*"⁷². Rodrik considera que mesmo em uma condição de inexistência dos Estados a institucionalização de organizações transnacionais específicas para a criação de regras globais do mercado econômico-financeiro não seria desejável, mesmo que viável. Afirmo o professor de Harvard que "*markets depend on nonmarket institutions because they are not self-creating, self-regulating, self-stabilizing, or self-legitimizing [...] Well-functioning, sustainable markets are backed up by a wide range of institutions that provide the critical functions of regulation, redistribution, monetary and fiscal stability, and conflict management*"⁷³.

Deste modo há, indisfarçavelmente, uma falsa crença de que o melhor regulador das regras econômicas é o próprio mercado. E, em um cenário em que cada vez mais as corporações internacionais se agigantam, eis não ser necessariamente seu objetivo a obtenção de lucros circunstanciais mas sobretudo a expansão⁷⁴ contínua com o fito de atingir o

⁷² Rodrik, Dani. Who needs the nation-state? *In* Roepke Lecture in Economic Geography 89(1):1-19. 2012 Clark University, p. 3.

⁷³ *Ibidem*, p. 8.

⁷⁴ García-Pelayo, p. 62.

monopólio/oligopólio em termos regionais e/ou globais, determinadas regiões, organizações e/ou Estados precisam praticar atividades protecionistas com vistas a salvaguardar os cidadãos ali residentes e suas instituições domésticas⁷⁵, pois como bem demonstra Rodrik, "a *“sane globalization” is that we need to accept the right of individual countries to safeguard their domestic institutional choices*" em função da variabilidade e assimetria geográfica, econômica e social do planeta, pois "*globalization should be an instrument for achieving the goals that societies seek: prosperity, stability, freedom, and quality of life*"⁷⁶ em todo o planeta.

Nos mesmos moldes podemos afirmar a respeito do direito. Ao preterir os termos constitucionalismo *multilevel*, cooperativo, confederalismo constitucional, Gomes Canotilho endossa a expressão «interconstitucionalidade»⁷⁷ para expressar "*uma compreensão da fenomenologia jurídica e política de constelações ou formações políticas compostas e complexas a partir de uma perspectiva amiga do pluralismo de ordenamentos e de normatividades*"⁷⁸ no âmbito das transformações do modelo de constituição dirigente a partir da experiência da União Europeia.

Surge assim uma *rede* dos diversos textos constitucionais, infraconstitucionais, normas e diretivas das organizações europeias, relativizando assim os princípios distintivos clássicos do Estado-nação. Entretanto, os textos "fundadores" continuam a ser autodescrições ou autoreferência da memória e da identidade política desses Estados⁷⁹, no que acrescentaríamos também as especificidades singulares, geográficas, econômicas, culturais e sociais desses mesmos Estados que, se de um lado não são capazes de autodeterminarem soberanamente o "poder destes castelos" no

⁷⁵ Exemplos recentes na Europa são os escândalos dos casos Facebook-Cambridge Analytica, que com a implementação do GDPR obrigou as empresas a mudarem suas políticas de tratamento de dados privados, e da Volkswagen, que fez com que a União Europeia alterasse a legislação de proteção de consumidor. Sem o tamanho da União Europeia seria quase impossível os cidadãos individualmente enfrentarem essas empresas gigantes.

⁷⁶ Rodrik, p. 17.

⁷⁷ Gomes Canotilho, Brancos e interconstitucionalidade, p. 266

⁷⁸ *ibidem*, p. 268.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 269.

espaço de uma totalidade por uma clivagem estabelecida a partir dos tratados de autolimitação e constituição destas Organizações supra, por outro podem vir a ser, e de fato são, os limites para o Outro-modo-de-ser do modo-de-ser-do-Outro dessas mesmas comunidades. Aqui vale também a preservação e a manutenção de uma absoluta alteridade descrita no capítulo anterior em que tratamos sobre o acolhimento do *Rosto*. Permanece a impossibilidade de eliminação e a responsabilidade infinita perante uma comunidade de comunidades inclusivas que se sujeitam aos mesmos fundamentos éticos pelos quais os seus cidadãos estão sujeitos. Se em Hobbes a constituição do pacto é pelo medo, pelo cálculo da autopreservação, aqui é pelo concreto do bem, o valor infinito e inestimável do(s) outro(s) ser(es).

5. Conclusão

A proposta aqui apresentada, em primeiro momento, talvez, possa parecer infactível/irreal/hiperbólica para aqueles críticos mais incisivos, ou poética/romântica/radical para aqueles que não pretendem levá-la à sério. No entanto, como diria o poeta Mario Quintana, "*se as coisas são inatingíveis... ora! Não é motivo para não querê-las... Que tristes os caminhos, se não fora a presença distante [mágica] das estrelas*"⁸⁰. E a referência não é necessariamente às aporias derridianas na desconstrução. Pelo contrário, pois se alguém dissesse a qualquer francês em 1750, ainda sob os auspícios do governo Luís XV, que a monarquia francesa cairia antes do final daquele século seria chamado de louco e colocaria seu pescoço em risco. A história demonstrou que não só caiu como mudou toda a forma das relações entre os indivíduos e o governo/Estado. Do mesmo modo Bauman, quando analisa os jornais de 1850 assinala que à época não se percebia que o mundo estava a mudar, e que social e economicamente nunca mais seria o mesmo.

⁸⁰ Quintana, Mario. Das utopias. Espelho Mágico. Porto Alegre: Editora Globo, 1951. Algumas publicações posteriores apresentam a palavra *mágica*.

Estamos, pois, ainda que sem um distanciamento histórico necessário que permita se compreender integralmente, a presenciar um tempo de transformações e de profundas mudanças nas relações políticas, sociais e jurídicas, cabendo-nos, como responsáveis pela atividade, produção e pesquisa em nossas áreas de conhecimento, especialmente àquelas capazes de influenciar a dogmática jurídica, a tarefa de construir e pavimentar os caminhos para este novo tipo de sociedade que se encontra em transformação. Esta é a nossa missão e a nossa relevância como juristas e filósofos do direito.

Por isso ser urgente e necessário o debate cada vez maior e mais amplo sobre os temas da cidadania, especialmente quando estamos a nos referir aos aspectos da inclusão, acolhimento e integração, e na medida em que podem subsidiar e fundamentar políticas públicas, decisões judiciais e compreensões interconstitucionais a respeito da matéria, assegurando-se passos decisivos rumo a esta nova cidadania.

Para finalizar, as ideias aqui apresentadas não se prestam as outros motivos a não ser aqueles que confirmam uma real e absoluta alteridade do(s) Outro(s). E por que se afirma isso? Porque uma falsa alteridade, uma alteridade lógico-formal, um alteridade embotada pelo uso anacrônico da palavra, que, muito embora distintiva quando ressalta negativamente a diferença, na verdade tem um único e claro objetivo que é o da exclusão/separação/contrastamento. Uma alteridade que se reduz a não mais do que a um intercâmbio recíproco de informações como no caso dos sistemas biométricos: de reconhecimento facial, do caminhar, do reconhecimento da íris, ADN e etc.. Estas lógicas são sincrônicas em clara oposição à diacronia do encontro, do tempo e do rosto do Outro. Este tipo de alteridade formal não significa a hospitalidade, mas tão somente a apropriação por parte da economia e da política "dos corpos dóceis", da *vida nua*, - *biopolítica* [a vida natural incluída nos mecanismos e nos cálculos do poder estatal]⁸¹.

⁸¹ Agamben, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. trad. Henrique Burigo. - 2 ed. - Berlo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 9-19.

Referências

- AFRASIA BANK. Global wealth migration review. Abril 2019. Full report disponível em <
https://e.issuu.com/embed.html?u=newworldwealth&d=gwmr_2019>. Último
acesso em 29/maio/2019.
- AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I. trad. Henrique Burigo.
- 2 ed. - Berlo Horizonte: Editora UFMG, 2010.
- _____. O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer
III)/Giorgio Agamben; trad. Selvino J. Assmann. - São Paulo: Boitempo, 2008. (Es-
tado de sítio).
- BATISTA, Gustavo C. Oliveira. Da alteridade radical à infinita responsabilidade: o direito
como possibilidade normativa a partir da ética levinasiana? Jan/2019. Paper apre-
sentado na disciplina Tolerância e direito, do Curso de Doutorado em Direito da
Universidade de Coimbra.
- BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio
de Janeiro: Zahar, 2008.
- BERNARDO, Fernanda. Da responsabilidade ética à ético-político-jurídica: a incondição da
responsabilidade ética enquanto incondição da subjectividade do sujeito segundo
Emmanuel Lévinas. Revista Filosófica de Coimbra. Vol. 8, Nº 16 (1999).
- _____. Da responsabilidade ética à ético-político-jurídica: a incondição da
responsabilidade ética enquanto incondição da subjectividade segundo Emmanuel
Lévinas (II). Revista Filosófica de Coimbra -n.º 17 (2000).
- CANOTILHO, J. J. Gomes. "Brançosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos
sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.
- CASTANHEIRA NEVES, A. O 'jurisprudencialismo' – proposta de uma reconstrução crítica
do sentido do direito", in Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho/Antônio Sá
da Silva (Org.), Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo:
uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Senhor Doutor António Casta-
nheira Neves, Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2012.

CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-moderno/L'État post-moderne. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CZAIKA, Matias. Haas, Hein de. The Globalization of Migration: Has the World Become More Migratory? In *International Migration Review*, Volume 48 Number 2 (Fall 2015).

Costa, José André da. Ética e política em Levinas: alteridade, responsabilidade e justiça. - Passo Fundo: IFIBE, 2013, p. 140.

DELMAS-MARTY, Mireille. Três desafios para um direito mundial. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2003.

_____. Por um direito comum. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Curso de direito internacional público. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DERRIDA, Jacques. Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar da hospitalidade. Trad. Antonio Romane. - São Paulo: Escuta - 2003.

_____. Espectros de Marx: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional. trad. Anamaria Skinner; - Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

Die Westfälischen Friedensverträge vom 24. Oktober 1648. [Art. V,36 IPO ← § 47IPM]. Texto integral consultado em <<http://www.pax-westphalica.de/>>, disponível também em latim. Último acesso em 08/maio/2019.

FRASER, Nancy. Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Norteamérica, 39, dic. 2005. Disponível em: <<http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/1028>>. Último acesso em 08/maio/2019.

GADAMER, Hans-Georg. In Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9 ed. - Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Ed. Univ. São Francisco, 2008.

GALIMBERTI, Umberto. Psiche e techne: o homem na idade da técnica - São Paulo: Paulus, 2006.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. As transformações do estado contemporâneo - Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II 2. ed./Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. - Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo/Sein und Zeit, texto português e alemão - Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012.

LEVINAS, Emmanuel. In Totalité et Infini: Essai sur l'extériorité, Paris: Kluwer Academic - 1987.

_____. Entre nosotros: ensayos para pensar en otro. - Valencia: Pre-Textos, - 1993.

_____. De Deus que vem à ideia/Trad. Marcelo Fabri, Marcelo Luiz Pelizzoli, Evaldo Antonio Kuiava. 2 ed.- Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

_____. De otro modo que ser o más allá de la esencia, 5. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme - 2011.

_____. Ética e Infinito. - Lisboa: Edições 70 - 2018.

MBEMBE, Achille. In Políticas da inimizade/trad. Marta Lança - Lisboa, 2017 - Antígona.

MORIN, Edgar. A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento. 15 ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

OST, François. Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico / François Ost; Tradutor: Paulo Neves. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

PINTAL, Alexandre Rocha. In Direito Imigratório. Curitiba: Juruá, 2013, 2ª edição.

PLATÃO. As Leis. Livro VII, São Paulo: Edipro. 1999.

PRODI, Paulo. In *Uma história da justiça: do pluralismo dos foros ao dualismo moderno entre consciência e direito*/Paulo Prodi; trad. Karina Jannini. - São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Rodrik, Dani. Who needs the nation-state? Roepke Lecture in Economic Geography 89(1):1-19. 2012 Clark University.

Rosenfeld, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Neto, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

Ruiz, Castor B.. *Alteridade & Alteridades - Questões da modernidade e a modernidade em questão*. In *Alteridade e ética: obra comemorativa dos 100 anos de nascimento de Emmanuel Levinas/Ricardo Timm Souza, André Brayner de Farias, Marcelo Fabri* (organizadores). - Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

Veiga, Paula. *Cidadania: cambiante de um conceito e suas incidências político-constitucionais*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXXII, Coimbra, 2006.

_____. *Direito de sufrágio activo de estrangeiros legalmente residentes: dicotomia schmittiana, universalismo kantiano ou inclusividade*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho”. *Stvdia Ivridica*, 104, Ad Honorem – 6, v. III, Coimbra Editora, Coimbra.

Wilde, Oscar. *The decay of lying/A decadência da mentira*. *Intentions*, 3/1/2006, Publisher: Project Gutenberg Literary Archive Foundation.

A Liberdade Religiosa Expressada Através do Uso do Véu Islâmico no Ambiente de Trabalho

*Paloma Marita Cavol Klee*¹

Introdução

Atualmente, o pluralismo religioso está revolvendo conflitos adormecidos quanto à posição da religião nas esferas pública e privada. Através do fluxo dos últimos anos, houve um aumento significativo da população imigrante para diversos países europeus, o que desencadeou – sem cessação – atos de rejeição e o crescimento significativo de movimentos nacionalistas.

No tocante à população muçulmana, em face da insipiência de muitos ocidentais sobre esta cultura, da geração de mitos maniqueístas incentivados pelo medo e terror causados por ataques terroristas como o 11 de setembro, o Charlie Hebdo e outros perpetrados em países como a Espanha, França, Inglaterra e Suíça, verifica-se sobre eles um repúdio sobressalente que resulta em preconceitos infundados². Isto acarretou a não aceitação, ora explícita, ora camuflada, da utilização de símbolos e vestuários religiosos, em espaços públicos e privados.

O intuito do presente estudo está envolto a este contexto de intolerância e aversão previamente exposto, e tratará sobre dois casos julgados

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-Graduada em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Porto Alegre. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo.

² NUSSBAUM, Martha C. *The new religious intolerance: overcoming the politics of fear in an anxious age*. Estados Unidos: The Belknap Press of Harvard University Press, 2012. p. 23.

pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em que duas mulheres muçulmanas foram demitidas por estarem usando o véu islâmico durante o cumprimento de suas jornadas de trabalho, sob a justificativa que símbolos religiosos violam a neutralidade empresarial.

O pano de fundo normativo é a Diretiva 2000/78, de 27 de novembro de 2000, que introduziu normas mínimas de igualdade de tratamento no ambiente de trabalho. Desde a sua implementação até o ano de 2017, os preceitos contidos na Diretiva não haviam sido interpretados pelo TJUE no contexto da liberdade religiosa.

Com isso, cabe o seguinte questionamento: é possível que uma empresa restrinja o uso do véu islâmico em âmbito laboral privado? Para responder a tal pergunta, é necessário adentrar nos meandros dos dois julgados mencionados, e as peculiaridades por eles tratadas.

1. Casos Samira Achbita v. G4S Secure Solutions NV e Asma Bougnaoui v. Micropole SA – compreendendo como se formaram os conflitos.

O primeiro pedido de decisão prejudicial foi requerido pelo Tribunal de Cassação da Bélgica, e envolveu a Sra. Samira Achbita e a empresa G4S Secure Solutions NV³.

A Samira Achbita laborava para a mencionada empresa privada na função de recepcionista, tendo formalizado seu contrato de trabalho em 2003. Há época, o regramento interno e não escrito da empresa determinava que os seus empregados não poderiam usar, durante o expediente, sinais visíveis de suas convicções políticas, filosóficas ou religiosas.

Após estar trabalhando três anos neste cargo, Samira informou seus superiores que tencionava começar a usar o véu islâmico durante o cumprimento de sua jornada de trabalho. Estes, por sua vez, disseram-lhe que tal ato não seria tolerado, devido à política elegida de neutralidade empresarial.

³ TJUE. *Samira Achbita versus G4S Secure Solutions NV*. Processo C-57/15, julgado em 14 de março de 2017.

Como medida sucessiva, foi aprovada uma alteração no regulamento interno da empresa, passando a incluir expressamente a proibição destinada aos trabalhadores quanto ao uso, no local de trabalho, de sinais visíveis das suas convicções políticas, filosóficas ou religiosas ou praticar qualquer ritual decorrente de tais convicções. Como o desejo de utilizar o véu islâmico no ambiente de trabalho não se extinguiu, Samira foi demitida com base no novo regulamento laboral da empresa G4S.

Todos os tribunais internos da Bélgica julgaram improcedente a ação intentada por Samira, pois afirmaram que o despedimento não poderia ser considerado injustificado, tendo em vista ser uma proibição geral de não usar, no ambiente de trabalho, sinais visíveis de qualquer convicção e por isso não se verifica a ocorrência da discriminação.

O segundo caso foi apresentado pelo Tribunal de Cassação da França, e trata do litígio existente entre a Sra. Asma Bougnaoui e a empresa Micropole SA⁴. Asma iniciou sua relação com a Micropole em 2008, quando nela realizou estágio.

Findado o estágio, a empresa a contratou para exercer a função de engenheira de projetos. No cumprimento de suas atividades, era necessário que Asma se deslocasse e se reunisse com clientes. Contudo, durante uma reunião, um colaborador se sentiu incomodado com o uso do véu islâmico, o que o levou a reportar tal situação à empresa, com o intuito que Asma deixasse de utilizar o véu em futuros encontros.

Nesta oportunidade, a empresa informou que respeita as convicções religiosas dos empregados, não obstante, como Asma mantém contato pessoal com os clientes, ela não estaria autorizada a utilizar o véu islâmico nestas ocasiões. Em corolário, a empresa notificou Asma com o intuito que a mesma deixasse de cobrir seus cabelos nas reuniões com os clientes, visando à manutenção da neutralidade empresarial. Ocorre que, não houve o consentimento de Asma e a possibilidade de restrição resultou na resolução do contrato de trabalho.

⁴ TJUE. *Asma Bougnaoui versus Micropole SA*. Processo C-188/15, julgado em 14 de março de 2017.

O Tribunal do Trabalho francês condenou a empresa a pagar uma indenização a Asma, contudo considerou que a restrição à liberdade religiosa no referido contexto era justificada em nome da preservação da imagem empresarial. O Tribunal de Recursos de Paris não retificou a decisão, perfilando o indeferimento da causa.

Assim, ambos os países submeteram tais casos ao Tribunal de Justiça da União Europeia para que através de um pronunciamento, este esclarecesse a interpretação do ato legislativo europeu contido na Diretiva 2000/78, de 27 de novembro de 2000.

2. Delimitação do problema: panorama quanto à importância do tratamento igualitário da liberdade religiosa no ambiente de trabalho e sua possibilidade de limitação

A liberdade religiosa é um dos fundamentos da sociedade democrática, que permite ao indivíduo autonomia de consciência sobre suas concepções pessoais de vida, possibilitando-lhe eleger e manifestar qualquer – ou nenhuma – das inúmeras religiões e crenças existentes. Diante dos diversos episódios de perseguição e intolerância religiosa que mancham a história da humanidade, a eleição da liberdade religiosa como direito fundamental representa a proteção do pluralismo do mundo moderno⁵.

Importante frisar que a consciência, o pensamento individual e a autodeterminação dos seres humanos são protegidos pela liberdade religiosa de forma absoluta, impossibilitando o Estado e os particulares de interferir no *forum internum* dos indivíduos, com tentativas forçadas de mudança de religião. Quando as crenças e os pensamentos transitam para o *forum externum*, o direito à liberdade religiosa revela-se na possibilidade de

⁵ ARLETTAZ, Fernando. *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa: un análisis jurídico-político*. Derechos y libertades: revista del filosofía del derecho y derechos humanos, Madrid, Época II, n. 27, jun. 2012. p. 213/214. E CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights: freedom of thought, conscience and religion*. Última atualização em 31 de maio de 2018. Disponível em < https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_ENG.pdf > Acesso em 10 de outubro de 2020.

manifestação da religião e da crença em âmbito público e privado, como também na oportunidade de praticá-la tanto em conjunto como individualmente⁶.

Assim, no momento em que a liberdade religiosa é revelada para o exterior, tal direito passa a não mais auferir proteção absoluta, podendo ser limitado ao entrar em conflito com direitos da mesma relevância.

Em detrimento disto, a liberdade de religião, quando manifestada através da utilização de símbolos religiosos em um ambiente de trabalho, pode ensejar diversas controvérsias na relação entre empregado e empregador, principalmente no que condiz ao tratamento igualitário dos funcionários.

Isto sobrevém porque do lado oposto desta balança contratual, figura o direito do empregador de criar regras em prol da organização da empresa que visem, por exemplo, a máxima eficácia tanto produtiva quanto econômica, como também prescrições relacionadas à imagem do negócio que podem envolver a perseguição por neutralidade⁷.

O artigo 16 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, reconhece o direito à liberdade de empresa, e afirma representar a autonomia desta em retratar uma imagem ao público alvo. Alicerçado nesta ideia, formulam-se argumentos de impossibilidade de manifestação das convicções políticas, filosóficas e religiosas de funcionários, pois isto pode intervir diretamente na imagem da empresa e vinculá-la a uma convicção em particular⁸.

A utilização do véu islâmico durante o cumprimento da jornada de trabalho provoca um ambiente ainda mais desestabilizador desta balança, pois tal símbolo vem sendo recebido com frieza pelos ocidentais. Devido ao lenço remeter a origem, a cultura e a política da sociedade muçulmana, foi construído em seu entorno discursos estigmatizantes onde a utilização

⁶ VICKERS, Lucy. *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*. 2º ed. Hart Publishing: Oxford, 2016. p. 136/138.

⁷ MOTILLA, Agustín. *El pañuelo islâmico em Europa*. Marcial Pons: Madri, 2009. p. 178.

⁸ TJUE. Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott n.º C-157/15, parágrafo n.º 93. Refere-se ainda, como exemplo de objetivo legítimo, a segurança, a saúde, como também os direitos e liberdades de terceiros.

do véu é encarada como forma de segregação e opressão da mulher na sociedade, distanciando-se da possibilidade de tal símbolo ser simplesmente uma forma de expressão da liberdade religiosa muçulmana⁹.

Frente à esta visão generalista no que diz respeito a utilização obrigatória do véu islâmico e a inviabilidade de restrição da prática religiosa para a esfera privada, a possibilidade de configuração da discriminação religiosa no âmbito laboral resta latente.

Este tênue, frágil e possível enquadramento de regulamentos privados como discriminatórios restou analisado sob a ótica da Diretiva 2000/78/CE e é explorado conjuntamente com legislações internas dos Estados europeus pelo Tribunal de Luxemburgo.

3. A Diretiva 2000/78/CE e o contexto normativo de Bélgica e França

O direito à igualdade e à proibição da discriminação no âmbito da liberdade de religião são consagrados e protegidos através de um variado rol de instrumentos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho.

Porém, o quadro jurídico da União que interessa para o presente estudo é a Diretiva 2000/78/CE. Tanto o tribunal francês quanto o tribunal belga ativaram o TJUE com o intuito que esclarecesse a aplicação deste instrumento. Assim, é sob esta Diretiva que o enfoque deve recair, buscando a compreensão do funcionamento e demais premissas deste ato legislativo.

Ainda, revela-se essencial apontar alguma das normas de direito interno destes países europeus que afetam a expressão da liberdade religiosa, mais especificamente com relação aos símbolos religiosos.

⁹ CORRAL, Benito Aláez; RUIZ, Juan José Ruiz. *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madri, 2014. p. 26.

A Diretiva 2000/78¹⁰ é um dos principais instrumentos jurídicos da União Europeia relativo à tutela da igualdade e da proibição da discriminação religiosa. Este regulamento foi introduzido pelo Conselho Europeu com a finalidade de estabelecer padrões mínimos de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, proibindo a discriminação direta e indireta em razão da origem racial ou étnica, da religião ou crença, da idade, da deficiência ou da orientação sexual, resguardando também contra o assédio e a vitimização, a fim de garantir a proteção para todos os indivíduos que residem na União Europeia, independentemente da sua nacionalidade¹¹.

Ademais, a Diretiva aprimora o conteúdo do artigo 13.º do Tratado que instituiu a União Europeia, que até então apenas autorizava o Conselho a empregar medidas de combate à discriminação, alicerçado nos direitos supracitados, contudo, não explicitava a proibição à discriminação, o que foi modificado logo no artigo 1.º da Diretiva¹².

Conforme o artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, todas as Diretivas instituídas possuem caráter geral e devem ser aplicadas diretamente a todos os Estados-membros e estes, em contrapartida, devem implementar o conteúdo destes atos nas legislações nacionais através de uma lei de transposição. No caso específico da Diretiva estudada, os Estados dispunham de três anos para cumprir tal determinação e fazer com que suas disposições surtissem os efeitos almejados.

Não obstante todos os Estados-Membros terem introduzido nas legislações internas a Diretiva do trabalho¹³, existem algumas nuances nos ordenamentos jurídicos de países como a Bélgica e a França que merecem

¹⁰DIRETIVA 2000/78/CE do Conselho de 27 de novembro de 2000. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0078&from=PT>> Acesso em 16 de setembro de 2020.

¹¹ VICKERS, Lucy. *Religious Freedom, Religious...*, p. 134

¹² LOPATOWSKA, Joanna. *Discrimination based on religion or belief in the EU legal framework*. Disponível em <https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jzm_MA_31536.pdf> Acesso em 31 de março de 2017. p. 72.

¹³ EUROPEAN UNION. *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2016 The 28 EU Member States, the Former Yugoslav Republic of Macedonia, Iceland, Liechtenstein, Montenegro, Norway, Serbia and Turkey compared*. Dezembro de 2016. Disponível em <<http://www.equalitylaw.eu/downloads/3987-a-comparative-analysis-of-non-discrimination-law-in-europe-2016-pdf-1-2-mb>> Acesso em 08 de abril de 2017. p. 09.

ser ressaltadas, não apenas por ganharem destaque diante do conteúdo, mas devido a serem estes os dos países nos quais se desenvolveram os conflitos analisados pelo Tribunal de Luxemburgo.

Ao longo do ano de 2004 alguns municípios belgas, promulgaram legislações visando a restrição do uso da burca em edifícios públicos e nas ruas justificando-as na existência de um efeito coercitivo do uso do véu integral no espaço público, como também a consequente exclusão social das mulheres que o portam diante da suposição de incapacidade de interação e comunicação com o ambiente e o entorno.

Posteriormente, em âmbito nacional, foi promulgada em 13 de julho de 2011 a legislação que proíbe a circulação em espaços públicos com a face coberta. Esta norma logrou alterar o Código Penal belga, que passou a prever pena-multa de 15 a 25 euros e/ou prisão de 01 a 07 dias perante o descumprimento da determinação de não ocultação do rosto¹⁴.

A França, desde 1905, com a promulgação da Lei de Separação entre o Estado e a Igreja, instituiu a laicidade (*laïcité*) e princípios como o da neutralidade estatal e do livre exercício da religião, e tais foram internalizados com naturalidade pelos franceses¹⁵, dado que visam a preservação da neutralidade do espaço público, frente a crença que apenas assim o pluralismo religioso poderia ser respeitado.

Contudo, com o aumento da população muçulmana em solo francês e a recusa natural em manter a expressão religiosa islâmica atrelada apenas ao ambiente íntimo, diversas legislações de domínio tanto regional quanto nacional ocuparam-se com normas restritivas à utilização de símbolos e vestuários religiosos ostensivos que tornaram o encobrimento da face vedado¹⁶.

Dentro deste rol de normas existe, por exemplo, a Lei 2004-228, de 15 de março de 2004, sobre o emprego do secularismo e restrição do uso

¹⁴ CORRAL, Benito Aláez; RUIZ, Juan José Ruiz. *Democracia constitucional...*, p. 45/46.

¹⁵ CATROGA, Fernando. *Entre Deuses e Césares: secularização, laicidade e religião civil. Uma perspectiva histórica*. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 350.

¹⁶ CORRAL, Benito Aláez; RUIZ, Juan José Ruiz. *Democracia constitucional...*, p. 47.

de símbolos e vestes religiosas consideradas ostensivas no interior das instituições educacionais públicas, objetivando um espaço escolar neutro¹⁷.

Assentando-se no caminho do secularismo ideológico, em 11 de outubro de 2010, o Estado francês aprovou a lei 2010-1192, desta vez em âmbito nacional, com a proibição do uso de peças que ocultem o rosto e impeçam a identificação das pessoas nos espaços públicos¹⁸. O fundamento da lei é a preservação da seguridade pública, da igualdade de gênero, e o cumprimento das exigências mínimas de convivência em sociedade¹⁹.

Ambos os contextos normativos de laicidade rígida estatal apresentados demonstram não apenas que para estes países a manifestação religiosa deve ficar detida ao âmbito privado na busca por uma homogeneização do ambiente público, mas que esta neutralidade pública é tendenciosa para a restrição de específicos símbolos religiosos enquadrados como ostensivos.

Tal cenário legislativo inevitavelmente influencia a política de neutralidade das empresas privadas com sede nos fomentados países, pois podem pautar sua postura e política interna em um secularismo convencional de separação da religião do ambiente de trabalho.

É este o contexto que provocou o TJUE a proferir as decisões paradigmáticas, pois após implementação da Diretiva até o ano de 2017, o Tribunal de Luxemburgo não havia analisado nenhum conflito envolvendo restrição da liberdade religiosa no ambiente de trabalho, e com isso muitas dúvidas pairavam sobre como ela seria interpretada.

Nesta perspectiva, os tribunais belga e francês acionaram o Tribunal de Luxemburgo para que revelasse a interpretação de diferentes artigos contidos na Diretiva do emprego.

No caso Samira, questionou-se se a empresa G4S violou o artigo 2.º, nº 2, alínea 'a', que se refere à vedação da discriminação direta, ao proibi-la de usar o véu islâmico em virtude de uma regra interna da empresa que

¹⁷ MOTILLA, Agustín. *El pañuelo...*, p. 93, 96, 108 109.

¹⁸ CORRAL, Benito Aláez; RUIZ, Juan José Ruiz. *Democracia constitucional...*, p. 47.

¹⁹ JERÓNIMO, Patrícia. *Intolerância religiosa e minorias islâmicas na Europa: a censura do 'islão invisível' - os minarettes e o véu - e a jurisprudência conivente do Tribunal Europeu de Direitos do Homem*. In DRAGÃO, Paulo Pulido. *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre liberdade religiosa*. Portugal, 2014, p. 115

obsta de forma indistinta o uso visível de quaisquer sinais políticos, filosóficos ou religiosos no local de trabalho.

Por outro lado, no caso Asma, indagou-se se a empresa Micropole incidiu em um dos quadros de exceção previstos no artigo 4.º, nº 1, ao atender o desejo de um cliente para que a prestação do serviço de informática deixasse de ser cumprida por empregada assalariada que utilizava véu islâmico.

3.1 Discriminação Direta

Segundo o artigo 2.º, nº 1 da Diretiva em fomento, a igualdade de tratamento no ambiente de trabalho deve ser mantida através da ausência de discriminação direta ou indireta. As acepções são elucidadas no número seguinte, separadas pelas letras ‘a’ e ‘b’. A discriminação direta é verificada quando “(...) uma pessoa seja objecto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável”²⁰.

A finalidade da proteção deste artigo é tutelar a igualdade formal²¹, e para a sua configuração, deve ser verificada a ocorrência de um tratamento desvantajoso, injustificado e motivado pela religião ou crença do indivíduo, podendo ocorrer também por causa da crença ou religião de uma pessoa na qual este esteja relacionado²².

Assim, uma regra empresarial que restringe o uso de símbolos e vestimentas de uma específica religião deve ser considerada discriminatória. Contudo, este exemplo não reflete o caso Samira *versus* G4S.

Isto porque, ao analisá-lo sob a ótica da possibilidade de ocorrência da discriminação direta, o TJUE apontou que o regulamento interno da empresa tratou todos os funcionários de forma indistinta, pois restringiu

²⁰ DIRETIVA 2000/78/CE do Conselho de 27 de novembro de 2000.

²¹ MOREIRA, Teresa Coelho. *Igualdade e não Discriminação: estudos de direito do trabalho*. Almedina: Coimbra, 2013. p. 88

²² VICKERS, Lucy. *Religious Freedom, Religious...*, p. 137.

a manifestação não apenas religiosa, mas também as de caráter político e filosófico, implementando um tratamento idêntico a todos os empregados, e assim não identificou-se sinais de que algum destes tenha sofrido abordagem menos favorável²³.

3.2 Discriminação Indireta

A discriminação indireta encontra-se definida no artigo 2.º, n.º 2, “b” da Diretiva, e configura-se quando uma disposição, critério ou prática supostamente neutra acarreta uma desvantagem específica para os indivíduos que seguem determinada religião quando comparados com outras pessoas. Por outro lado, a discriminação indireta não se caracteriza se for justificada por um objetivo legítimo e se os meios para a realização deste objetivo forem adequados e necessários²⁴.

O TJUE, no processo Samira *versus* G4S, expôs que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se o regimento interno desta empresa estabeleceu uma distinção de tratamento indiretamente fundamentada na religião ou nas convicções causando uma desvantagem para a funcionária Samira, como também deve aferir se tal regra foi justificada²⁵.

Esta delegação da análise ocorre devido a competência do tribunal de reenvio para a apreciação dos fatos, contudo, isto não impediu que o Tribunal de Luxemburgo realizasse uma elucidação e conferisse algumas indicações com o intuito de auxiliar o órgão nacional a proferir a decisão do caso concreto que lhe foi apresentado²⁶.

Assim, a primeira inquirição foi quanto ao objetivo legítimo. Para o TJUE, a implementação empresarial de uma política de neutralidade em âmbito religioso, político e filosófico nas relações exclusivamente mantidas

²³ TJUE. Samira Achbita v. G4S. parágrafos 30/32.

²⁴ TJUE. Samira Achbita v. G4S. Parágrafos 34/35.

²⁵ TJUE. Samira Achbita v. G4S. Parágrafos 33/34.

²⁶ TJUE. Samira Achbita v. G4S. Parágrafo 34.

entre os funcionários e os clientes deve ser considerado, em princípio, um objetivo legítimo²⁷.

Com relação à adequabilidade, mencionou que deve ser verificado se o objetivo da medida restritiva foi capaz de garantir a neutralidade e também se esta política foi orientada de maneira coerente e sistemática. Isto é, o tribunal de reenvio necessita analisar se a empresa G4S estabeleceu a fomentada regra de proibição de modo geral, indiferenciado e previamente a demissão de Achbita, voltada para os funcionários que laboram pessoalmente com os clientes²⁸.

No que diz respeito a necessidade do objetivo empregado, o TJUE expôs que o órgão nacional deve verificar se a proibição se restringiu ao estritamente necessário, ou seja, se o impedimento abarcou apenas aqueles funcionários que mantêm contato com os clientes da empresa. Se confirmado este quadro, a limitação a liberdade religiosa se mostra necessária para conseguir alcançar o objetivo delineado²⁹.

Conjugando todos estes elementos, o Tribunal concluiu que a norma interna da empresa pode caracterizar uma discriminação indireta segundo a Diretiva 2000/78 se for identificado pelo tribunal de reenvio que houve uma desvantagem específica para a funcionária que segue uma determinada religião. Contudo, se a restrição for justificada por um objetivo legítimo e o mesmo for adequado e necessário, a discriminação indireta resta descaracterizada.

3.3 A exceção ao princípio da igualdade de tratamento

No processo envolvendo Asma *versus* Micropole, o TJUE, a partir das informações contida nos autos, não conseguiu verificar se o tratamento desfavorável foi fundado diretamente na religião ou em um tratamento indiretamente baseado nas convicções de Asma.

²⁷ TJUE. Samira Achbita v. G4S. Parágrafos 37/39.

²⁸ TJUE. Samira Achbita v. G4S. Parágrafos 40/41.

²⁹TJUE. Samira Achbita v. G4S. Parágrafos 42/43.

Assim, asseverou que se a empresa embasou a demissão em regra interna assemelhando-se ao caso do processo de Achbita, ou seja, impedindo o uso de sinais visíveis de qualquer convicção política, filosófica ou religiosa, o tribunal de reenvio deveria verificar a neutralidade desta norma.

Ademais, o TJUE interpretou que no caso da regra efetivamente implicar uma desvantagem concreta, o tribunal interno deveria concluir pela ocorrência da discriminação indireta e conseqüentemente analisar o preenchimento dos mesmos requisitos delineados no caso Achbita, verificando se a diferença de tratamento foi objetivamente justificada por um objetivo legítimo e se os meios foram adequados e necessários. E isto apenas o tribunal de reenvio tem condições de responder, com base na análise completa do caso concreto³⁰.

Destarte, perante a inexistência de uma regra interna empresarial, o processo igualmente foi analisado sob diferente perspectiva, a contida no artigo 4.º, nº 1, o qual prevê a possibilidade de diferença de tratamento baseada numa característica, como a religião, não ser considerada uma discriminação.

Nesta perspectiva, o Tribunal de Luxemburgo foi questionado se a vontade da empresa de ter em consideração o pedido do cliente para que os serviços prestados deixassem de ser exercidos por uma funcionária que utiliza o véu islâmico, poderia ser considerado um requisito profissional essencial e determinante.

Pode haver uma diferença de tratamento baseada na religião e isto não acarretar o reconhecimento da discriminação, quando frente à natureza da atividade profissional ou das circunstâncias da realização desta ocupação, essa característica seja vista como essencial e determinante para a manutenção da atividade, necessitando o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional³¹.

³⁰ TJUE. *Asma Bougnaoui v. Micropole SA*. Parágrafos 31/33.

³¹ TJUE. *Asma Bougnaoui v. Micropole SA*. Parágrafo 35.

Neste aspecto, a advogada geral do caso salientou que o uso do véu islâmico não impediu, segundo as informações contidas no processo, que Asma exercesse satisfatoriamente seus encargos na empresa, e por isso a restrição de sua liberdade religiosa em prol dos clientes não poderia ser considerada como a condição necessária do artigo 4.º, n.º1 do Decreto em fomento³².

Em semelhante linha, o TJUE pontuou que situações em que se justifique a imposição de uma restrição à liberdade religiosa devem ocorrer de forma limitada, e que o requisito essencial e determinante para o exercício da atividade profissional alude a uma condição que é ditada pela natureza ou ainda pelas condições do exercício da atividade de forma objetiva, não podendo abrigar o desejo do empregador de atender os pleitos do cliente.

Posto isto, o TJUE respondeu ao pleito do tribunal de reenvio francês indicando que a vontade do empregador em conceder as vontades de um cliente para que os serviços prestados pela empresa não sejam realizados por uma funcionária que utiliza véu islâmico possui natureza subjetiva e consequentemente não poderia ser ponderado como um requisito profissional essencial e determinante³³.

4. Análise das decisões segundo contexto europeu

Os limites ao direito da liberdade religiosa foram igualmente discutidos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, este sendo responsável pela análise dos ditames do artigo 9.º da CEDH nos mais variados casos concretos.

Relativamente ao ambiente de trabalho privado, destaca-se a decisão do ano de 2013 no caso *Eweida e outros versus Reino Unido* relativo ao dever deste governo de proteger os direitos religiosos dos indivíduos nos termos da Convenção, envolvendo semelhante conflito das decisões analisadas neste artigo.

³² TJUE. Conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston processo n.º C-188/15, parágrafo 102.

³³ TJUE. *Asma Bougnaoui v. Micropole SA*. Parágrafos 39/41

No presente caso, a funcionária da companhia aérea *British Airways* Nadia Eweida optou por utilizar um crucifixo por cima do uniforme durante o cumprimento da sua jornada de trabalho. Esta conduta motivou a suspensão da funcionária, diante do dissenso com o regimento interno da companhia³⁴.

O Tribunal de Estrasburgo reconheceu que uma empresa pode determinar o código de vestuário para os seus empregados com o objetivo de transmitir uma específica imagem. Em determinadas situações, isto implica na restrição de símbolos religiosos. Contudo, como este direito não é absoluto, o TEDH ao ponderá-lo no caso concreto com a liberdade de manifestação religiosa, reconheceu que houve a violação a este direito³⁵.

Assim, o TEDH concluiu que os tribunais britânicos colocaram demasiado “peso” no direito de imagem corporativa ao serem coniventes com a medida restritiva da empresa, e por isso deliberou que o símbolo religioso utilizado pela funcionária não tinha capacidade de acometer a aparência profissional almejada, por ser considerado “discreto”. Ainda, referiu que não havia indícios que o uso de outros símbolos religiosos, previamente autorizados pela empresa, haviam abalado negativamente a sua imagem³⁶.

Neste ínterim, cabe ainda mencionar que neste mesmo julgado, houve a apreciação de outro caso envolvendo a utilização de símbolo religioso, porém com desenlace diverso: as regras de um hospital público prevaleceram sobre o direito de uma enfermeira em utilizar o crucifixo sobre as vestes durante o cumprimento da sua jornada de trabalho. Houve a ponderação que a corrente que prendia o crucifixo ao pescoço poderia ser agarrada pelos pacientes e até mesmo entrar em contato com feridas abertas, com isso obrigar o encobrimento do símbolo nestas circunstâncias não viola, segundo o TEDH, a liberdade religiosa da enfermeira³⁷.

³⁴ TEDH. Eweida e outros v. Reino Unido. Julgado em 15 de janeiro de 2013.

³⁵ TEDH. Eweida e outros v. Reino Unido. Julgado em 15 de janeiro de 2013. Parágrafo 94.

³⁶ TEDH. Eweida e outros v. Reino Unido. Julgado em 15 de janeiro de 2013. Parágrafo 94.

³⁷ TEDH. Eweida e outros v. Reino Unido. Parágrafos 98/99.

Ao analisar as decisões de ambos os Tribunais, denota-se que o contexto tanto normativo empresarial quanto o tipo de atividade exercida pelas funcionárias, influenciaram na ponderação quanto à prevalência (ou não) da utilização do símbolo religioso sob a liberdade empresarial. Por ser uma colisão de direitos em concreto, é esperável que conflitos semelhantes possam gerar diferentes soluções ao serem inseridos em divergentes contextos.

Diante da importância da religião para a construção da identidade pessoal de diversos indivíduos, críticas e temeridades foram traçadas as decisões proferidas pelo TJUE diante do contexto europeu atual. O Tribunal de Luxemburgo, ao definir os parâmetros de análise e interpretação da Diretiva, não acentuou a possível comparação entre os funcionários que manifestam suas crenças (sejam elas políticas, filosóficas ou religiosas) com os empregados que não praticam condutas semelhantes e, sob este enfoque, possibilitar a verificação da ocorrência de discriminação em registros internos empresariais³⁸.

Neste mesmo escopo, houve quem censurou a não consideração da relevância e da inseparabilidade do lenço para a prática da religião islâmica e a ausência de determinação pelo Tribunal da mensuração dos efetivos danos que as empresas sofrem com a expressão religiosa de um funcionário para justificar a implementação de normas de cunho restritivo³⁹.

Dentro da esfera jurisdicional do TJUE, em que foi acionado para prestar esclarecimentos sobre a interpretação da Diretiva 2000/78/CE, acredita-se que houve a elucidação adequada das normas aos casos. Isto porque foi assertivo ao reconhecer que regras limitativas a manifestação da liberdade religiosa de funcionários privados apenas pode ocorrer em circunstâncias restritas, ou seja, quando a medida for efetivamente essencial e determinante para a atividade profissional.

³⁸ OUALD-CHAIB, Saïla. DAVID, Valeska. *European Court of Justice keeps the door to religious discrimination in the private workplace opened. The European Court of Human Rights could close it*. Disponível em <<https://strasbourgob-servers.com/2017/03/27/european-court-of-justice-keeps-the-door-to-religious-discrimination-in-the-private-workplace-opened-the-european-court-of-human-rights-could-close-it/>> Acesso em 10 de abril de 2020.

³⁹ OUALD-CHAIB, Saïla. DAVID, Valeska. *European Court of...*

Nesta perspectiva, ao reconhecer que normas aparentemente neutras podem sim causar desvantagens para os indivíduos que seguem determinadas convicções, o TJUE evidenciou como as crenças religiosas e sua manifestação pública são fatores determinantes para diversas pessoas que elegem a religiosidade como preceito norteador das suas vidas, tornando essencial a sua exteriorização através da utilização de símbolos religiosos.

Porém, esta constatação não pode receber contornos absolutos, pois do contrário a proporcionalidade entre outros direitos sempre se inclinaria indubitavelmente para a liberdade religiosa. Com isso, o Tribunal de Luxemburgo afirmou que a limitação em um número restrito de ocasiões pode ocorrer frente a objetivos legítimos, como no caso da neutralidade empresarial, desde que o meio para a concretização seja adequado e necessário.

Com isso, não são as decisões em si que causam inquietação, pois dentro do escopo da Diretiva verifica-se adequados e racionais os esclarecimentos. A inquietude envolve como se dará a modulação desta interpretação pelos órgãos jurisdicionais internos nos casos concretos insuflado pelo atual cenário europeu.

A neutralidade e a ambição da imposição de uma visão de mundo singular estão tendo como consequência viral a acentuação da divisão societária⁴⁰.

Neste cenário, países como Bélgica e França imbuídos por um secularismo ideológico⁴¹, buscam fechar os olhos para o pluralismo inexorável, isolando essencialmente religiões minoritárias para o âmbito privado na busca por um ambiente público utopicamente homogêneo. Conforme analisado, estes países decretaram diversas legislações visando a restrição da utilização de símbolos e vestuários religiosos ostensivos e a proibição do encobrimento da face em espaços públicos.

⁴⁰ ZUCCA, Lorenzo. *A Secular Europe: law and religion in the European Constitutional landscape*. Reino Unido: Oxford University Press, 2012. p. 31

⁴¹ZUCCA, Lorenzo. *A Secular Europe...*, p. 107/108.

À vista disto, mesmo que estes dois países não representem a realidade secular da maioria dos países europeus, eles demonstram um movimento em crescente expansão, no qual a política pública entende o secularismo como neutralidade negativa, isto é, a neutralidade do espaço público em oposição enclausuramento da religião e dessa forma transmite-se a mensagem que todos os ambientes sociais devem buscar implementar políticas semelhantes⁴².

Logo, empresas privadas são influenciadas a introduzir em seus regimentos internos esta identidade monolítica, que é camuflada e interpretada de objetivo legítimo, mas que em diversos casos guarda a negação e a exclusão de uma minoria religiosa através da neutralidade empresarial.

O desconhecimento sobre uma determinada religião leva a rejeição, a atitudes intolerantes e preconceituosas, criam muros – intocáveis e tocáveis – entre a sociedade e grupos pertencentes a religiões minoritárias.

Assim, o símbolo religioso envolvido nas decisões do TJUE é considerado um símbolo incômodo para a sociedade europeia. Devido ao fato de o lenço islâmico ser simbólico tanto para a religião, quanto para a cultura e a política mulçumana, sua visualização gera medo e diversos níveis e intensidades de preconceitos nas sociedades habituadas a conviver com o catolicismo e suas ramificações.

É preciso ponderar que o véu islâmico, ao ser vinculado de forma generalizante ao fundamentalismo islâmico, lhe é atribuído um sentido dúbio: a mulher, na condição de vítima, cobre seus cabelos por ser oprimida, desencadeando desigualdade de gênero, porém, do mesmo modo, ocupa o papel de agressora, pois esconder sua face representa perigo a segurança pública (por causa da impossibilidade de identificação) e a torna involuntariamente proselitista⁴³.

Assim, frente a uma visão trivializada no que diz respeito à utilização moralmente obrigatória do véu islâmico, e conscientes da imposição

⁴² ZUCCA, Lorenzo. *A Secular Europe...*, p. xxi

⁴³JERÓNIMO, Patrícia. *Intolerância religiosa e...*, p. 106.

sofrida por diversas mulheres para seguirem estes ditames religiosos, cabe mencionar a existência de uma multiplicidade de significados que o lenço pode possuir para cada portadora, e nesta condição, o cobrimento dos cabelos e/ou da face pode sim partir de uma decisão voluntária da mulher, com o intuito de alinhar-se com seus deveres morais, com a prática da sua religião e com a autodeterminação de sua crença ⁴⁴⁵.

Neste mesmo sentido Benedito Coral afirma que: “whether or not it is improper for Muslim women to wear the full veil, it is up to them to decide through the free exercise of their fundamental rights, and it is not to be decided through a paternalistic cultural understanding of the majoritarian culture” ⁴⁶.

Posto isto, não se nega a relevância dos direitos do empregador, dentre os quais se situa a liberdade empresarial e o desejo de criar e manter um ambiente de trabalho neutro, porém, perante o presente quadro em que a religião se tornou um “problema”, devemos internalizar que ela conduz o modo de agir e pensar de muitas pessoas, e que especialmente para as mulheres muçulmanas, o uso do véu islâmico não é apenas uma obrigação moral, mas também pode fazer parte de uma escolha pessoal.

Desta forma, a ponderação e análise dos objetivos e formas de implementação das políticas empresariais de restrição da manifestação religiosa necessitam ser realizadas considerando também todo este conjunto social crítico expansionista europeu.

Com isso, é aqui que a atenção deve estar voltada para o conteúdo, interpretação e aplicação das decisões do TJUE, pois normas empresariais que implementem “políticas gerais e indiferenciadas de proibição do uso visível de sinais de convicções políticas, filosóficas ou religiosas”, podem

⁴⁴ TORRÓN, Javier Martínéz. *La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo*. In ROBBERS, Gerhard. *Religion in the European Law*. n° 04, 2009. p.87.

⁴⁵ EVANS, Carolyn. *The 'Islamic Scarf' in the European Court of Human Rights*. In *Melbourne Journal of International Law*. n° 52, 2006. Disponível em <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2006/4.html#Heading88>> Acesso em 15 de outubro de 2018.

⁴⁶ CORAL, Benedito Alaéz. *Some Constitutional thoughts about the Islamic full veil ban in Europe*. In *Vienna Journal of International Constitutional Law*, Forthcoming. 30 de abril de 2013. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2311214>> Acesso em 04 de abril de 2017. p. 34

na realidade ser um reflexo direto da neutralidade desigualitária pública, que impede o acesso e permanência no emprego e desenvolvimento profissional de diversas mulheres pertencentes à religiões minoritárias.

Mesmo acreditando que políticas empresariais que ocultem a diversidade não sejam soluções fiáveis, a demissão de um funcionário devido suas manifestações religiosas deve ser a última opção. Com isso, soluções como a proposta pelo TJUE para a empresa verificar as condições de proposição de um posto de trabalho a Samira que não implicasse em contato visual com os clientes, representam o prelúdio de respostas mais tolerantes.

Assim, deve existir um esforço conjunto das empresas, Estados e Tribunais para que as mulheres muçulmanas possam ser plenamente incluídas no mercado de trabalho, não só pela contraprestação econômica, mas também por conferir meios de realização social, psicológica, profissional, e de integração social⁴⁷, e uma vez inseridas, buscar alternativas e meios de adaptação como, por exemplo, a adequação da cor do lenço ao uniforme.

Desta forma, deve-se ter em mente que a convivência com diferentes tipos de religiões e crenças é inevitável, e ao invés de a sociedade negar o pluralismo através de ambientes homogêneos e neutros, cabe a todos reafirmar a ignorância e misticismos entorno do desconhecido, para que se possa respeitar a diversidade, coexistindo em sociedade e tratando igualmente tanto um indivíduo que usa uma cruz em seu pescoço quanto uma mulher muçulmana que cobre seus cabelos com o lenço islâmico⁴⁸.

⁴⁷ VICKERS, Lucy. *Religious Freedom, Religious...*, p. 72, 73 e 79.

⁴⁸ ZUCCA, Lorenzo. *A Secular Europe...*, p.30,33,44.

Conclusão

Se enquanto sociedade secular, pensava-se que a religião estaria adstrita ao âmbito privado dos indivíduos e que haveria conformismo por um espaço público neutro, pensou-se errado. A diversidade religiosa desembarcada nos países ocidentais clama por uma sociedade que coabite em harmonia com diferentes visões de mundo. E isto significa poder manifestar a religião através do uso de símbolos e vestuários religiosos não apenas nos espaços públicos, mas inclusive nos postos de trabalho.

Através das decisões emanadas pelo TJUE verifica-se que a liberdade religiosa, por não ser um direito absoluto, pode vir a ser limitada por interesses empresariais, contudo estes devem ser justificados por um objetivo legítimo e os meios para o seu alcance adequados e necessários.

Ainda, o Tribunal de Luxemburgo ressaltou que as eventuais restrições a liberdade religiosa no ambiente de trabalho devem ser justapostas de maneira limitada e estarem vinculadas a requisitos essenciais e determinantes para o exercício da atividade profissional, posto isto o mero desejo de um cliente para que a prestação do serviço não seja assegurado por uma trabalhadora que usa lenço islâmico não deve ser considerada uma justificativa plausível para a restrição.

Tais interpretações da Diretiva 2000/78 refletem a essencialidade e a importância da manifestação religiosa bem como a atenção que os tribunais internos necessitam aplicar ao ponderar este direito fundamental com outros interesses legítimos no ambiente de trabalho.

A inquietação não esmoesse frente à possibilidade de desvantagens religiosas serem edificadas através de normas empresariais internas implementadas com base em uma neutralidade política, filosófica e religiosa que encobre discriminações veladas.

Isto é, os receios advindos com a decisão do TJUE adstringem-se quanto a uma justificação para tratamentos desproporcionais voltados para os indivíduos que optam por utilizar e expor símbolos religiosos, pois concedem um espaço amplo para que as empresas privadas restrinjam a

manifestação religiosa, disfarçadas por objetivos legítimos, sem que haja uma verdadeira análise da necessidade e adequabilidade da medida.

No contexto europeu ora introduzido, em que fobias em face de religiões minoritárias como a islâmica são propagadas, torna-se vital que nos locais de emprego privado seja possível adequar e acomodar os símbolos e vestuários religiosos a engrenagem laboral para que todos possam manifestar suas convicções de forma igualitária, com o intuito inverter a lógica laicizante, tornando assim a sociedade mais inclusiva e tolerante.

Desse modo, é essencial que a sociedade aceite e legitime a diversidade, devendo existir um espaço para todas as visões de mundo, sejam elas religiosas ou não, pois ao se evidenciar publicamente a diversidade, busca-se fomentar a compreensão mútua e com ela a aprovação da coexistência das minorias em sociedade.

O TJUE e o TEDH, mesmo possuindo diferentes quadros jurídicos, ocupam a posição de verdadeiros laboratórios para a interpretação dos direitos fundamentais, e por isso necessitam auxiliar os Estados a encontrarem soluções para a promoção da diversidade como também para que prevaleça o respeito e preservação do pluralismo.

Por fim, casos como os analisados neste presente artigo devem estar cercados com muita acuidade, pois normas empresariais aparentemente neutras podem levar gradativamente ao isolamento das mulheres muçulmanas da sociedade, aprofundando a hostilidade e a intolerância, visto que exigem que elas abram mão da sua fé para poderem laborar e transitar no espaço público.

Ademais, além dos critérios ponderados pelo TJUE, deve-se buscar mensurar efetivamente os prejuízos no direito de imagem corporativa antes de sobrepô-los ao direito de manifestação religiosa, como também analisar os casos concretos a partir de uma ponderação que verifique a existência de tratamento desvantajoso sob a ótica de comparação entre os funcionários que optaram por não manifestar suas convicções com aqueles que estão sendo impelidos a restrição deste direito.

Desta forma, soluções como adaptação da cor do véu ao uniforme são um começo, mas o caminho para se alcançar o verdadeiro tratamento igualitário em todos os âmbitos societários é longo, além de não caber a cedência a triviais desejos discriminantes de clientes, cabe a cada indivíduo construir um espaço de tolerância e de convivência entre as diferentes opções religiosas para que a diversidade seja verdadeiramente aceita e integralizada.

Referências

ARLETTAZ, Fernando. *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa: un análisis jurídico-político*. Derechos y libertades: revista del filosofia del derecho y derechos humanos, Madrid, Época II, n. 27, jun. 2012.

CATROGA, Fernando. *Entre Deuses e Césares: secularização, laicidade e religião civil. Uma perspectiva histórica*. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CORAL, Benedito Alaéz. *Some Constitutional thoughts about the Islamic full veil ban in Europe*. In Vienna Journal of International Constitutional Law, Forthcoming. 30 de abril de 2013. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2311214>> Acesso em 04 de abril de 2017.

_____ ; RUIZ, Juan José Ruiz. *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madri, 2014.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights: freedom of thought, conscience and religion*. Última atualização em 31 de maio de 2018. Disponível em < https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_ENG.pdf> Acesso em 10 de outubro de 2020.

DIRETIVA 2000/78/CE do Conselho de 27 de novembro de 2000. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0078&from=PT>> Acesso em 16 de setembro de 2020.

EUROPEAN UNION. *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2016 The 28 EU Member States, the Former Yugoslav Republic of Macedonia, Iceland,*

Liechtenstein, Montenegro, Norway, Serbia and Turkey compared. Dezembro de 2016. Disponível em <<http://www.equalitylaw.eu/downloads/3987-a-comparative-analyses-of-non-discrimination-law-in-europe-2016-pdf-1-2-mb>> Acesso em 08 de abril de 2017.

EVANS, Carolyn. *The 'Islamic Scarf' in the European Court of Human Rights*. In Melbourne Journal of International Law. nº 52, 2006. Disponível em <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2006/4.html#Heading88>> Acesso em 15 de outubro de 2018.

JERÓNIMO, Patrícia. *Intolerância religiosa e minorias islâmicas na Europa: a censura do 'islão invisível'- os minaretes e o véu – e a jurisprudência conivente do Tribunal Europeu de Direitos do Homem*. In DRAGÃO, Paulo Pulido. Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre liberdade religiosa. Portugal, 2014.

LOPATOWSKA, Joanna. *Discrimination based on religion or belief in the EU legal framework*. Disponível em <https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jzm_MA_31536.pdf> Acesso em 31 de março de 2017.

MOREIRA, Teresa Coelho. *Igualdade e não Discriminação: estudos de direito do trabalho*. Almedina: Coimbra, 2013.

MOTILLA, Agustín. *El pañuelo islámico em Europa*. Marcial Pons: Madri, 2009.

NUSSBAUM, Martha C. *The new religious intolerance: overcoming the politics of fear in an anxious age*. Estados Unidos: The Belknap Press of Harvard University Press, 2012.

OUALD-CHAIB, Saïla. DAVID, Valeska. European Court of Justice keeps the door to religious discrimination in the private workplace opened. The European Court of Human Rights could close it. Disponível em <https://strasbourgobservers.com/2017/03/27/european-court-of-justice-keeps-the-door-to-religious-discrimination-in-the-private-workplace-opened-the-european-court-of-human-rights-could-close-it/> Acesso em 10 de abril de 2020.

TEDH. Eweida e outros v. Reino Unido. Julgado em 15 de janeiro de 2013.

TJUE. Samira Achbita versus G4S Secure Solutions NV. Processo C-57/15, julgado em 14 de março de 2017.

_____. *Asma Bougnaoui versus Micropole SA*. Processo C-188/15, julgado em 14 de março de 2017.

TORRÓN, Javier Martínéz. *La cuestión del velo islámico em la jurisprudencia de Estrasburgo*. in ROBBERS, Gerhard. *Religion in the European Law*. n° 04, 2009. p.87

VICKERS, Lucy. *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*. 2º ed. Hart Publishing: Oxford, 2016.

ZUCCA, Lorenzo. *A Secular Europe: law and religion in the European Constitutional landscape*. Reino Unido: Oxford University Press, 2012.

O conceito de expropriação e sua distinção para figuras afins, especialmente a nacionalização e a requisição

*Pedro Henrique Cavalcanti da Silva*¹

Introdução

Quando estamos a pensar em temáticas intrínsecas ao direito do ordenamento e urbanismo, uma das principais e que merece especial atenção decerto é o instituto da expropriação.

Isto porque é o “Estado”, em conceito moderno, ou melhor explicitando, o poder público, usando de suas atribuições legais e até mesmo de ordem constitucional para afetar direta ou indiretamente a propriedade e o cunho econômico desta para com os particulares a fim de satisfazer o interesse público. E temos a materialização deste poder fulcrada no conceito de “utilidade pública”.

A mera qualificação de “utilidade pública” para as expropriações, pois a expropriação por utilidade particular não é objeto do presente estudo, não é suficiente. Devemos, por conseguinte, observar o significado que a expressão traduz à nível jurídico, e da doutrina surge que “o conceito de interesse público ou de utilidade pública é um conceito elástico, de natureza abstracta e indeterminada, que permite o abarcamento de múltiplas situações”².

¹ Mestre em Direito Constitucional e Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra.

² CORREIA, Fernando Alves. *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*. Coimbra, Coimbra Editora. 1982. p. 104.

Então, estamos diante de uma figura que deverá necessariamente atender a finalidade pública, o interesse coletivo, sob pena de configurar desvio de finalidade e abuso do poder público, uma vez que a propriedade é direito constitucionalmente tutelado, e a expropriação resulta de uma ponderação entre o direito à propriedade e a necessidade pública.

Ora, é sabido que o direito de propriedade não é absoluto, como se demonstra desde o direito romano há milhares de anos. Neste diapasão, afirma Santos Justo: *“Embora não haja, em Roma, uma disposição legal de expropriação por utilidade pública, na prática, esta expropriação existiu”*³. No entanto, há divergência entre autores da matéria acerca desse tema, sendo certo que nos estudos mais recentes já se pode concluir que de fato existiu, mesmo que não seja nos moldes atuais.

Neste sentido, o instituto merece uma análise detalhada uma vez que a expropriação não pode ser ao mero arbítrio da entidade pública, devendo, pois, guardar e observar preceitos legais mínimos, obedecendo assim a um procedimento administrativo. Soma-se a isso, o fato da expropriação ser “um instituto cujo âmbito de aplicação ultrapassa claramente o domínio do *urbanismo*, já que qualquer fim de utilidade pública, de interesse geral, de interesse público, ou de utilidade geral pode servir de fundamento à sua concretização”.⁴

Devemos anotar ainda, que doutrinariamente há conceitos que visam fazer distinção desta figura de acordo com o meio e a finalidade a que se pretende, podendo esta ser em “sentido clássico”, ou até mesmo como vem consagrando o Tribunal Constitucional Português e a doutrina, por *“expropriação de sacrifício”*.

Todavia, ambas se submetem ao princípio constitucional da justa indenização, consagrado tanto no âmbito doutrinário quanto na jurisprudência do órgão máximo da justiça constitucional portuguesa.

³ JUSTO, António dos Santos. *Direito Privado Romano – III*. Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora: 2014, p. 30.

⁴ CORREIA, Fernando Alves. *As Grandes Linhas da Recente Reforma do Direito do Urbanismo Português*. Reimpressão, Coimbra, Almedina, 1993, p. 66.

Nessa perspectiva, buscaremos iniciar o estudo através dos conceitos para daí podermos verificar as diferenças para figuras afins, especialmente a nacionalização e a requisição por utilidade pública.

Fato é que estamos diante de institutos que limitam o direito de propriedade, ou até mesmo, num certo nível, a perda deste. Por conseguinte, é com esse olhar que temos de perceber as figuras a seguir analisadas, como limitadoras ao direito de propriedade em face da prevalência do interesse público.

1. Conceito de Expropriação em “Sentido Clássico”

Com o intuito de se qualificar diferentes finalidades do ato expropriatório é que se encontram a nível doutrinário tais denominações.

A iniciar pelo “sentido clássico”, esta alcunha “pode ser definida com um acto de privação ou de subtração de um direito de conteúdo patrimonial e na sua transferência para um sujeito diferente, para a realização de um interesse público.”⁵

Ora, quando analisamos esta designação pretendemos afirmar a prevalência do interesse público, como nos outros casos expropriatórios, mas o carácter essencial está centrado na transferência da titularidade do bem. Ainda neste sentido, “O *principium individuationis* do conceito clássico de expropriação é a mudança de titular do direito”⁶

Ademais, a partir das considerações acima tratadas podemos concluir por dois momentos, que doutrinariamente se traduzem de forma simultânea, sendo um momento de privação e outro de apropriação.⁷

Importante salientar que quando estamos a tratar de expropriação “em sentido clássico” deve-se referir necessariamente a expropriação acessória ao plano. É nesta espécie que se apropria de bens no intuito de cumprir o plano. Ou seja, “aquela que tem por objeto bens imóveis e

⁵ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo. VOL. II*. Coimbra, Almedina, 2010. p. 131-132.

⁶ *Ibidem*. p. 132.

⁷ Cfr. *Ibidem*. p.132.

direitos a ele inerentes necessários à execução dos planos dotados de eficácia plurisubjetiva”.⁸

Para além, podemos compreender a expropriação em sentido clássico como o fenómeno em que determinado ato administrativo é editado de modo a pôr fim a direitos reais da pessoa física proprietária até então, passando a Administração a adquirir a propriedade do bem imóvel objeto mediante o pagamento da justa indenização visando atender o interesse público.⁹

Ou ainda, como ensina Diogo Freitas do Amaral a expropriação “é o acto administrativo pelo qual a Administração Pública decide, com base na lei, extinguir um direito subjectivo sobre um bem imóvel privado, com fundamento na necessidade dele para a realização de um fim de interesse público, e conseqüentemente se apropria desse bem, ficando constituída na obrigação de pagar ao titular do direito sacrificado uma justa indemnização”¹⁰.

Numa análise preliminar poder-se-ia pensar em recorrer a dicionários jurídicos a fim de se caracterizar o instituto expropriatório. Neste sentido, verificamos que a “expropriação consiste num processo pelo qual se realiza a ablação do direito de propriedade (ou de outros direitos) sobre um imóvel da parte do seu titular, mediante o pagamento de uma justa indemnização e com vista a alcançar-se a utilidade pública.”¹¹

Pode-se ainda dizer que a expropriação é uma privação imperativa, tendo por causa a utilidade pública ou interesse social, de um bem ou direito patrimonial, mediante a correspondente indenização.¹² E no que concerne à expropriação no âmbito do direito urbanístico, se especifica

⁸ *Ibidem*. p. 131.

⁹ Cfr. FRANCO, João Melo; MARTINS, Herlânder Antunes, “*Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*”, 3ªed. Coimbra, Almedina. p. 415.

¹⁰ AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito do Urbanismo (sumários)*. Lisboa, 1993, p. 90.

¹¹ FERNANDES, José Pedro. “*Dicionário Jurídico da Administração Pública - Vol. IV*”. Lisboa, 1991. p.306.

¹² Cfr. MURCIA, Antonio Cano; Muñoz, Antonio Cano, *Diccionario Legal Básico de Término Urbanísticos*. 1ª edição. Thomson Arazandi, Navarra, 2008, p. 67.

pela expropriação que tem por finalidade cumprir ou implementar o planeamento e cumprir as normas urbanísticas.¹³

Contudo, há de se dizer que na doutrina nacional encontramos corrente doutrinária sustentando que a expropriação é a “execução, por via consensual ou judicial, do acto em que a Administração manifesta a vontade de, por causa da utilidade pública, adquirir certos bens, mediante o pagamento de justa indemnização.”¹⁴ Ou seja, para esta via de pensamento há distinção para o ato que decreta a utilidade pública, tanto quanto para o próprio procedimento.¹⁵

Portanto, dos traços que aqui pretendemos delinear conclui-se que estamos diante de um procedimento no qual há aquisição de bens, de forma originária, ou seja, estando livre de quaisquer ônus, de forma a se atingir o interesse coletivo. A intenção primária na forma clássica, como nasceu o conceito ora referido e ainda subsiste, é a transferência da propriedade de forma a satisfazer a utilidade pública.

E é em decorrência da limitação do poder do Estado que a utilidade pública tem de ser declarada, mediante um decreto, antes de formalizada a expropriação. Esta é, inclusive, a previsão normativa que regula a disciplina.¹⁶

Importante destacar a natureza originária da aquisição constante da expropriação em sentido clássico, pois se assim não fosse, o expropriante não teria uma posição jurídica independente, e sim uma mitigação que gravassem tais direitos. E isso não coaduna com a principiologia que orbita o núcleo desse instituto. A necessidade do expropriante em obter o objeto livre de embaraços para afetar em prol do interesse público é essencial. Portanto, a aquisição não é translativa, mas constitutiva.¹⁷

¹³ Cfr. *Ibidem*. p. 67.

¹⁴ COSTA, Pedro Elias da. *Guia das Expropriações por Utilidade Pública*, 2ª Edição. Coimbra, Almedina. 2003, p. 24.

¹⁵ Cfr. GIL, Ana Rita. In “*Direito do Urbanismo e do Ambiente: Estudos Compilados*.” Lisboa, Quid Juris, 2010. p. 207.

¹⁶ Vide art. 10º do Código das Expropriações de 1999. In verbis: “1 - A resolução de requerer a declaração de utilidade pública da expropriação deve ser fundamentada, mencionando expressa e claramente: a) A causa de utilidade pública a prosseguir e a norma habilitante”.

¹⁷ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Expropriação e Direitos Privados in Estudos sobre Expropriações e Nacionalizações*, Imprensa-Nacional Casa da Moeda, 1989, p. 51.

Esta matéria já tem seu predomínio consagrado na jurisprudência do Tribunal Constitucional desde diplomas legais anteriores da mesma disciplina, ou precisamente, desde o Código das Expropriações de 1976, na qual o Tribunal já em 1990, no acórdão nº 52, sob a relatoria do Conselheiro Vitor Nunes de Almeida, se manifestava de forma a adotar o conceito que hoje temos por clássico.

De fato, este acórdão mencionado de carácter exemplificativo, sublinha o conceito de Marcello Caetano que define a expropriação:

“a relação jurídica pela qual o Estado, considerando a conveniência de utilizar determinados bens imóveis com um fim específico de utilidade pública, extingue os direitos subjectivos constituídos sobre eles e determina a sua transferência definitiva para o património da pessoa a cujo cargo esteja a prossecução desse fim, cabendo a esta pagar ao titular dos direitos extintos uma indemnização compensatória.”¹⁸

Estamos diante, portanto, de uma figura que possui natureza de aquisição originária de propriedade para atender finalidade de interesse coletivo, resultante da ponderação de interesses constitucionais do direito consagrado à propriedade privada e a tutela do interesse público.

2. Da Distinção para o Conceito de Expropriação de Sacrifício

É inegável que os institutos sofrem alterações com o passar dos tempos, pois o direito como ciência social se adapta para cada mudança na sociedade. Há que se dizer ainda, que quanto mais antigos os institutos jurídicos mais suscetíveis estes estão às mudanças. E tendo por certo que a expropriação tem origem no Direito Romano, como visto anteriormente, é de se verificar que, com efeito, variações no conceito foram introduzidas. É o que veremos na denominada expropriação de sacrifício.

¹⁸ CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 9ª Edição – Reimpressão, Coimbra Almedina, 1980, p. 1020.

Entende-se por expropriação de sacrifício a que “se caracteriza por uma *destruição* ou uma *afecção social* de uma posição jurídica, garantida como propriedade pela Constituição, à qual falta, porém, o momento translativo do direito, bem como a relação tripolar: entidade expropriante – expropriado – beneficiário da expropriação”¹⁹.

Ou ainda, pode ser definida por “uma intervenção desencadeada pela Administração para prossecução do interesse público, na qual não havendo a extinção de um direito do particular, designadamente o direito de propriedade, há, no entanto, uma supressão do conteúdo econômico do direito de tal forma que, na prática, o seu titular fica impedido de dar ao bem o destino econômico que seria natural numa situação normal de mercado”.²⁰

Portanto, podemos afirmar que a expropriação de sacrifício se opera não pela transferência da titularidade do bem, mas é consequência do esvaziamento econômico que o objeto sofre, já que “para o mercado, esse bem, pura e simplesmente deixou de existir.”²¹

A construção jurisprudencial e doutrinária acerca dessa figura autônoma se fundamenta nos princípios do Estado de Direito e da Igualdade, contudo nos resta diferenciar da indenização pelo sacrifício, pois apesar das nomenclaturas semelhantes há divergência conceitual e quanto aos fundamentos.²²

Enquanto a indenização pelo sacrifício tem sua denotação na esfera da responsabilização extracontratual do Estado e se fundamenta nos mesmos princípios supramencionados, a expropriação de sacrifício é de fato uma expropriação, como resta demonstrado, e vai além da principiologia referida, visto que se fundamenta também no conceito de “justa indenização” de previsão constitucional. Outra marca de diferenciação entre os

¹⁹ CORREIA, Fernando Alves, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2010, p. 132.

²⁰ SARDINHA, José Miguel. “*Em torno da expropriação de Sacrifício*” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga. Número 99., 2013. p. 3.

²¹ *Ibidem*. p. 4.

²² Cf. CORREIA, Fernando Alves. In *revista de legislação e jurisprudência*, ano 142º, nº3977. Coimbra, Coimbra Editora.2012. p. 141.

institutos se encontra na natureza dos conceitos. Enquanto a modalidade de responsabilidade do Estado é consequência do ato praticado, a expropriação de sacrifício é pressuposto de validade para ocorrer a expropriação, decorrente do mandamento constitucional com fulcro no nº 2 do artigo 62.²³

Esta figura jurídica, no âmbito doutrinário, também é cognominada por expropriação “substancial” ou “larvada” configurando forma de expropriação anômala, em contraposição às verdadeiras expropriações, assim entendidas no conceito clássico.²⁴

A pretensão nesta modalidade, que se enquadra na categoria de expropriação, não é adquirir um bem para satisfazer o interesse público, mas em decorrência de atos da Administração o conteúdo econômico do bem resta limitado ou esvaziado.

Nesse sentido, podemos assinalar na linha de Alves Correia que “ a caracterização de tais actos como expropriativos tem como base a evolução expansiva que, nas últimas décadas, sofreu o conceito”.²⁵

No aspecto jurisprudencial temos de anotar o acórdão do 2º juízo do Tribunal Central do Sul que foi proferido em 18 de outubro de 2012, pois este julgado configura o *leading case* no que tange a consagração da expropriação de sacrifício, e nesses termos afirma Alves Correia “ele é, por esta razão, um acórdão pioneiro”²⁶

Por conseguinte, podemos destacar que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português consoante a doutrina nacional já identifica no ato de esvaziar o conteúdo econômico do bem expropriado, mesmo que se mantenha a titularidade, um fenómeno expropriatório. É o que se depreende de acórdãos tais como 341-86, 131-88, que desde os diplomas legais

²³ Cfr. *Ibidem*. p. 141.

²⁴ Cfr. CORREIA, Fernando Alves, *A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código das Expropriações de 1999*. Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 13.

²⁵ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2010, p. 132.

²⁶ CORREIA, Fernando Alves. in “*revista de legislação e jurisprudência*”, ano 142º, nº3977. Coimbra, Coimbra Editora.2012. p. 139.

anteriores acerca da matéria já consagravam a disciplina de forma a coadunar com a jurisprudência internacional, em especial a alemã e italiana.

*“mesmo naqueles casos em que a Administração impõe aos particulares certos vínculos que, sem subtraírem o bem objeto do vínculo, lhes diminuem, contudo, a utilitas rei, se deverá configurar o direito a uma indemnização, ao menos quando verificados certos pressupostos”*²⁷ (Acórdão 131- 1988 do Tribunal Constitucional)

Afinal, esta expansão conceitual que temos hoje na noção de *expropriação de sacrifício* decorre principalmente da jurisprudência alemã, que buscava agregar cada atributo necessário em relação aos atos incisivos no direito de propriedade a fim de separar os atos em que havia incidência de indenização e os que não eram contemplados por ela.²⁸

Há de se anotar ainda que se tentou alterar o código das expropriações, com um projeto de revisão em 2012, sendo tópico entre os assuntos potencialmente abordados uma definição expressa acerca do conceito de expropriação de sacrifício.²⁹

Nesse sentido, cabe afirmar que a previsão que se pretendeu definir em lei coaduna diretamente com o exposto até então, sendo fruto da base doutrinária e jurisprudencial que evoluiu de forma a expandir o conceito clássico para também abranger atos que inviabilizassem a utilização que vinha sendo dada ao bem, considerado globalmente, ou inviabilizassem qualquer utilização do bem, nos casos em que este não esteja a ser utilizado, ou ainda, que anulassem o valor econômico.³⁰

Anote-se por derradeiro, que no atinente ao projeto supracitado havia uma distinção especial para a expropriação clássica, sendo quanto a indenização. Enquanto na modalidade originária a indenização deve ser

²⁷ Acórdãos do Tribunal Constitucional, Acórdão 131 de 1988. 8º Vol. Almedina, 1986. p.507 e segs.

²⁸ Cfr. CORREIA, Fernando Alves. *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*. Coimbra, Almedina, 1982, págs. 77 e 78.

²⁹ Cfr. CORREIA, Fernando Alves. *A Propósito de um Projeto de Revisão do Código das Expropriações de 1999*. Coimbra. Instituto Jurídico, 2016, p. 12.

³⁰ Vide nº 3, artigo 1º do Projeto de Revisão do Código das Expropriações de 1999.

promovida de plano, o projeto estabelecerá que a indenização na expropriação de sacrifício dever-se-ia realizar um requerimento de expropriação a pedido do particular, configurando um direito a ser requerido por este.³¹ Tal previsão encontra-se no artigo 8º do projeto de revisão.

Deste modo, restam demonstrados os conceitos a respeito da expropriação, seja em sentido clássico, ou na expansão conceitual que sofreu, afastando-se, portanto, do sentido inicial. Portanto, podemos passar a analisar as figuras afins, para assim, podermos fazer as devidas distinções.

3. Das Figuras Afins

É certo que a expropriação não é o único instrumento de que goza o poder público de limitar a propriedade privada de forma a satisfazer a utilidade pública. Daí o motivo de estudarmos as figuras afins.

De certo, podemos verificar 8 (oito) modalidades análogas afins ao instrumento de expropriação, quais sejam: o Resgate, a Ocupação Temporária, a Destruição de bens por utilidade pública, a venda forçada, o confisco, as servidões administrativas, a nacionalização e a requisição.

Ora, nos deteremos por fins didáticos às duas últimas, sem desmerecer os demais institutos. Contudo, algumas notas se fazem necessárias. Quanto à venda forçada nos cabe destacar a previsão normativa alternativa à expropriação no artigo 54 do regime jurídico da reabilitação urbana.³² Além de se destinar a proprietários que não cumpram com as obras necessárias ou ordenadas, sujeitando o bem a alienação em hasta pública. A semelhança com a expropriação concentra-se nas garantias do procedimento, que são as mesmas do Código das Expropriações.³³ Há também similitude no tratamento quanto a indenização, já que o legislador contempla a venda forçada com a “justa indemnização”, do mesmo modo

³¹ Cfr. CORREIA, Fernando Alves. *A Propósito de um Projeto de Revisão do Código das Expropriações de 1999*. Coimbra. Instituto Jurídico, 2016, p. 22 e 23.

³² Artigo 54, nº 1, *alínea “h”*, Regime Jurídico da Reabilitação Urbana.

³³ Cfr. CORREIA, Fernando Alves. *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*. Coimbra, Almedina, 1982, p. 140.

que a expropriação.³⁴ É oportuno mencionar que este instituto foi questionado no Tribunal Constitucional, mediante fiscalização preventiva, como se apura do acórdão 421-2009. E nesse momento se destacou que a “legitimidade constitucional da venda forçada apenas pode ser fundamentada na consideração de que a mesma configura uma expropriação em sentido substancial.”³⁵ Por derradeiro quanto a este instrumento urbanístico, vale destacar a crítica de Alves Correia quanto a definição legal de “alternativa à expropriação”, já que só é possível intervir no direito de propriedade por via da expropriação ou nacionalização, ou figuras substancialmente idênticas.³⁶

No que concerne à destruição de bens por utilidade pública, se busca promover adequações sanitárias, de modo a visar à saúde e salubridade públicas. Em áreas urbanizadas pode-se destinar a demolições de edifícios, enquanto no campo pode-se ordenar o abatimento de animais. Difere da expropriação, pelo fato de não haver necessariamente direito a indenização. É que no caso de demolição de imóveis o proprietário incorre em violação do dever de manutenção do imóvel, por exemplo. Assim decorre com outros casos, geralmente havendo negligencia do proprietário. Diferente é a situação do citado abate de animais, hipótese na qual há indenização. Todavia, não nos deparamos com a mesma *ratio*, eis que nesse caso a razão é de equidade.³⁷

O Tribunal Constitucional já analisou a matéria e fundamentou a natureza por ser análoga a expropriação, cabendo, portanto, uma justa indenização.³⁸ Não obstante essa consideração, cabe a diferenciação por não haver translatividade da propriedade (refere-se aqui a expropriação em “sentido clássico”). Conforme o Acórdão 174, de 2005, *in verbis*:

³⁴ Cfr. *Ibidem*. p. 140.

³⁵ *Ibidem*. p. 141.

³⁶ Cfr. *Ibidem*. p. 141.

³⁷ Cfr. CORREIA, Fernando Alves. *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*. Coimbra, Almedina, 1982, p. 71 e 72.

³⁸ Ac. TC 174-2005. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050174.html>. Acesso em 02/12/2016.

“O abate dos animais suspeitos de contágio deve ser indemnizado nos termos do art.º 9.º, n.º 2, do DL 48051; § 1.º do art.º 8.º do DL n.º 39209; art.º 1.º do DL n.º 195/87; Portaria n.º 114-A/96, de 6 de Maio; e Despacho Conjunto dos Ministros das Finanças e da Agricultura, Desenvolvimento Rural e Pescas, publicado no DR, II Série, n.º 111, 14.5.98.

- A indemnização a atribuir aos proprietários nos termos daquelas normas, cujo “quantum” resulta da aplicação da tabela de cálculo anexa ao citado Despacho Conjunto, tem de respeitar os critérios de justiça e proporcionalidade decorrentes do princípio do Estado de Direito democrático do art.º 2.º da Constituição, tem de garantir igualdade na distribuição dos encargos públicos e no tratamento dos diversos proprietários atingidos, não pode ser meramente simbólica ou irrisória, e, tendencialmente, tem de ser contemporânea do sacrifício especialmente imposto.

- A indemnização justa não se pode definir em termos absolutos, apenas pode balizar-se por duas fronteiras tão afastadas uma da outra quanto o permitem os limites acabados de enunciar.”

No que diz respeito ao resgate, podemos classificá-lo como o ato que se fundamenta na extinção antes do termo final do contrato de concessão administrativa, por atitude unilateral da Administração, de modo a tutelar o interesse público. Nessa perspectiva, afirma Ana Isabel Pacheco “o resgate consiste no direito que a Administração tem de retomar o desempenho das atribuições administrativas de que estava encarregado o contraente particular, não como sanção, mas por conveniência do interesse público, e mediante justa indemnização”³⁹.

Devemos, no entanto, diferenciar o resgate em 2 (duas) espécies, a partir de sua natureza. Pode este ser legal, em decorrência da lei, ou ser contratual, por previsão expressa no contrato de concessão. ⁴⁰

É importante fazermos esta distinção, uma vez que terá efeitos no momento de distingui-los da expropriação. E é o que passamos a fazer. Quando da análise da figura em sua espécie contratual, há que se referenciar o rompimento do contrato antes do termo e a consequente retomada

³⁹ PACHECO, Ana Isabel; BARBOSA, Luís Alvarez. *Código das Expropriações Anotado e Comentado*. Coimbra, Almedina, 2013, p. 44.

⁴⁰ Cf. CORREIA, Fernando Alves. *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*. Coimbra, Almedina, 1982. p. 75 e 76.

do serviço, por definição. O detalhe reside em que havendo cláusula expressa já era de conhecimento do concessionário e este aderiu, inexistindo, o caráter unilateral do ato. Neste momento não há que se falar de expropriação. Contudo, a unilateralidade está presente quando analisamos o rompimento na espécie *legal*. Eis que para tal acontecer é necessário um decreto de utilidade pública, que conjugado a atitude estatal unilateral demonstra a natureza expropriatória do ato.⁴¹

A ocupação temporária é uma figura que já tem previsão normativa desde o Código das Expropriações de 1976, e hoje se mantem com algumas modificações e inovações. Trata-se de um regime cujo “bem objecto de ocupação não está vocacionada a integrar o patrimônio da expropriante”⁴², ou seja, a restrição é meramente quanto ao direito de propriedade “na componente uso e fruição, durante a ocupação, que normalmente não excede o tempo de execução da obra”⁴³. Isso porque está a se tratar de um direito de ocupar um prédio vizinho ao objeto da expropriação.

Ainda no domínio da ocupação temporária, cabe salientar que a doutrina de forma clássica a traduz por efeito de causa e consequência. Na expropriação temos aquisição originária da propriedade, já na ocupação temporária não se verifica qualquer traço de aquisição, tão somente restrição às faculdades inerentes ao direito de propriedade, de fruir e gozar do bem. Contudo, na doutrina encontramos quem defenda uma semelhança entre estas duas figuras, já que a ocupação temporária seria uma forma de expropriação do gozo determinada por interesse público.⁴⁴

Última nota nestas figuras que não merecerão foco no presente trabalho se refere ao confisco, e para tanto, é necessário analisarmos a

⁴¹ Neste Sentido, Cfr. CORREIA, Fernando Alves. *As Garantias dos Particulares na Expropriação por Utilidade Pública*, Coimbra, Almedina, 1982, p. 75 e 76.

⁴² PACHECO, Ana Isabel; BARBOSA, Luís Alvarez. *Ob. Cit.* p. 82.

⁴³ *Ibidem.* p. 82.

⁴⁴ Neste Sentido, Fernando Alves Correia associa a previsão normativa do direito espanhol, que contempla esta hipótese, além de reiterar o caráter expansivo que o conceito da expropriação vem assumindo nos últimos anos, mesmo em havendo o caráter temporário desta figura. <CORREIA, Fernando Alves, *As Garantias dos Particulares na Expropriação por Utilidade Pública*, Coimbra, Almedina, 1982, págs. 69 e 70>.

tipologia que o conceito comporta. Evidencia-se nesta área o Confisco de *direito comum* ou *apreensão* e também o Confisco Político.⁴⁵

Interessante notar que neste último não há direito a indenização, o que, por si só, já se difere frontalmente da expropriação. Mas no que tange ao conceito, como anota Oliveira Ascensão, consiste na “apropriação pública de bens, sem qualquer contrapartida para os titulares dos direitos reais que neles incidem”⁴⁶. É típico dos regimes autoritários e que não encontra abrigo num Estado Constitucional de Direito, vide o artigo 82 da presente Carta Portuguesa.⁴⁷

Mas no que concerne ao primeiro, há de se referir que é ato consequencial de infrações, sejam elas de ordem penal ou administrativas.⁴⁸ Ou seja, é afetado o proprietário que infrinja determinada lei penal ou administrativa.

No quesito da distinção deste para a expropriação devemos referir quanto ao objeto. Eis que na expropriação, o objeto do ato expropriatório é um bem jurídico, de carácter patrimonial, tutelado pelo ordenamento jurídico, enquanto na apreensão, é a infração do ordenamento que acarreta esta incidência confiscatória. Em outras palavras, vale referir que “a expropriação tem como objeto a privação de um direito subjectivo de carácter patrimonial (...) Todavia, a apreensão pressupõe uma atividade contra o direito positivo.”⁴⁹

Por fim, enquanto temos a apreensão como resultado de um comportamento subjectivo do proprietário, na expropriação este carácter é indiferente, na medida em que é devido ao interesse público que se

⁴⁵ Cfr. CORREIA, Fernando Alves. *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*. Coimbra, Almedina, 1982. p. 59.

⁴⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Expropriação e Direitos Privados in Estudos sobre Expropriações e Nacionalizações*, Imprensa-Nacional Casa da Moeda, 1989, p. 33.

⁴⁷ Cfr. CORREIA, Fernando Alves. *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*. Coimbra, Almedina, 1982, p. 59 e 60.

⁴⁸ Cfr. *Ibidem*. p. 59 e 60.

⁴⁹ *Ibidem*. p. 61.

subtrairá a propriedade e não porque o dono do imóvel adotou determinada conduta.⁵⁰

No que tange às servidões administrativas, o projeto de revisão do código das expropriações, já referido *supra*, tratava do assunto uma vez que continha previsões normativas acerca do instituto.

As servidões administrativas são definidas na doutrina como “encargos postos por lei sobre certo prédio, em proveito da utilidade pública de uma coisa”⁵¹ e se diferenciam, apesar de estar relacionada, das restrições de utilidade pública na medida em que estas são “limitações ao direito de propriedade que visam realização de interesses públicos abstratos”⁵². Enquanto as primeiras são fundamentadas na utilidade pública de determinados bens, as restrições não necessitam de nenhuma conexão com outros bens.⁵³

Resta daí, portanto, que podemos relacionar a servidão administrativa diretamente a servidão predial urbana, que é comumente observada no cotidiano das cidades. Mas além disso, há ligação efetiva com a servidão “*non edificandi*” que nada mais é do que o resultado de atos administrativos ou da própria lei, que proíbem o proprietário, de edificar, construir, constituindo dessa forma, um ônus de edificação.⁵⁴

Isto posto, vale destacar que existiu concretamente, na forma do projeto de revisão do código ora mencionado, uma intenção manifesta de distinguir o regime indenizatório da expropriação de sacrifício e das servidões administrativas. É que ao teor do artigo 9, número 2, nas servidões administrativas não seria necessário esvaziar o conteúdo econômico do bem, mas tão somente “quando diminuem efetivamente o valor ou rendimento do bem”.⁵⁵

⁵⁰ Cfr. *Ibidem*. p. 60.

⁵¹ CORREIA, Fernando Alves. . *A Propósito de um Projeto de Revisão do Código das Expropriações de 1999*. Coimbra. Instituto Jurídico, 2016, p. 24 e 25.

⁵² *Ibidem*. p. 24 e 25.

⁵³ Cfr. *Ibidem*. p. 25.

⁵⁴ Cfr. *Ibidem*. p.25.

⁵⁵ Cfr. *Ibidem*. p.29.

O Tribunal Constitucional já foi instado a decidir sobre a matéria das servidões “*non edificandi*” e não declarou a inconstitucionalidade das hipóteses da indenização nas servidões administrativas, por serem restritivas, e afirmou que quando se tenha carácter análogo à expropriação é devida indenização. Nas demais servidões administrativas o regime de indenização não será o mesmo previsto no Código das Expropriações, artigo 8º, número 2, e sim o regime geral da indenização pelo sacrifício, como modalidade de responsabilidade civil do Estado⁵⁶.

Na mesma linha da jurisprudência, no âmbito doutrinário a sustentação é semelhante, pois “não havendo supressão económica do direito, mas simplesmente uma diminuição efetiva do seu valor, a justa indemnização a atribuir será equivalente à da servidão administrativa”⁵⁷. É que enquanto na expropriação de sacrifício temos o esvaziamento pleno, completo, absoluto do conteúdo económico do bem, nas servidões administrativas o que há é uma limitação, ou seja, de forma parcial.⁵⁸

Ainda no mesmo sentido Alves Correia afirma que “devem dar lugar à indemnização todas as servidões administrativas que se apresentem como verdadeiras expropriações de sacrifício ou substanciais, isto é, como actos que produzem modificações especiais e graves na *utilitas* do direito de propriedade, em termos tais que ocorreria uma violação do princípio da justa indemnização.”⁵⁹

Podemos concluir que quanto às servidões administrativas, restrições de utilidade pública e expropriação de sacrifício os conceitos diferem entre si, mas o ponto em semelhança a se notar é no quesito indenizatório, uma vez que todas são amparadas.⁶⁰

⁵⁶ Cfr. *Ibidem*. p. 29.

⁵⁷ SARDINHA, José Miguel, “*Em torno da expropriação de Sacrifício*” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga. Número 99., 2013, p. 5.

⁵⁸ Cfr. *Ibidem*. p. 5.

⁵⁹ CORREIA, Fernando Alves. “*Expropriação por Utilidade Pública*”, Colectânea de Jurisprudência, STJ, IX, I.

⁶⁰ Cfr. SARDINHA, José Miguel. Ob. Cit. p. 5.

3.1 Da Expropriação e Nacionalização

Como nos resta mencionar acerca das últimas duas figuras afetas ao direito de propriedade, merecem especial relevo a nacionalização e a requisição. É com relação àquela que este tópico se versará.

Para melhor estudar qualquer tema é fundamental termos antes os conceitos que iremos esmiuçar. É nessa linha que enquadrámos as nacionalizações como “actos políticos que emanam de uma concepção ideológica sobre o lugar e o papel das propriedades pública e privada dos bens de produção na organização económica”⁶¹ visando ainda “um alargamento do sector público dos meios de produção”.⁶²

Doutrinariamente há autores que sustentam uma distinção material entre os institutos ora em análise, e quem defendia não ser possível encontrar um critério substancial para distingui-los.⁶³

Apesar da divergência doutrinária, o Tribunal Constitucional já se manifestou quanto a esta matéria e o fez, simbolicamente, no Acórdão nº 452-1995, tendo por relator o Conselheiro Alves Correia, sendo certo que o Tribunal *máxime* português já se manifestara em outras ocasiões, tais como o acórdão nº 88-1988.

A partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional, podemos referir algumas conclusões acerca da diferenciação dos regimes, primordialmente no que concerne ao objeto de cada qual, a finalidade, ao caráter do procedimento e a natureza do ato.

De início, podemos assinalar na linha de Alves Correia que “enquanto a expropriação (em sentido clássico) tem em regra, como objecto um bem singular, a nacionalização incide sobre empresas ou estabelecimentos, entendidos como uma *universitas*”⁶⁴. Desta acepção decorre uma

⁶¹ CORREIA, Fernando Alves. *A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código das Expropriações de 1999*. Coimbra. Coimbra Editora, 2000, p. 23

⁶² *Ibidem*. p. 23.

⁶³ *Ibidem*. p. 22.

⁶⁴ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo* – Vol. II. Coimbra, Almedina, 2010. p. 143.

diferenciação manifesta, pois não se podem relacionar institutos que possuem objetos tão diversos.

Mas as divergências não se limitam ao objeto como se pretende demonstrar, eis que podemos assimilar ainda o caráter finalístico de cada um dos institutos tendo a nacionalização, a partir do conceito já referido, alta carga ideológica “tem como objetivo transferir para o sector público uma ou várias empresas, de modo que estas continuem a exercer suas atividades”⁶⁵ à medida que a expropriação visa à transferência do bem para o patrimônio da Administração de forma a atender o interesse geral e um *fim específico*.

Analisemos agora o procedimento de cada instrumento afeto a intervir no direito de propriedade, sendo que o procedimento expropriatório tem por essência um caráter geral e encontra-se delineado no Código das Expropriações, Lei nº 168 de 1999, ao passo que a nacionalização se sujeitará a procedimentos casuísticos, uma vez que “os actos de apropriação pública, por via de nacionalização revestem a forma de decreto-lei”⁶⁶.

Ainda há que se considerar a natureza do instrumento, sendo a nacionalização, por definição, um ato político. O mesmo já não se percebe da expropriação, eis que esta, também por definição, é um ato administrativo.

Uma derradeira nota a se considerar da jurisprudência do Tribunal Constitucional acerca da distinção de ambos os institutos jurídicos, corresponde a indenização. Interessante notar, que por sua vez, é o ponto em comum entre ambas. É que apesar de em ambas haver o direito a indenização, o *quantum* obedece a critérios diferentes. É o que se extrai do acórdão 452-1995, *in verbis*:

“Mas se tanto a nacionalização, como a expropriação devem ser acompanhadas de indemnização, já as características desta última não têm que ser necessariamente as mesmas nos dois casos. A indemnização por expropriação e a indemnização por nacionalização podem, se tal for consentido pela Constituição, ser diferentes no que respeita à sua extensão, ao seu valor ou ao seu

⁶⁵ *Ibidem*. p. 143.

⁶⁶ *Ibidem*. p. 145.

quantum, ao momento em que uma e outra devem ser postas à disposição do sujeito que delas beneficia e ainda à forma ou formas do seu pagamento. Existem, é certo, ordenamentos constitucionais que impõem que a indemnização por expropriação e por nacionalização obedçam aos mesmos requisitos.”⁶⁷

Não obstante o julgado acima transcrito versar sobre o direito comparado, em sua parte final, certo é que no ordenamento constitucional português não há imposição de igualdade entre a indenização de ambos os institutos, nomeadamente porque a Constituição da República no n.º 2 do artigo 62 faz previsão expressa de forma a excluir, intencionalmente, a nacionalização⁶⁸.

E nesta via de raciocínio o Tribunal Constitucional ainda se mantém, visto que no acórdão n.º 493-2009 reiterou o posicionamento firmado em 1995, ao referir:

“Embora a terminologia seja, nesta matéria, algo flutuante, não se abstendo a Constituição de falar, neste quadrante normativo, de “expropriação”, para referir a apropriação de meios de produção – cfr. os artigos 88.º, n.º 1, e 94.º, n.º 1 –, a verdade é que a nacionalização não se confunde com a expropriação, em sentido estrito e próprio. De múltiplos pontos de vista as duas figuras se distinguem. Quer quanto ao objecto, fundamento e fim, quer, reflexamente, quanto aos respectivos regimes (designadamente quanto ao procedimento de efectivação), as notas características da nacionalização demarcam-na da expropriação por utilidade pública, como mais desenvolvidamente se pôs em destaque no Acórdão n.º 452/95 (pub. em ATC, 31º vol., pág. 135).

Também no que diz respeito aos critérios constitucionais de indemnização, não há coincidência de regimes. Enquanto que o n.º 2, do artigo 62.º, da C.R.P., estabelece que a expropriação por utilidade pública só pode ter lugar “mediante o pagamento de justa indemnização”, o artigo 83.º, da C.R.P., aplicável à nacionalização, como forma de apropriação pública dos meios de produção, limita-se a remeter para a lei “os critérios de fixação da correspondente

⁶⁷ Ac. TC 452-1995, Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950452.html>. Acesso em 02/12/2016.

⁶⁸ “A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante pagamento de justa indemnização”.

indenização”, sem precisar qualquer pauta valorativa que à lei cumpra observar no cumprimento desta tarefa.”⁶⁹

Do disposto no acórdão imediatamente supracitado se tem uma noção evidente e clara que a indenização obedece a critérios divergentes, bem como reitera o entendimento do Tribunal acerca da distinção entre as duas figuras relacionadas.

Acerca das mais recentes decisões do Tribunal Constitucional sobre a temática, se denota de trecho do acórdão 519 de 2016, relatado pelo Conselheiro Teles Pereira, em 11 de outubro de 2016, justamente o reconhecimento da diferença consagrado na jurisprudência:

“A mesma jurisprudência, aderindo à que considerou ser a melhor doutrina, tem também entendido que a nacionalização e a expropriação por utilidade pública são figuras distintas, com regimes distintos, designadamente em sede indemnizatória, pelo que o princípio da justa indemnização previsto no artº62º, nº2 da CRP para a expropriação por utilidade pública que, efetivamente, deve ser interpretado no sentido de uma indemnização integral, efetiva ou de “full compensation”, não é aplicável às nacionalizações, em que o legislador constitucional visou apenas assegurar o direito a uma indemnização, não definindo ele mesmo um conceito constitucionalmente exigido de indemnização, antes conferiu ao legislador ordinário uma certa liberdade na definição dos critérios da indemnização, como se vê do artº82º da CRP, antes da revisão de 1989 e do correspondente artº83º depois dessa revisão, que dispõe que «A lei determina os meios e as formas de intervenção e de apropriação pública dos meios de produção, bem como os critérios de fixação da correspondente indemnização.»⁷⁰

Portanto, não há que se falar que não são perceptíveis as distinções entre a nacionalização e a expropriação. Seja por base jurisprudencial, que o Tribunal máximo da justiça constitucional já reconhece, ou seja por base doutrinária face as diversas características destes procedimentos, fato é que nos parece se tratarem de figuras distintas.

⁶⁹ Acórdão 493 de 2009 do Tribunal Constitucional, relato pelo Conselheiro João Cura Mariano. Lisboa.

⁷⁰ Ac. TC 519-2016, Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160519.html>. Acesso em 03/12/2016.

Ademais, frise-se que para efeito de nacionalização a indenização basta ser razoável ou aceitável, não seguindo, desta forma, o princípio da “justa indemnização” .⁷¹ Assim como a diferenciação quanto ao objeto demarca manifesta divergência quanto ao instrumento expropriatório. Anote-se, por fim, a marca teleológica de cada qual para diferenciarmos os institutos quanto a sua finalidade.

3.2 Da Expropriação e a Requisição

Outra figura marcante do direito português no que concerne à afetação da propriedade privada é a requisição. Esta tem traços bem peculiares na medida em que sua previsão é de caráter excepcional. A previsão expressa se encontra no código das expropriações, nomeadamente a partir do artigo 8o do referido diploma legal.

Merece especial relevo o fato do código das expropriações de 1999, optar apenas pela inclusão da requisição de bens imóveis, não reproduzindo para bens móveis como já havia anteriormente.

O conceito da requisição pode ser extraído diretamente das assertivas normativas, nomeadamente do nº 1 do artigo 8o do diploma *supra* referido.

“1 – Em caso de urgente necessidade e sempre que o justifique o interesse público e nacional, podem ser requisitados bens imóveis e direitos a eles inerentes, incluindo os estabelecimentos comerciais ou industriais, objecto de propriedade de entidades privadas, para realização de actividades de manifesto interesse público, adequadas à natureza daqueles, sendo observadas as garantias dos particulares e assegurado o pagamento de justa indemnização.

2 – Salvo o disposto em lei especial, a requisição, interpolada ou sucessiva, de um mesmo imóvel não pode exceder o período de um ano contado nos termos do artigo 279.º do Código Civil.”

⁷¹ Cfr. CORREIA, Fernando Alves. Manual de Direito do Ordenamento, Ob. Cit. p. 152.

Nesse diapasão, a doutrina nos qualifica uma conceituação desta figura sendo “o acto administrativo pelo qual um agente competente impõe a um particular, verificando-se as circunstancias previstas na lei e mediante indemnização, a obrigação de prestar serviços, de ceder coisas móveis ou semoventes ou de consentir na utilização temporária de quaisquer bens que sejam necessários à realização de interesse público e que não convenha procurar no mercado.”⁷²

Pode-se afirmar, portanto, que a requisição é mais rigorosa em suas premissas do que a expropriação, uma vez que “o nº 1 do artigo 8o estabelece pressupostos mais rigorosos para o exercício do *jus requisitandi* do que para a expropriação.”⁷³

Há quem defenda ainda que a requisição é uma forma especial de expropriação, num conceito amplo de expropriação. Nesse sentido, Alves Correia aduz “na nossa opinião, na interiorização por parte do legislador da ideia, já por nós defendida noutra altura, de que a requisição de bens ou direitos de conteúdo patrimonial cabe, como figura ablatória, num conceito amplo de expropriação, não sendo mais do que uma forma especial desta.”⁷⁴ Daí o legislador ter incorporado o tratamento da requisição no diploma legal referente às expropriações.

Ainda nesta linha de pensamento, realça-se o carácter do alargamento do conceito de forma a abranger a *expropriação de sacrificio*, uma vez que a requisição de um imóvel por carácter temporário nos remete ao “sacrifício de carácter patrimonial imposto a um cidadão por motivos de interesse geral, mesmo que não se verifique a aquisição pela entidade expropriante de um direito de propriedade”⁷⁵.

Entretanto, o instrumento requisitório diferencia-se, classicamente, da expropriação, por se limitar a faculdade de fruição do imóvel, não havendo desse modo a transferência da titularidade do bem, assim como

⁷² CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 6ª edição. Coimbra, Coimbra Editora, 1963, p. 624.

⁷³ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. II. Coimbra, Almedina, 2010. p. 162.

⁷⁴ *Ibidem*. p. 162.

⁷⁵ CORREIA, Fernando Alves. *As Garantias dos Particulares na Expropriação por Utilidade Pública*, Coimbra, Almedina, 1982, p. 65.

deve obedecer os motivos condicionantes, que, como visto, são mais rigorosos. Soma-se a isso a natureza temporária da requisição, que se contraria de plano à expropriação.

Como afirma Ana Isabel Pacheco, “razões normais e permanentes de utilidade pública são fundamento da expropriação; motivos de urgente necessidade, de carácter transitório, mas premente, são os determinantes da requisição.”⁷⁶

Outro ponto de diferenciação entre ambas está centrado quanto ao processo, já que a requisição obedece a um processo estritamente administrativo, ao passo em que a expropriação teria que ser levada perante a um juiz no momento da transferência do bem.

Assim como na nacionalização, a requisição também partilha da característica comum à expropriação, a existência de indenização. Neste caso é ainda mais próxima, pois enquanto para a nacionalização a Constituição e o legislador apenas preveem direito a indenização, a requisição é subordinada ao princípio da “justa indemnização”, previsto no nº 2 do artigo 62 da Constituição da República Portuguesa e reproduzido no código das expropriações, nomeadamente no artigo 84.

A doutrina nesse mérito já destaca consoante o posicionamento de Gomes Canotilho e Vital Moreira no sentido de que “é evidente que os critérios definidos em lei têm de respeitar os princípios materiais da Constituição (igualdade, proporcionalidade), não podendo conduzir a indemnizações irrisórias ou manifestamente desproporcionadas em relação à perda do bem requisitado ou expropriado”.⁷⁷

A título de demonstração da temática indenizatória versada acima, se percebe que já é consagrado este entendimento no Tribunal Constitucional, que recentemente no acórdão 236 de 03 de maio de 2016, sob a relatoria da Conselheira Fátima Mata-Mouros, se pronunciou, *in verbis*:

⁷⁶ PACHECO, Ana Isabel; BARBOSA, Luís Alvarez. Ob. Cit. p. 255.

⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes/ MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição. Coimbra, Coimbra Editora, 2007.p. 808 e 809.

“Constituição, de facto, «do mesmo passo que cauciona estas formas extremas de intervenção, afirma-se como norma de garantia da posição do titular», pois vem «fixar três requisitos fundamentais, cuja verificação cumulativa é condição da licitude da privação do direito de propriedade por requisição ou expropriação». Estabelece-se que «só com suporte na lei, por razões concretas de utilidade pública e tendo como contrapartida uma “justa indemnização” ⁷⁸

Portanto, o Tribunal Constitucional se aliando a melhor doutrina cuida de balizar a “justa indemnização” prevista na Lei Maior da república portuguesa, desde que atendidos os requisitos necessários para cada qual, sendo certo que já se assentou no que tange a determinação do montante da indenização, de modo que “não é uma actividade que esteja constitucionalmente reservada aos juízes e tribunais.”⁷⁹

4. Breves Notas de Direito Luso-Brasileiro

Poder-se-ia pensar que o conceito até então delineado no ordenamento jurídico português teria conotação análoga no Brasil, uma vez que a Carta de 1988 versa textualmente sobre expropriação em seu artigo 243. Entretanto, o que se considera para figura jurídica análoga, no Brasil, é a desapropriação. Isto porque o Direito brasileiro se utiliza de duas figuras para procedimentos semelhantes, contudo trataremos neste tópica desta consideração. Anote-se que esta também possui assento constitucional, especialmente no artigo 5º, XXIV, da referida Carta.

Há uma certa divergência no direito brasileiro acerca da natureza jurídica da desapropriação, entretanto, majoritariamente se entende por um “procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de

⁷⁸ Ac. TC 236-2016. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160236.html>. Acesso em 03/12/2016.

⁷⁹ Acórdão 452 de 1995, sob relatoria do Conselheiro Alves Correia. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950452.html>. Acesso em 18 de novembro de 2016.

interesse social, normalmente mediante pagamento de indenização”⁸⁰. Ora, deste conceito se percebe a relação direta para com o instituto da expropriação em sentido clássico no direito português.

A disposição constitucional expressa concernente à expropriação versa sobre um caráter consequencialista, de modo que é uma sanção ao indivíduo que cultive ilegalmente plantas psicotrópicas ou explore o trabalho escravo. Portanto esta nomenclatura possui um caráter diverso do objeto de estudo até aqui desenvolvido. Também não há nesta aplicação indenização, em razão da ilicitude das práticas.

Os pressupostos da desapropriação são idênticos ao da expropriação do direito português, que, como vimos, são a utilidade pública e o interesse social. Quanto às espécies, a doutrina identifica três, quais sejam: a desapropriação urbanística sancionatória, a desapropriação rural e a desapropriação confiscatória⁸¹. Isto é claro, para além do conceito geral da desapropriação disciplinado na constituição, a qual a doutrina denomina “desapropriação ordinária”, que é a expropriação em sentido clássico do ordenamento jurídico português⁸².

A primeira versa quanto à uma penalização ao proprietário que não cumprir com determinações ou dar o devido destino em conformidade com o plano diretor municipal⁸³, a segunda diz respeito à cumprir a reforma agrária quando a propriedade não atender a função social da propriedade, e neste sentido, assume caráter social⁸⁴, enquanto a terceira versa sobre a expropriação constitucional à título de confisco e aplica-se aos casos já mencionados acima.

⁸⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª edição. Rio de Janeiro: Atlas. 2012. p.820.

⁸¹ Cfr. *Ibidem*. p. 823.

⁸² Art. 5º, XXIV – “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 23 de agosto de 2020.

⁸³ Cfr. *Ibidem*. p. 823. Anote-se que esta é uma figura da desapropriação com caráter análogo à expropriação constitucional.

⁸⁴ Cfr. *Ibidem*. p. 824.

Conclusão

Em virtude dos fatos mencionados, temos no instituto secular, quiçá milenar, da expropriação, um conceito clássico que no decorrer do tempo vem sofrendo significativas alterações axiológicas. É que o conceito de aquisição originária da propriedade se transmuda para qualquer condicionante de sacrifício imposta aos proprietários pelo Poder Público na medida em que se atenda o interesse coletivo.

Interessante notar, e foi abordado ao longo da explanação de diversos pontos do trabalho, é a origem do conceito alargado a partir da jurisprudência alemã, a fim de tutelar situações análogas que mereciam ser amparadas pela indenização, assim como distingui-las de outras. Concomitantemente, vale destacar a construção jurídica a partir da doutrina daquela nação.

Não fosse esta alteração bastante significativa, tem reflexos para além do campo teórico culminando com semelhanças e diferenças para figuras análogas que interferem no direito de propriedade.

Pudemos analisar, mesmo sem ser o foco do presente estudo, algumas delas, tais como: a destruição de bens por utilidade pública, a venda forçada, a ocupação temporária, o confisco e as servidões administrativas com seus reflexos no conceito da expropriação de sacrifício. Além de nos determos mais intensamente nas mais significativas, quais sejam: a nacionalização e a requisição.

Nosso intuito sempre foi demonstrar o conceito de cada qual, para partindo da concepção teórica analisarmos os casos em que se distanciam da expropriação ou mesmo que se aproximam, a depender da corrente doutrinária a que se filie.

Inegável que os pontos de maior reflexão nasceram a partir da análise do alargamento do conceito para o que entendemos na expropriação de sacrifício. E é fundamental anotar estas considerações uma vez que as consequências práticas são bastante relevantes, principalmente no que tange às indenizações.

Nossa temática não pretendeu um aprofundamento de estudo no viés da indenização, todavia algumas ponderações são elementares, sem as quais tornariam o nosso estudo por demasiado vazio.

É que os reflexos na indenização de determinados atos administrativos, ou políticos, em alguns casos se sujeitam ao princípio constitucional da justa indenização enquanto outros não. Momento que aproximam ou distanciam-se os institutos.

Também pudemos concluir que a nacionalização não segue necessariamente a mesma regra da expropriação nem da requisição, haja vista a disposição constitucional ser expressa, e reitere-se que foi a vontade do Poder Constituinte Originário não incorporá-la. Isso se soma ainda quanto a divergência de objeto entra elas, assim como a finalidade a que se propõem, áreas também analisadas.

De fato, se verifica notório o alargamento conceitual para abranger outras hipóteses que há algum tempo não estariam sob a tutela da expropriação. Neste sentido, se demonstrou a evolução e o tratamento do conceito de expropriação.

De modo semelhante, se teceram comentários acerca dos institutos próximos que também tocam no direito de propriedade, tendo por finalidade apresentar semelhanças, quando possível, e suas diferenças, temática também alcançada após superada a definição e as características de cada instituto analisado.

Enfim, sem a pretensão de esgotar o tema, que é revestido de algumas polêmicas, abordamos alguns julgados do Tribunal Constitucional no intuito de revelar alguns entendimentos já amplamente consolidados desde leis anteriores às atuais, e que permanecem de mesmo modo, como também demonstrar o entendimento da Corte Suprema de Portugal acerca dos conceitos aqui tratados no quesito relativo a indenização, que em alguns casos, como abordados ao longo deste trabalho, diferem alguns instrumentos jurídicos incisivos no direito de propriedade.

Referências

Acórdãos do Tribunal Constitucional, 8º Vol. Almedina, 1986.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito do Urbanismo (sumários)*. Lisboa, 1993.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 6ª Edição. Coimbra, Coimbra Editora, 1963.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 9º edição. Coimbra, Almedina, 1980.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CORREIA, Fernando Alves:

- *A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código das Expropriações de 1999*. Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
 - *A Propósito de um Projeto de Revisão do Código das Expropriações de 1999*. Coimbra. Instituto Jurídico, 2016.
 - *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*. Coimbra, Almedina, 1982.
 - *As Grandes Linhas da Recente Reforma do Direito do Urbanismo Português*. Reimpressão, Coimbra, Almedina, 1993.
 - *Expropriação por Utilidade Pública*, Colectânea de Jurisprudência, STJ, IX, I
 - in “*revista de legislação e jurisprudência*”, ano 142º, nº3977. Coimbra, Coimbra Editora.2012.
 - *Manual de Direito do Urbanismo. VOL. II*. Coimbra, Almedina, 2010.
- COSTA, Pedro Elias da. *Guia das Expropriações por Utilidade Pública*, 2ª Edição. Coimbra, Almedina. 2003.

FERNANDES, José Pedro. *“Dicionário Jurídico da Administração Pública – Vol. IV”*. Lisboa, 1991.

FRANCO, João Melo; MARTINS, Herlânder Antunes, *“Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos”*, 3ªed. ,Almedina, Coimbra, 1995.

GIL, Ana Rita. In *“Direito do Urbanismo e do Ambiente: Estudos Compilados.”* Lisboa, Quid Juris, 2010.

JUSTO, Antônio dos Santos. *Direito Privado Romano – III*. Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora: 2014.

MURCIA, Antonio Cano; Muñoz, Antonio Cano, *Diccionario Legal Básico de Término Urbanísticos*.1ª edição. Thomson Arazandi, Navarra, 2008.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Expropriação e Direitos Privados in Estudos sobre Expropriações e Nacionalizações*, Imprensa-Nacional Casa da Moeda, 1989.

PACHECO, Ana Isabel; BARBOSA, Luís Alvarez. *Código das Expropriações Anotado e Comentado*. Coimbra, Almedina, 2013.

SARDINHA, José Miguel. *“Em torno da expropriação de Sacrifício”* in *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga. Número 99, 2013.

Jurisprudência

- Acórdão do Tribunal Constitucional nº 341-1986. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19860341.html>. Acesso em 18 de novembro de 2016.
- Acórdão do Tribunal Constitucional nº 131-1988. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880131.html>. Acesso em 18 de novembro de 2016.
- Acórdão do Tribunal Constitucional nº 452-1995. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950452.html>. Acesso em 18 de novembro de 2016

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174-2005. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050174.html>. Acesso em 19 de novembro de 2016.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 493-2009. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090493.html>. Acesso em 19 de novembro de 2016.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 236-2016. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160236.html>. Acesso em 19 de novembro de 2016.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 519-2016. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160519.html>. Acesso em 19 de novembro de 2016.

Teoria da imputação objetiva e crimes de trânsito: uma revisitação necessária

Túlio Felipe Xavier Januário ¹

1. Introdução

No ano de 2014, tivemos a oportunidade de realizar uma investigação atinente à eventual aplicabilidade da teoria da imputação objetiva aos crimes de homicídio e lesão corporal culposos na direção de veículo automotor. A conclusão à qual chegamos fora a de que, apesar da compatibilidade das presentes proposições doutrinárias para com o ordenamento jurídico brasileiro, bem como do seu observado grau de prestabilidade para a resolução de casos complexos relacionados a acidentes automobilísticos, a jurisprudência nacional ainda era demasiadamente tímida na aplicação da teoria, socorrendo-se, muitas vezes inadequadamente, do nebuloso campo da tipicidade subjetiva², quando na verdade, a correta resolução do problema residiria na aplicação de critérios

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, com período de investigação financiado pelo programa “ERASMUS+” na Georg-August-Universität Göttingen. Participou dos cursos de *Postgrado en Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*, na Universidad de Castilla-La Mancha, Pós-Graduação em Direito Penal - Parte Geral, no Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IDPEE), em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e Especialização em Compliance e Direito Penal no Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista - Júlio de Mesquita Filho - (UNESP) - Campus de Franca.

² As dificuldades de delimitação entre o dolo eventual e a culpa consciente nos crimes de trânsito já foram por nós analisadas, inclusive com uma proposta alternativa de resolução, a partir da concepção significativa da ação. Cf. detalhadamente em: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Dos limites entre o dolo eventual e a culpa consciente: uma análise dos crimes de trânsito a partir da teoria da ação significativa. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v. 19, n. 30, p. 1-21, ago./dez. 2015. <http://dx.doi.org/10.22171/rej.v19i30.2018>

delimitadores do nexó de causalidade, no plano do tipo objetivo. Ademais, nos parcos acórdãos que se utilizavam da teoria da imputação objetiva, constatamos algumas imprecisões técnicas e doutrinárias na aplicação dos conceitos, o que muitas vezes reverberava em decisões conflitantes entre si, para casos semelhantes³.

Transcorrida aproximadamente meia década da mencionada investigação, as premissas da teoria se mantiveram praticamente intactas, no plano dogmático. A indiscutível e crescente atenção doutrinária direcionada à criminalidade empresarial, fez com que muito se produzisse em matéria de autoria em estruturas organizadas, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, programas de *compliance* e outras importantes temáticas atinentes às questões derivadas do direito penal econômico. Eventuais inovações no plano do tipo objetivo e, mais especificamente, no âmbito do nexó de causalidade, parecem-nos terem ficado momentaneamente para um segundo plano, salvo, é claro, quando relacionadas ao nicho de criminalidade supracitado⁴.

No plano acadêmico nacional, contudo, o cenário não nos parece mais o mesmo da primeira metade da década, nesta matéria. A cada vez maior atenção dos pesquisadores brasileiros para com as proposições das *escolas funcionalistas* e as teorias delas derivadas, repercutiu em novas investigações e consequentes publicações nesta seara, ampliando, assim, o rol de operadores do direito que conhecem ao menos suas premissas básicas. Ademais, passando esta matéria a constar dos editais para concursos públicos e sendo ela efetivamente cobrada em provas objetivas, discursivas e orais, a teoria da imputação objetiva fora sendo logicamente incluída nos

³ Cf.: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Dos crimes de homicídio e lesão corporal no trânsito: uma análise na perspectiva da Teoria da Imputação Objetiva*. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharel em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014.

⁴ Existem, é claro, vívidas discussões sobre a imputação objetiva e sua aplicação no âmbito da criminalidade econômica. Nós tivemos a oportunidade de analisa-la pormenorizadamente no específico plano da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, em: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Dos limites do risco permitido para as pessoas jurídicas: uma análise do defeito de organização como um problema de imputação objetiva*. *Conpedi Law Review*, Zaragoza, v. 4, n. 1, p. 1-23, jan./jun. 2018. http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2018.v4i1.4514

programas de graduação e de cursos preparatórios - ainda que nem sempre com fidelidade às suas proposições originais.

Observado este quadro, questionamo-nos, assim, sobre até que ponto essa gradativa mudança tem reverberado positivamente na jurisprudência nacional, a ponto de alterar a deficiência constatada em 2014. Em outras palavras, teriam os Tribunais nacionais passado a adotar a teoria da imputação objetiva em um maior número de casos e com maior correção? Desta feita, o objetivo do presente trabalho é analisar as decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados entre os anos de 2015-2020, em matéria de crimes de homicídio e lesão corporal culposos na direção de veículo automotor, e que tenham se utilizado da teoria da imputação objetiva como fundamento decisório.

Para tanto, estudaremos, inicialmente, os fundamentos e o conteúdo da teoria da imputação objetiva, em suas mais difundidas concepções, quais sejam, as dos Professores Claus Roxin, Günther Jakobs e Wolfgang Frisch. Cumpre destacar que, uma vez que não houve maiores inovações em suas proposições teóricas neste período, nos limitaremos, neste ponto, a reproduzir materialmente as considerações feitas em 2014, fazendo pequenas alterações a título de atualização.

Feito isso, investigaremos de que forma poderá ser aplicada a teoria da imputação objetiva no que tange especificamente aos crimes de trânsito, aplicabilidade esta que já havia sido observada pontualmente em alguns julgados apreciados em 2014, mas cujo potencial de aproveitamento sempre nos pareceu muito superior. Salienta-se que, uma vez que um dos objetivos principais do presente estudo reside justamente na análise da evolução jurisprudencial neste período, também nos limitaremos, neste tópico, a realizar pequenas alterações pontuais nas considerações feitas em 2014.

Com a derradeira análise das mais recentes decisões em matéria de imputação objetiva e sua aplicação nos crimes de trânsito, demonstraremos, ao final do presente trabalho, que apesar do observado ingresso da teoria da imputação objetiva no cenário acadêmico brasileiro das ciências

jurídico-penais ter refletido positivamente no julgados, constatados em maior número e com maior técnica, sua aplicação pelos Tribunais de Justiça ainda é tímida e limitada a algumas Câmaras de Tribunais específicos, não podendo se considerar, portanto, que a jurisprudência efetivamente acompanhou a elevada progressão doutrinária nesta matéria.

2. Da teoria da imputação objetiva – fundamentos, modelos e aplicação nos crimes de trânsito

A teoria da imputação objetiva, em seus mais variados modelos doutrinários, tem como ponto comum, a ambição de limitação do tipo objetivo, com o acréscimo de requisitos a serem preenchidos para que determinada conduta seja considerada típica. É certo que a progressiva evolução científica e tecnológica impulsionada ao longo do Séc. XX, teve como uma de suas reverberações, a incidência de casos cada vez mais complexos a serem enfrentados pelo direito penal, para os quais as até então majoritárias concepções causais-naturalistas e finalistas, mostravam-se falhas em sua apreciação, seja pela permissibilidade de um regresso ao infinito na identificação das causas do resultado desvalioso – no caso da teoria clássica – seja pela remissão ao plano subjetivo da ação – no caso da teoria finalista –, com os consequentes inconvenientes de cada uma destas soluções⁵⁻⁶.

Na base desta proposição doutrinária, encontra-se um ideário de permeação das categorias da teoria do delito pelas finalidades político-criminais de determinado espaço-tempo, marcante no chamado *funcionalismo teleológico-racional* de Claus Roxin, proposto em resposta a uma tendência até então vigente e influenciada por ideais positivistas, de maior

⁵ Para uma análise da evolução doutrinária do sistema clássico ao sistema finalista e dos fundamentos que levaram à consolidação do sistema funcional-teleológico, conferir: GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000. Passim.

⁶ “A leitura da sociedade do risco permitiu a percepção do desencaixe que proporciona aos antigos corolários que modelavam a tipicidade, destruindo a própria metodologia penal consistente na elaboração dogmática de modo simplesmente estático e distanciado da realidade social” (NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Tipicidade penal e sociedade do risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 127.

separação entre o direito penal e a política criminal. Vindo de encontro às premissas sistemáticas da doutrina clássica e partindo da ideia de que a “construção sistemática jurídico-penal não deve orientar-se segundo dados prévios ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais etc.), mas ser exclusivamente guiada por finalidades jurídico-penais”⁷, Roxin sustenta que “o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal”, propondo uma síntese entre a submissão ao direito e a adequação aos fins político-criminais⁸⁻⁹. Conforme explica Luís Greco, os avanços obtidos pelo neokantismo, tais como a construção teleológica de conceitos e a materialização das categorias do delito, são retomadas e acrescentadas de uma funcionalização, que se daria através do papel do direito penal, que é a proteção de bens jurídicos através da prevenção geral e especial¹⁰. Uma tal concepção, segundo Roxin, teria como necessária benesse a transformação de postulados sócio-políticos e dados empíricos e criminológicos em elementos dogmáticos¹¹.

Como corolários, assim, deste sistema proposto por Roxin, surgem a “teoria da imputação objetiva”, no âmbito da tipicidade, e a “teoria da responsabilidade”, no plano da culpabilidade. Conforme analisaremos em

⁷ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 205.

⁸ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 20.

⁹ Conforme muito bem destaca Jorge de Figueiredo Dias, por mais independente que seja a política criminal, se ela não caminhar juntamente com a dogmática, acabará continuando a ser uma ciência acessória, já que, no fim das contas, quem sempre tem a palavra final, em respeito ao princípio da legalidade, é esta última. Cfr.: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 29-32. Aliás, há necessidade de sintonia entre as finalidades político-criminais e as estruturantes do Sistema como um todo, incluindo as de natureza processual penal. Conforme sustenta Fernando Fernandes, “mesmo que não seja adequado abandonar a autonomia teleológica de cada um dos sub-sistemas integrantes do *Sistema Jurídico-Penal*, na mesma medida não deve haver uma exclusão recíproca das finalidades de política criminal em que cada um deles se alicerça” (FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 76).

¹⁰ Sintetiza, com citações, o autor: “O finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano) e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano – falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, do modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas – isto é, que digam respeito à eficiência e à legitimidade da atuação do direito penal”. (GRECO, Luís. Op. Cit., p. 132-135).

¹¹ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. Organização de Luís Greco e Fernando Gama de Miranda Netto. 2ª. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 77.

pormenor, a primeira se apresenta como uma contestação às doutrinas clássica e neoclássica do tipo, nas quais este, em sua modalidade objetiva, esgotava-se na causalidade, enquanto o modelo funcionalista torna-o dependente de outros pressupostos, que “são a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado”¹². Já a teoria da responsabilidade, vem como uma expansão da categoria da culpabilidade, acrescentando a ela um critério de necessidade preventiva (geral ou especial) da sanção penal como condição indispensável da pena¹³.

Günther Jakobs também trabalha com a ideia da imputação objetiva como uma limitadora do alcance do tipo objetivo, só que a partir dos ideias do *funcionalismo sistêmico* por ele sustentado. Para o autor, o direito penal teria como função a reafirmação da vigência da norma violada por determinado agente, aquando de uma prática delituosa¹⁴, sendo certo, assim, o destaque exercido pela finalidade de prevenção geral positiva exercida pela pena¹⁵.

Jakobs desenvolve seu modelo de imputação a partir dos “papeis” de cada cidadão na sociedade¹⁶. Como não seria factível uma ponderação a respeito de todas as consequências possíveis antes de cada contato social, mostra-se necessária a separação dos respectivos âmbitos vitais de cada um dos intervenientes, para que se definam seus encargos e, consequentemente, suas responsabilidades. Assim, aquele que se mantém dentro dos limites de seu papel, não pode responder por determinado curso lesivo, mesmo que tivesse condições de evitá-lo¹⁷. Em outras palavras, imputar-

¹² GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 22.

¹³ ROXIN, Claus. *Funcionalismo...*, p. 207.

¹⁴ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução de Luís Greco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1-180. p. 121.

¹⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a valoração da teoria da imputação objetiva*. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 120.

¹⁶ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 21 - 24.

¹⁷ Explica o autor: “Formulando de modo mais geral: as garantias normativas que o Direito estabelece não têm como conteúdo que todos tentem evitar todos os danos possíveis - se assim fosse, produzir-se-ia uma paralisação imediata da vida social. Por isso é que se atribuem a determinadas pessoas - e não a todas as pessoas - que ocupam determinadas posições no contexto de interação, determinados encargos. É dizer, asseguram padrões pessoais, papéis que

se-iam “os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel”, sendo aqui indiferentes as capacidades específicas dos atores, já que o referido papel seria definido de maneira objetiva¹⁸.

Em ambas as propostas, porém, fica desde já evidenciado que o que se propõe, é uma maior atenção ao tipo objetivo, o qual não mais deve se esgotar no trinômio “ação”, “nexo de causalidade” e “resultado”, sendo necessários também, para que determinado fato seja considerado típico, que a conduta em questão tenha criado um risco não permitido, o qual tenha se realizado no resultado e que este se encontre dentro do alcance do tipo penal¹⁹.

Conforme demonstraremos, essas construções doutrinárias mostrar-se-ão de especial relevância nos crimes de trânsito. A dinâmica dos acidentes dos quais derivam as imputações pelos crimes de homicídio e lesão corporal culposos na direção de veículo automotor²⁰, muitas vezes apresentam inegável complexidade no nexo de causalidade, sendo certo que o critério da equivalência das condições não se mostra suficiente para sua correta apreciação. Melhor sorte não alcançam as proposições finalistas, que tentam solucionar estes casos através das categorias do dolo e da

deverem ser cumpridos. Deste modo, possibilitam uma orientação com base em padrões gerais, sem necessidade de conhecer as características individuais da pessoa que atua”. (Ibidem, p. 21; 26).

¹⁸ Ibidem, p. 22.

¹⁹ Esta é, ao menos, a proposta de Claus Roxin. Conforme observaremos, há divergências entre os modelos, sendo certo, porém, que todos eles têm como ponto de encontro a limitação do tipo objetivo.

²⁰ “Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. § 1º No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente: I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação; II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente; IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros. § 3º Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. § 1º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do § 1º do art. 302.

§ 2º A pena privativa de liberdade é de reclusão de dois a cinco anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo, se o agente conduz o veículo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, e se do crime resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima” (BRASIL. *Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997*: institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm>. Acesso em 05 de outubro de 2020).

culpa, remetendo ao plano do tipo subjetivo algumas hipóteses que poderiam ser solucionadas de maneira mais técnica e segura, já no plano da tipicidade objetiva.

Ao acrescentar novos pressupostos para que determinada causação de um resultado se torne típica²¹, Roxin explica que o resultado só será imputado ao agente quando este, com seu comportamento, tiver criado um perigo para o bem jurídico, que não esteja abrangido pelo risco permitido e que tenha se realizado no resultado, o qual deve estar dentro do alcance do tipo penal que visava proteger o bem²². Desta feita, o primeiro plano a ser analisado segundo a teoria da imputação objetiva, diz respeito à *criação de um risco*. Ou seja, afere-se se, mediante a atuação em análise, o agente criou um risco para o bem jurídico tutelado. A fundamentação político-criminal para este critério reside no fato de que o direito penal somente pode punir condutas que sejam ao menos perigosas à determinado bem jurídico²³.

Para a aferição da permissibilidade ou não do risco criado, utiliza-se da chamada “prognose póstuma objetiva”, assim explicada por Greco:

Se trata de um juízo formulado de uma perspectiva ex ante, levando em conta apenas dados conhecidos no momento da prática da ação. Objetiva, porque a prognose parte dos dados conhecidos por um observador objetivo, por um homem prudente, cuidadoso - e não apenas por um homem médio - pertencente ao círculo social em que se encontra o autor. Póstuma, porque, apesar de tomar em consideração apenas os fatos conhecidos pelo homem prudente no momento da prática da ação, a prognose não deixa de ser realizada pelo juiz, ou seja, depois da prática do fato. Para juntar o que agora separamos: uma ação será perigosa ou criadora de risco se o juiz, levando em conta os fatos

²¹ Nas palavras de Claus Roxin: “*En resumen, pues, se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo.*” (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2ª. ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editora Civitas, 2003. p. 364).

²² ROXIN, Claus. *Funcionalismo...*, p. 308 - 309.

²³ Segundo Luís Greco, “Proibir ações não perigosas é proibir por proibir, é limitar a liberdade sem correlato ganho social. Só as proibições que gerem algum ganho social podem ser proibições legítimas, só as proibições que sejam idôneas a proteger um bem jurídico podem ser legítimas”. (GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 31-33).

conhecidos por um homem prudente no momento da prática da ação, diria que esta gera uma possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico²⁴.

A título de exemplificação, imagine-se que A1, proprietário de uma empresa de transportes, visando livrar-se de um funcionário A2, que sabe de ilicitudes cometidas no cerne da corporação, sempre pede para que ele transporte cargas entre duas cidades específicas, na esperança de que a rodovia especialmente perigosa faça com que A2 se acidente e venha a óbito. Neste caso, é evidente que, caso a expectativa de A1 se concretize, sua conduta não terá sido típica, já que por mais perigosa que seja a rodovia, ordenar que um funcionário por ela conduza seu caminhão não é, na visão de um “homem prudente”, uma ação perigosa para o bem jurídico em questão e muito menos proibida. Contudo, caso A1 soubesse, por exemplo, que a caminhão estava com problemas mecânicos, os quais ocasionaram a perda de controle do veículo, poder-se-ia considerar, a princípio, a criação de um risco, já que os conhecimentos especiais do agente integram o juízo de prognose²⁵.

É interessante observar a aplicação deste critério pela 5ª. Câmara Criminal do TJMG, no julgamento de um caso relacionado a um homicídio na direção de veículo automotor. Na situação, consta da denúncia que uma motorista A1 estaria imprimindo velocidade acima da permitida em seu veículo, razão pela qual teria perdido o controle de direção e colidido contra uma árvore, vitimando fatalmente o seu carona. Contudo, o exame pericial não teria sido capaz de aferir o que teria dado causa à referida perda de controle. Ainda que o caso tenha sido solucionado com base na “falta de provas”, na fundamentação do acórdão utilizou-se da prognose supramencionada para aferir se a conduta de A1 poderia ser considerada, a partir de uma perspectiva *ex ante*, como criadora de um risco proibido. Como a Acusação não logrou êxito em comprovar o motivo da perda de

²⁴ “Observa-se, porém, que nesta prognose deve se levar em consideração os conhecimentos especiais que o agente tinha no momento da ação, de maneira que “será perigosa aquela ação que, aos olhos de um observador objetivo dotado dos conhecimentos especiais do autor, situado no momento da prática da ação, gere real possibilidade de dano para um determinado bem jurídico” (Ibidem, p. 39).

²⁵ Neste sentido: Ibidem, p. 36.

controle direcional, não fora possível constatar a prática de uma conduta arriscada, razão pela qual fora absolvida a motorista²⁶.

Na construção doutrinária de Günther Jakobs, por sua vez, o primeiro plano da imputação objetiva reside na *quebra de uma expectativa da sociedade para com o agente*, ou, em outras palavras, *na violação de um papel*. Cada pessoa, de acordo com os contatos sociais que realiza na sociedade, exerce certas funções para as quais é esperado um determinado nível de qualidade, ou um particular comportamento, independentemente dos atributos específicos do agente em questão.

A título exemplificativo, imagine-se que um caminhoneiro aposentado, acostumado a passar por várias situações de risco nesta função, venha a se envolver em um acidente enquanto viajava a lazer, no veículo da família. Imagine-se ainda, que a dinâmica deste acidente permite concluir que um “motorista médio”, com habilidades ordinárias, não teria conseguido evitá-lo, mas que o motorista em estudo, com perícia acima do comum, teria maiores possibilidades. Neste caso, a despeito destas habilidades especiais, a análise da quebra ou não da expectativa em face do agente deve ser feita de maneira objetiva²⁷. Isto porque, enquanto aposentado e viajando com a sua família, não pode ser ele objeto de superior expectativa de evitação de acidentes e sofrer os ônus decorrentes de sua antiga função. Enquanto motorista ordinário de um carro de passeio, que viaje a lazer, não lhe pode ser cobrada a perícia de um caminhoneiro profissional, independentemente de sua prévia experiência, já que na hipótese, exerce o papel de mero motorista regular, com suas respectivas limitações²⁸.

²⁶ TJMG. *Apelação Criminal nº 1.0079.11.053704-4/001*. 5ª. Câmara Criminal. Relator: Desembargador Alexandre Victor de Carvalho. Data do Julgamento: 05/11/2013. Data da Publicação: 12/11/2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

²⁷ Explica Jakobs: “[...] imputam-se os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel. Não são decisivas as *capacidades de quem atua*, mas as *capacidades do portador de um papel*, referindo-se a denominação *papel* a um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata-se portanto, de uma instituição que se orienta com base nas pessoas” (JAKOBS, Günther. *Imputação objetiva...*, p. 22).

²⁸Neste sentido e com exemplo parecido: GRECO, Luís. *Imputação objetiva...*, p. 121.

Em síntese, na construção de Jakobs, a criação de um risco juridicamente desaprovado se confundiria com a violação de um dever do qual é garantidor um agente. Haveria, porém, quatro grupos de casos excepcionais, nos quais restaria excluída a imputação. São eles o *risco permitido*, o *princípio da confiança*, a *proibição de regresso* e a *competência exclusiva da vítima*²⁹, os quais serão analisados oportunamente. Os papéis que cada cidadão exerce na sociedade em que se insere permitem, portanto, a construção da ideia e delimitação das hipóteses em que ele é um *garantidor*, sendo-lhe somente imputados “aqueles riscos cuja evitação cumpra a ele garantir”³⁰.

Retornando à análise do risco relevante, mister ressaltar que não basta sua criação, mostrando-se necessário também, que o risco criado seja proibido, para que a conduta possa ser considerada objetivamente típica. Neste sentido, cumpre salientar que nem todas as ações que possuam determinado grau de periculosidade são proibidas³¹. O próprio trânsito rodoviário é um excelente exemplo de ramo de atividades que possui um inegável – e até mesmo elevado – grau de periculosidade, mas que se encontra, em geral, permitido, apesar de regulamentado³². Ganha destaque, portanto, neste âmbito, a difundida ideia do *risco permitido*, sendo aquele observado nas hipóteses em que, embora o comportamento crie um risco juridicamente relevante, este risco seria, de maneira geral e independentemente do caso concreto, permitido³³⁻³⁴.

No modelo de imputação objetiva de Jakobs, o autor explica que todas as relações sociais apresentam um maior ou menor risco e que nem por

²⁹ Ibidem., p. 126 – 127.

³⁰ Ibidem, p. 125.

³¹ GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 46.

³² Também mencionando o exemplo do trânsito rodoviário, destacando ainda, a tenuidade da diferenciação concreta entre as hipóteses de não-criação e não-proibição do risco: ROXIN, Claus. *Funcionalismo...*, p. 326.

³³ ROXIN, Claus. *Funcionalismo...*, p. 325.

³⁴ Vale destacar o comentário de Luís Greco, no sentido da importância da não utilização do “risco permitido” como um fundamento *per se* para a exclusão da imputação objetiva, já que ele não passaria de uma categoria formal, que englobaria todas as hipóteses em que há a criação de um risco não desaprovado pelo ordenamento jurídico. Mais do que sua invocação automática, portanto, é necessária uma análise do fundamento desta permissibilidade, o que deverá ser feito através de uma ponderação entre os interesses em jogo. Cfr.: GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 65-66.

isso todas elas serão proibidas, seja por não se obter um balanço positivo na abstenção da conduta, seja por não haver outra alternativa a tais ações³⁵. Em outras palavras, não sendo possível uma sociedade sem riscos e não existindo qualquer garantia normativa apta a assegurar a sua eliminação total, alguns riscos deverão ser considerados inerentes à configuração social e, portanto, permitidos.

A existência destes riscos permitidos decorreria, para o autor, da conclusão de que ninguém é obrigado a eliminar toda e qualquer possibilidade de lesão para terceiros, existindo, assim, uma esfera de perigos para determinados bens que não são proibidos³⁶. Esta é uma imperiosidade para que seja possível a existência de contatos sociais, sendo certo que algumas eventuais frustrações de expectativas serão assumidas³⁷. Para compensar os riscos de suas atividades, cada pessoa tem um dever de cuidado compensatório, avaliado através de um juízo objetivo, o qual terá como parâmetro, não a conduta de um expert no assunto, mas sim o “juízo do titular de um papel que, nesse desempenho, pode realizar a atividade de modo socialmente adequado”³⁸.

Para Luís Greco, os fundamentos da permissibilidade ou não de um risco estariam na necessária ponderação entre o interesse na proteção dos bens jurídicos em causa e o interesse geral de liberdade, respeitado, é claro, o núcleo imponderável e inultrapassável, necessário para a garantia da dignidade humana³⁹. A ideia desta ponderação no âmbito da permissibilidade ou não do risco criado sofre muitos influxos da proposição doutrinária de Wolfgang Frisch, razão pela qual faremos um breve parêntese para analisar esta construção, antes de adentrarmos nas concretas hipóteses em que inexistem a criação ou a proibição de um risco.

³⁵ JAKOBS, Günther. *A imputação...*, p. 36 - 37.

³⁶ *Ibidem*, p. 26.

³⁷ JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e da culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Mendes; Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 289.

³⁸ JAKOBS, Günther. *A imputação...*, p. 48.

³⁹ GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 48. Jakobs, por sua vez, acrescenta a possibilidade de uma *legitimação histórica* à permissibilidade do risco, nas hipóteses em que não seja possível a ponderação. Cfr.: JAKOBS, Günther. *Tratado...*, p. 288-291.

2.1 Excurso: o comportamento típico segundo Wolfgang Frisch

A doutrina de Wolfgang Frisch vai no sentido de propor algumas correções à clássica teoria da imputação objetiva, já que, ao seu ver, ela muito se ocupava da imputação do resultado e acabava por abstrair do escopo da tipicidade do próprio comportamento, plano no qual residiria a possibilidade de solução da maior parte dos casos problemáticos⁴⁰. A base da sua teoria do *comportamento típico* também residiria na ideia da *criação de um risco desaprovado*, o qual seria constatado através de uma perspectiva *ex ante*, para posteriormente, na *imputação do resultado*, ser aferido *ex post*⁴¹.

O juízo sobre o comportamento típico se fundamenta em dois planos, sendo um o jusfilosófico/constitucional e o outro, o jurídico-penal⁴². No primeiro deles, o autor parte da ideia de que cada vez que um bem jurídico é tutelado pelo Direito, resulta em uma limitação da liberdade de alguém, razão pela qual não se pode proibir todos os comportamentos que possam lesar bens jurídicos⁴³. Por isso, a restrição da liberdade de atuação só será legítima, caracterizando um comportamento contrário ao Direito, quando for um meio idôneo, necessário e adequado de proteção ao bem jurídico tutelado⁴⁴⁻⁴⁵.

Essa primeira ponderação é necessária, mas não é suficiente para a caracterização de um comportamento como típico, já que o direito penal é

⁴⁰ GRECO, Luís. Imputação Objetiva..., p. 131 - 142.

⁴¹ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo. - Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 47-82; 85 - 86.

⁴² GRECO, Luís. Imputação Objetiva..., p. 133 - 134.

⁴³ FRISCH, Wolfgang. Op. Cit., p. 89.

⁴⁴ GRECO, Luís. Imputação Objetiva..., p. 134.

⁴⁵ "...teniendo en cuenta el derecho, constitucionalmente consagrado, de la libertad de acción, la desaprobación de determinados comportamientos en virtud del riesgo inherente hacia determinados bienes (condiciones de existencia y de desarrollo) sólo se plantea allí donde es *adecuada y necesaria* para garantizar estos bienes. Además, la oportuna prohibición de determinados comportamientos, también en función de todo el sistema de valores constitucionales, tiene que poder ser calificada como medio proporcionado de proteger bienes, para lo que ha de cumplirse el postulado de la *proporcionalidad*: la desaprobación de determinados comportamientos tiene que ser proporcionada en consideración a la importancia del interés en la acción, y a los intereses en mantener y en la seguridad" (FRISCH, Wolfgang. Op. Cit., p. 89).

um protetor de bens jurídicos mediante uma pena. Por isso, demanda-se uma segunda ponderação, a jurídico-penal, analisando se a desaprovação penal é um meio idôneo, necessário e adequado de manter a validade da norma⁴⁶.

Apresentados seus fundamentos, o autor opta por concretiza-los em três grupos de casos em que o agente pode colocar bens jurídicos em perigo: as condutas que (A) *colocam o bem em perigo de maneira direta*, aquelas que (B) *possibilitam ou facilitam a autocolocação em perigo ou autotensões alheias* e aquelas que (C) *possibilitam, favorecem ou ocasionam atuações de terceiros em desfavor de bens jurídicos alheios*⁴⁷.

Na análise do primeiro grupo (A), consubstanciado nas situações em que o agente cria o risco de maneira direta, sem intermediação de terceiros ou da vítima – e.g. apunhalar uma pessoa ou atropelá-la⁴⁸ –, explica o autor que a aferição da tipicidade do comportamento é realizada da maneira já analisada: em dois planos, sendo o primeiro, a análise da idoneidade, adequação e necessidade da proibição da conduta em face da proteção de bens jurídicos, e o segundo, os mesmo critérios, mas em face da vigência da norma jurídica. Contudo, em alguns âmbitos existiriam normativas de *redução de riscos*, ou seja, normas “(pré) jurídico (penais)”, como é o caso do Código de Trânsito, das normas técnicas reguladoras de profissões, etc. Assim, a análise do risco permitido imporá uma diferenciação entre as condutas que são reguladas I) *pré-jurídico-penalmente*; II) *pré-juridicamente*; e aquelas que III) *não são reguladas juridicamente*⁴⁹.

A primeira hipótese (I) englobaria os comportamentos que já são objeto de normas jurídicas de redução de riscos, mas não penais – e.g. Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97). Segundo o autor, ainda quando observadas estas normas, existe a possibilidade de que a conduta seja arriscada para determinado bem. Este risco que permanece, mesmo

⁴⁶ Ibidem, p. 91-94.

⁴⁷ Ibidem, p. 101.

⁴⁸ Ibidem, p. 101.

⁴⁹ Ibidem, p. 105 – 106.

quando observadas as regras contidas nas normas não-penais, é o chamado *risco básico*, ou *risco residual*, que deverá ser tolerado, sob pena de tornar inócua a referida regulamentação⁵⁰. Assim, haverá, em regra, a criação de um risco desaprovado nas condutas que, de maneira evitável e verificável, criem ou aumentem um risco superior ao risco básico. Esta violação poderia se dar através do desrespeito às normas de redução de perigo ou da violação concreta da norma em abstrato - ou seja, dos motivos que fundamentam a norma escrita - ainda que em cumprimento das normativas de redução de riscos⁵¹.

Já o segundo grupo de casos (II) englobaria as condutas com regulamentações não jurídicas, tais como as *lex artis* de alguns setores e profissões, baseadas em normas técnicas de cunho empírico, transmitidas pela formação profissional e *standards* de conduta. Apesar de tais normas não possuírem aptidão para limitar a liberdade dos cidadãos, elas servem como base para que o direito penal o faça⁵². Ademais, por se tratarem de saber empírico aplicado, elas permitem um juízo de previsibilidade que, somado a um componente normativo adicional, torna a conduta desaprovada. Este componente se dá quando do sujeito atuante, ponderando os interesses contrapostos, se pode exigir a observância da regra para evitar o perigo criado por sua ação. Em outras palavras, se a norma houvesse sido respeitada, o perigo não teria sido criado⁵³.

O terceiro e último grupo de casos (III) englobaria as hipóteses em que se carece de qualquer tipo de regulamentação. A fundamentação para o juízo de tipicidade nestas hipóteses, também residirá na ideia do

⁵⁰ Ressalta-se que nem sempre haverá total coincidência entre a obediência das normas de redução de riscos e a não infração do risco básico. Por isso, caso se constate que, no caso concreto, a observância das regras contidas no referido ordenamento não é suficiente para evitar a criação de um risco claramente maior do que o risco básico, a conduta não poderá ser considerada permitida. Cfr.: *Ibidem*, p. 107-108. Um bom exemplo, ao nosso ver, é a hipotética situação em que um agente conduz seu veículo dentro dos limites de velocidade (e.g. 100km/h, em rodovia que prevê este limite) mas sem qualquer visibilidade, em razão de uma queimada que ocorre na vegetação ao lado.

⁵¹ *Ibidem*, p. 111.

⁵² *Ibidem*, p. 118 - 119.

⁵³ *Ibidem*, p. 119 - 120.

incremento evitável do risco básico tolerado⁵⁴, nos termos explicados supra quanto à ponderação dos interesses em jogo.

No que toca às condutas que (B) *possibilitam ou facilitam a autocolocação em perigo ou autolesões alheias*, trata-se de um grupo de casos composto por situações em que o agente, através de determinadas condutas, facilita ou possibilita a atuação da vítima em prejuízo de seus próprios bens jurídicos, como no exemplo clássico da pessoa que dá uma seringa para um usuário de drogas. A princípio, podemos observar que seria inviável e inadequada a desaprovação e proibição de todas as ações que favoreçam tais atuações da vítima, já que levaria a uma demasiada limitação da liberdade de ação. Desta forma, no mesmo sentido que Jakobs⁵⁵, Frisch sustenta a existência de um âmbito de responsabilidade exclusiva da vítima⁵⁶.

Surge neste ponto, o questionamento referente ao grau de responsabilidade da vítima que se coloca em risco – ou seja, sua capacidade de realizar um juízo valorativo sobre o dano ao bem jurídico – necessário para que se afaste a tipicidade do agente. Para o autor, é evidente que, quando inexistente esta capacidade, a proibição da conduta de quem facilita tal atuação será um meio adequado e necessário para a proteção do respectivo bem⁵⁷. Pense-se, por exemplo, na hipótese de alguém que empresta o seu veículo para pessoa que sabe não ter habilitação, ou então, que sabe estar alcoolizada. Situação diferente ocorreria quando houvesse responsabilidade por parte da vítima. Neste caso, independentemente do bem protegido ser disponível ou indisponível, interferir na liberdade de ação de um terceiro seria um meio inadequado de proteção de tal bem, além de um desrespeito para com a vontade da vítima⁵⁸. Por tal razão, não nos parece poder ser penalmente imputado o agente que empresta seu veículo

⁵⁴ Ibidem, p. 141.

⁵⁵ Analisaremos posteriormente, o entendimento de Jakobs a respeito da matéria. Cfr.: JAKOBS, Günther. *A imputação...*, p. 31.

⁵⁶ FRISCH, Wolfgang. Op. Cit., p. 169 - 170.

⁵⁷ Ibidem, p. 171 - 172.

⁵⁸ Ibidem, p. 173 - 176.

para um terceiro habilitado e em plenas condições de condução, que venha a falecer em razão de um acidente que ele mesmo dera causa.

Por fim, no que toca ao grupo de casos das condutas que (C) *possibilitam, favorecem ou ocasionam atuações de terceiros em desfavor de bens jurídicos alheios*, encontrar-se-iam englobadas as situações em que o agente, mediante uma ação ou omissão, viabiliza uma atuação de outrem em desfavor de um bem jurídico alheio. Um exemplo clássico seria o do sujeito que mantém uma arma de fogo guardada de maneira descuidada em sua residência, e seu vizinho, sabendo disso, a utiliza para matar seu desafeto.

Frisch destaca a complexidade deste grupo de casos, vez que, ao seu ver, qualquer objeto pode ser utilizado em determinadas hipóteses, para a prática de ilícitos, sendo inviável uma proibição geral destas condutas antecedentes, vez que implicaria em uma restrição desmensurada da liberdade das pessoas. De maneira semelhante, porém, ao que expusemos no grupo de casos anterior, há que se fazer a ressalva das hipóteses em que o terceiro atuante não seja responsável – e.g., se quem pega a arma é uma criança – ou então, naqueles casos em que seja possível a aferição de uma participação delitiva do agente que realiza a primeira conduta – e.g., sujeito que empresta seu veículo para a prática de um “racha”, no qual ele participa. As linhas gerais para a apreciação destes casos, portanto, seriam a mínima restrição da liberdade de ação dos agentes que criam de forma mediata o perigo, salvo as hipóteses em que i) ele seja garante da segurança do bem jurídico tutelado, ii) quando o agente imediato não for plenamente responsável por seus atos, ou iii) quando a conduta do agente mediato for passível de configurar participação delitiva⁵⁹.

Analisadas as premissas da teoria do *comportamento típico* em Wolfgang Frisch, restaria pendente o estudo do plano da *imputação do resultado*, qual seja, a análise do *nexo de causalidade* propriamente dito, acrescido do *nexo de realização do risco criado*, ambos aferidos a partir de uma perspectiva *ex post*. Uma vez, porém, que apesar de representar um

⁵⁹ FRISCH, Wolfgang. Op. Cit., p. 260-263.

grupo de casos mais enxuto do que na proposta de Roxin, não dista muito dela em seus fundamentos e critérios, optaremos por realizar este estudo de maneira conjunta, posteriormente à análise dos grupos de casos em que não haveria, em tese, a criação de um risco proibido.

2.2 Hipóteses em que não se configura a criação de um risco proibido

2.2.1 Conduta que não cria um risco

A primeira hipótese passível de exclusão da tipicidade pela teoria da imputação objetiva seria observada naqueles casos em que, a despeito da ocorrência de um eventual resultado danoso, não houvera, por parte do agente, a criação de um risco para o bem jurídico. Ou seja, apesar da existência de uma conduta e do preenchimento do nexó de causalidade entre ela e o resultado ocorrido, não se pode considerar que aquela, a luz de um juízo feito com base em um homem prudente⁶⁰, seja passível de criar um risco para o bem jurídico.

Alguns exemplos são comumente citados pela doutrina: um motorista trafega por uma rodovia durante um dia de chuva, respeitando as normas de trânsito e com a manutenção do veículo em dia. Apesar disso, perde o controle de direção ao passar sobre um lençol d'água e colide contra um motociclista que vinha em sentido contrário, ocasionando a morte deste. Outra hipótese seria a de um pedestre que adentra na frente de um veículo que seguia prudentemente por uma via e vem a óbito após ser atropelado⁶¹.

Em casos como os citados, observa-se que não houve a criação de um risco por parte do agente. Em ambos, os motoristas dirigiam de acordo

⁶⁰ O critério do homem prudente utiliza-se da figura do homem objetivo, cauteloso, para saber, sob uma perspectiva *ex ante*, se este, diante de uma conduta proibida, a praticaria de qualquer modo ou não. Cfr.: GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 65. A título exemplificativo, analisar-se-ia, por exemplo, se um homem prudente pararia em um sinal vermelho de uma grande cidade, às quatro horas da manhã, ou se, tendo-se em vista os decorrentes assaltos, se limitaria a olhar para os lados antes de passar, apesar de imposição ao contrário do código de trânsito.

⁶¹ Exemplos apresentados por: BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal de trânsito*. 3. ed. ampl., atual e rev. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 103-104.

com todas as normas de trânsito e seus veículos estavam em boas condições de manutenção. Se analisados, porém, sob um viés causalista, concluir-se-á que os agentes deram causa ao acidente. É o que explica criticamente Leonardo Schmitt de Bem, dizendo que ao adotar-se o processo de eliminação hipotético, se observaria que o resultado não teria ocorrido se a figura do agente fosse suprimida. Desta forma, a responsabilidade do condutor só seria excluída no âmbito do tipo subjetivo, pela falta de previsibilidade⁶². Por uma perspectiva finalista, por sua vez, se trataria de um “caso fortuito”, também passível de exclusão da tipicidade⁶³.

Observa-se que os casos aqui definidos como de inexistência da criação de um risco, são majoritariamente solucionados pela jurisprudência nacional através dos critérios supracitados ou, de maneira mais genérica, pela exclusão do tipo subjetivo “culpa”, conforme observamos no exemplificativo julgamento da Apelação Criminal 414.920- 4, pela 1ª. Câmara Criminal do TJPR⁶⁴. Apesar de o condutor ter sido acertadamente absolvido, a remessa da solução para o intrincado campo do tipo subjetivo é

⁶² Ibidem, p. 103-104.

⁶³ “Enfim, a força maior caracteriza-se pela inevitabilidade (embora previsível), e o caso fortuito, pela imprevisibilidade (embora evitável) do resultado danoso. Resulta, em outros termos, na seguinte equação: (i) força maior: inevitável; (ii) caso fortuito: imprevisível! Ora, tanto um fato inevitável (força maior) quanto um imprevisível (caso fortuito) não podem, desde o primeiro momento, ser considerados típicos. Se admitimos que sejam imputados a alguém, e deixamos, só num segundo momento, para afastar sua reprovabilidade (no âmbito da culpabilidade), isso, em outros termos, implicaria autêntica responsabilidade penal objetiva, incompatível com um Estado Democrático de Direito” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 502).

⁶⁴ APELAÇÃO CRIME - HOMICÍDIO CULPOSO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - AUSÊNCIA DE CULPA NA CONDUTA DO AGENTE - AÇÃO QUE SE CONSIDERA ATÍPICA, VEZ QUE AQUELA (CULPA) NÃO RESTOU INCONTESTÁVEL - PREVISIBILIDADE DO RESULTADO MORTE NÃO POSSÍVEL - CASO FORTUITO - PLEITO ABSOLUTÁRIO DEFERIDO - RECURSO PROVIDO. O que se põe no caso concreto é a ocorrência de um infortúnio, pois quando um motorista, profissional ou não, faz uma manobra de conversão não espera que poucos metros à frente uma pessoa esteja estendida no chão, fruto de um atropelamento. Além do que é completamente verossímil o fato de o motorista não ter escutado o rogo dos alunos que estavam no interior do veículo para que parasse. É evidente que dentro de um ônibus escolar cheio o que mais se escuta são gritos tendo em vista a algazarra que, costumeiramente, os alunos em idade escolar realizam quando se unem em grupo. Assim, diante de todas as provas coletadas nos autos, a saber, os depoimentos, o histórico funcional probo do réu, o croqui indicando a proximidade entre a curva e o albaramento havido instantes antes, claro está a ocorrência do fenômeno denominado como “infelicitas facti”. Consoante já asseverado de início não restou comprovada a culpa do réu, já que tendo olhado para os dois lados da avenida ao realizar a manobra de conversão à direita não viu que uma pessoa se encontrava no chão da avenida tentando se recobrar de um acidente havido pouco antes. Por óbvio que o resultado morte da vítima foi fruto do infortúnio. [...] Senso assim, consoante todo o arrazoado elaborado, vez que ausente esteve o elemento culpa e dolo da conduta do agente, por este motivo razão assiste ao apelante quanto ao pleito de absolvição. (TJPR. *Apelação Criminal n.º. 414.920- 4. 1ª. Câmara Criminal. Relator: Juiz Luiz Osório Moraes Panza. Data do julgamento: 25/10/2007. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acessado em 16 de julho de 2014).*

problemática e desnecessária, até mesmo porque, faria pressupor que a conduta em tela seria objetivamente típica, o que é um erro.

2.2.2 Diminuição do risco

Igualmente não serão típicas as condutas em que o agente, não apenas não piora a situação do bem jurídico, como ainda têm o potencial de melhorar sua situação, quando analisadas por uma perspectiva *ex ante*. São os casos de *diminuição do risco*⁶⁵, observados naquelas hipóteses em que haja a modificação do curso causal para a atenuação da situação de perigo ao bem protegido⁶⁶. Claus Roxin assevera que, apesar da possibilidade de resolução de tais situações no plano das excludentes de ilicitude, nomeadamente através do estado de necessidade, seria necessário, para tanto, pressupor que a ação que diminuiu o risco seria típica, o que seria errôneo⁶⁷.

Um possível exemplo de tais hipóteses seria o de determinado motorista de um ônibus, que ao perceber que não conseguiria frear a tempo de não colidir com a fila de carros congestionados a sua frente, joga o veículo para fora da pista, causando lesões corporais nos passageiros. Se por um lado, é certo o nexos de causalidade entre a conduta do motorista e as lesões dos passageiros, por outro, parece-nos indiscutível que a atuação do agente foi no sentido de diminuir um risco preexistente.

2.2.3 Risco permitido

Conforme já expusemos algumas vezes ao longo do trabalho, nem todas as condutas potencialmente arriscadas devem ser consideradas

⁶⁵ Luís Greco faz um importante adendo no caso em estudo, lembrando que não se pode confundir os casos de diminuição de um risco por aqueles em que este é substituído por outro. Segundo o autor: “A substituição de um risco por outro menor pode ser caso de estado de necessidade ou de consentimento presumido, mas não de exclusão do risco. Cfr.: GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 41-42.

⁶⁶ ROXIN, Claus. *Funcionalismo...*, p. 313.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 313-314.

proibidas, sob pena de inviabilização de vários setores e atividades. O próprio trânsito rodoviário, em razão dos perigos a ele inerentes, seria passível de proibição, algo impensável na configuração social hodierna. Desta feita e a título exemplificativo, ainda que seja de inegável periculosidade a conduta de dirigir a noite, sob forte chuva em estrada sinuosa e movimentada, trata-se de uma ação, a priori, permitida pelo ordenamento jurídico nacional, desde que respeitadas as normas de segurança.

Vale ressaltar, porém, que o juízo de (não)permissibilidade de um risco não se pauta tão somente no cumprimento ou não, das normas de determinado ordenamento jurídico, conforme já destacamos. Segundo Luís Greco, para além da existência e do conteúdo das normas de segurança do setor – tais como o Código de Trânsito -, outros parâmetros são importantes nesta avaliação, como o princípio da confiança e o “standard geral dos homens prudentes”⁶⁸.

Uma vez residindo no primeiro plano da prognose, a violação da norma de segurança é um forte indício de proibição do risco criado. Existem porém, exceções a serem admitidas no caso concreto, segundo a doutrina⁶⁹. Neste sentido, aliás, interessante é o precedente da 1ª. Câmara Criminal do TJMA, no julgamento da Apelação Criminal nº 28831/04. No caso, o Agente conduzia seu veículo em velocidade um pouco acima do permitido, quando fora surpreendido pela tentativa da Vítima de atravessar a rua, a qual adentrara na frente do veículo, fora atropelada e viera a óbito. Acatando o pleito defensivo, o Desembargador Relator considerou que o simples fato de o motorista ter desenvolvido velocidade um pouco acima do permitido não fora determinante para a ocorrência do sinistro, sendo que ele não podia contar com a conduta do pedestre de adentrar à sua frente. Sendo assim, da mera violação do CTB ao dirigir em velocidade acima da permitida, não pôde-se depreender a automática proibição do

⁶⁸ GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 46 - 65.

⁶⁹ Segundo Luís Greco, exemplos destas exceções (tanto de permissão, quanto de proibição do risco, a depender do cumprimento ou não do CTB) seriam o motorista que dirige em velocidade incompatível ou falando ao celular, mas em uma rua completamente deserta, ou o que dirige de acordo com as normas de trânsito, mas não freia, podendo fazê-lo, ao ver um pedestre que atravessava a rua. Cfr.: GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 55. Em sentido semelhante, com citações: BEM, Leonardo Schmitt. Op. Cit., p. 106-109.

risco criado, uma vez que estaria o agente albergado pelo princípio da confiança – a ser analisado⁷⁰.

O *princípio da confiança*⁷¹, por sua vez, é aquele que postula que ninguém será obrigado a pressupor um comportamento errôneo por parte de um terceiro, podendo confiar que ele se portará conforme às leis. Trata-se de um parâmetro fundamental para o regular funcionamento da sociedade, já que sem ele, seria impossível a realização de grande parte das atividades coletivas⁷². Assim sendo, a título de exemplificação, ao conduzir o seu veículo por uma via preferencial, pode o motorista confiar no fato de que ninguém tentará cruzá-la sem parar, mesmo que, na prática, isto acabe acontecendo às vezes. Da mesma forma, em um procedimento cirúrgico, o médico poderá exercer seu papel, confiando no fato de que o anestesista, a enfermeira e outros assistentes irão fazer seus trabalhos com competência.

Explica, porém, Jakobs, que a referida confiança não é absoluta, existindo situações em que ela não deve prevalecer, tais como com crianças ou outras pessoas perceptivelmente inimputáveis, para com as quais um motorista hipotético, por exemplo, não poderá atuar com uma justa expectativa de atuação racional. A confiança permitida deixará de existir nos casos em que falta ao terceiro, o conhecimento cognoscível das regras ou a possibilidade de obedecê-las, bem como naquelas hipóteses em que é tarefa do agente, compensar o comportamento incorreto de outras⁷³.

⁷⁰ TJMA. *Apelação Criminal nº 28831 – 2004*. 1ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Antonio Fernando Bayma Araujo. Data de Julgamento: 23/08/2007. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/>>. Acesso em 25 de dezembro de 2014.

⁷¹ Cumpre-nos destacar a importante ressalva feita por Flávia Siqueira, no sentido de que o princípio da confiança não encontra guarida tão somente nos mais diferentes modelos de imputação objetiva, sendo que até mesmo autores finalistas já reconheciam sua importância como um critério delimitador do dever de cuidado. Cfr. detalhadamente em: SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 155-177.

⁷² Günther Jakobs explica que: “Igualmente ao que ocorre com o risco permitido, também o princípio da confiança se manifesta em todos os âmbitos vitais, posto que praticamente em todas as partes cabe encontrar organizações em regime de divisões de tarefas. Neste sentido, pode ser que se trate de uma divisão muito intensa de trabalho – na equipe de cirurgiões, na cabine de um avião – ou, ao contrário, bem mais branda – assim, no tráfego viário, por exemplo, no que se refere à confiança em que o sujeito obrigado a respeitar a preferência efetivamente cederá a passagem. De qualquer modo, uma sociedade sem esse ponto de partida não é imaginável” (JAKOBS, Günther. *A imputação...*, p. 29).

⁷³ JAKOBS, Günther. *Tratado...*, p. 304.

No que tange à aplicação ou não do princípio da confiança, vale mencionar o HC 147.250-BA, julgado pela 6ª. Turma do STJ. No caso, relativo a um atropelamento, a vítima tinha apenas 12 anos de idade e fora comprovado que o motorista já a havia visto perambulando entre os carros estacionados, momentos antes do infortúnio. A Ministra Relatora, porém, considerou aplicável, no caso, o princípio da confiança e a autocolocação em perigo da própria vítima, trancando o processo penal⁷⁴. Ao nosso ver, ainda que a decisão de trancamento seja correta, o princípio da confiança não seria passível de aplicação em razão da idade da vítima. Trata-se de um instituto que comporta, dentre suas possíveis exceções, justamente as hipóteses em que não se possa confiar em uma completa racionalidade na atuação do terceiro, tais como crianças⁷⁵. Seriam as hipóteses conhecidas como de “confiança proibida”⁷⁶.

Foi neste sentido, aliás, o entendimento da 1ª. Câmara Criminal do TJPR, que no julgamento da Apelação Criminal nº 414.086-7, apesar de manter a absolvição do motorista, rechaçou a aplicação do princípio da confiança, por entender que aquele não poderia dirigir despreocupadamente quando percebe que há crianças jogando futebol na rua⁷⁷.

As hipóteses supracitadas não são, porém, as únicas possíveis exceções ao princípio da confiança. Conforme já mencionado, Luís Greco sustenta a existência de dois outros grupos de casos excepcionais, quais sejam, as situações em que há indícios concretos de que a vítima praticará um comportamento antijurídico, seja pela sua atuação no momento da ocorrência, ou pela habitualidade de tais comportamentos⁷⁸, e aquelas em

⁷⁴ STJ. *Habeas Corpus* n.º. 147.250 - BA. 6ª. Turma. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 04/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 03 de agosto de 2014.

⁷⁵ GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 60 - 62.

⁷⁶ BEM, Leonardo Schmitt de. Op. Cit., p. 114.

⁷⁷ TJPR. *Apelação Criminal n.º 414.086-7*. 1ª. Câmara Criminal. Relator: Juiz Luiz Osório Moraes Panza. Data de Julgamento: 23/08/2007. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em 29 de julho de 2014.

⁷⁸ Greco cita como exemplos os casos em que o agente perceber que a vítima continua a acelerar seu carro apesar de ver o sinal vermelho, bem como o fato de que, por experiência, não se pode contar com que alguém vá respeitar o semáforo após certo horário em cidades grandes. Cfr.: GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 61.

que o agente tem um dever especial de vigilância, tais como no caso de um instrutor de autoescola em relação ao seu aluno⁷⁹.

É importante salientar, que conforme se nota da explicação realizada supra, não constam dentre as exceções as hipóteses em que o próprio agente está atuando de maneira ilícita. Isto porque, ainda nestas situações, poderá estar ele albergado pelo princípio da confiança, a depender do caso. Imagine-se, por exemplo, que determinado condutor dirige em velocidade acima da permitida para o local, quando é surpreendido por um veículo realizando uma ultrapassagem em local proibido, fazendo com que ambos colidam. O fato de o primeiro estar acima do limite de velocidade não o inibe da possibilidade de confiar que ninguém realizará uma ultrapassagem proibida, não sendo possível, assim, considerar sua conduta como típica se do sinistro, viesse a decorrer a morte do segundo motorista. Leonardo Schmitt de Bem apresenta outro exemplo, no qual determinado motorista conduzia embriagado por uma via preferencial, quando fora surpreendido por um outro veículo que não respeita o sinal de parada obrigatória. Para o autor, estaria o primeiro motorista atuando de acordo com o princípio da confiança⁸⁰.

Para além das hipóteses mencionadas, Luís Greco assevera a necessidade de um instituto que viabilize uma espécie de “válvula de segurança” para aqueles casos em que, a despeito da violação da norma de cuidado, trata-se de uma situação em que nem mesmo os mais prudentes agentes respeitariam a norma em comento. Seria uma ponderação a luz do *standard de atuação de um homem prudente*⁸¹. Pense-se, por exemplo, na hipótese em que determinado motorista, sem perceber que a sua seta traseira estava queimada, faz uma conversão à esquerda e acaba sendo abalroado por um motociclista que não tinha condições de prever a conversão, causando nele lesões corporais. Ora, o art. 27 do CTB prevê expressamente que o motorista deverá sempre verificar a existência e as

⁷⁹ Ibidem, p. 61-62.

⁸⁰ BEM, Leonardo Schmitt. Op. Cit., p. 113.

⁸¹ GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 65.

boas condições dos equipamentos de uso obrigatório antes de colocar o veículo em circulação⁸². É certo, porém, que ressalvados casos excepcionais, nem mesmo o mais prudente dos motoristas realiza uma revisão geral em seu veículo antes de sair de casa para percorrer uma curta distância. Desta feita, ainda que nos pareça incontestável a sua responsabilidade civil, caso seja comprovado que o mesmo acionara a seta e esta não funcionara, não vislumbramos a tipicidade penal na conduta.

Alguns outros grupos de casos são apresentados pela doutrina, a partir de seus respectivos modelos de imputação objetiva, no sentido de delimitar as hipóteses de criação de riscos proibidos. A vastidão e diversidade dos modelos e suas respectivas propostas, porém, impediria uma análise exaustiva dos mesmos. Günther Jakobs, por exemplo, admite não haver imputação objetiva também nos casos de *proibição de regresso* e naqueles que se encontram no *âmbito de competência da própria vítima*.

Segundo o autor, a *proibição de regresso* mostra sua relevância naquelas hipóteses em que um sujeito assume com outro um vínculo que é considerado, a princípio, inofensivo, mas o qual o segundo incorpora em uma atividade não permitida. Imagine-se, a título de exemplificação, o escolástico caso do taxista que realiza uma corrida para determinado passageiro, mas vem a descobrir durante o percurso, que este irá a determinado local para a prática de um roubo. Para Jakobs, nestes casos, não haveria participação criminosa por parte do primeiro sujeito, graças à proibição de regresso⁸³. “Não há responsabilidade por crime comissivo de resultado quando uma conduta é causal em relação a um resultado típico somente porque um terceiro desvia as consequências da conduta – sem relação nenhuma com o agente – primeiramente para o prejuízo”⁸⁴.

⁸² “Art. 27. Antes de colocar o veículo em circulação nas vias públicas, o condutor deverá verificar a existência e as boas condições de funcionamento dos equipamentos de uso obrigatório, bem como assegurar-se da existência de combustível suficiente para chegar ao local de destino” (BRASIL. *Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997*: institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm>. Acesso em 05 de outubro de 2020).

⁸³JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva...*, p. 29.

⁸⁴JAKOBS, Günther. *Tratado...*, p. 308 - 309.

Por sua vez, no âmbito daqueles casos em que a vítima consente com, ou é obrigada a suportar o comportamento arriscado do agente⁸⁵, ou viola um dever de autoproteção, nas chamadas ações a próprio risco, temos o grupo de casos de *competência da vítima*. Segundo Jakobs, ela não poderia “assumir um contato social arriscado sem aceitar como fruto de seu comportamento as consequências que conforme um prognóstico objetivo são previsíveis”⁸⁶. Os exemplos clássicos relacionados aos objetivos do presente trabalho são os dos sujeitos que aceitam carona de determinada pessoa que sabem estar embriagada, ou então os que instigam, por qualquer razão, o motorista a exceder a velocidade permitida. Em ambas as hipóteses, em caso de ocorrência de um sinistro do qual adviesse o óbito daquele que aceitou a carona ou instigou o motorista, não poderia este último, segundo a presente proposta, ser responsabilizado pelo homicídio culposo.

2.3 Excurso: o Alcance do Tipo no modelo de Claus Roxin

Antes de adentrarmos no segundo plano da imputação objetiva, no qual seria aferido se o risco proibido criado por um agente, efetivamente se realizara no resultado, cumpre mencionarmos que alguns casos tratados por Jakobs como de *competência da própria vítima*, analisados anteriormente, são enfrentados por Roxin em um “terceiro plano” de seu modelo de imputação, denominado *alcance do tipo*. Segundo o autor, não haverá imputação quando “no caso concreto, o alcance do tipo, o fim de proteção da norma inscrita no tipo (ou seja, da proibição de matar, ferir, danificar etc.) não compreender resultados da espécie do ocorrido”. Em outras palavras, isto se observará “quando o tipo não for determinado a impedir acontecimentos de tal ordem”⁸⁷.

⁸⁵Jakobs exemplifica com o caso do agricultor que, para regar sua lavoura, que fica em uma ladeira, deixa escorrer água para o terreno de seu vizinho, que tem seus cultivos saciados. Do presente fato, observa-se, por óbvio, que o primeiro agricultor tem todo o direito de desligar seu sistema de irrigação, mesmo que prejudique o segundo, sem que seja responsável por nada. JAKOBS, Günther. *A imputação...*, p. 31.

⁸⁶ Ibidem, p. 32.

⁸⁷ ROXIN, Claus. *Funcionalismo...*, 2002. p. 352.

É neste plano que, segundo o autor, se solucionariam os grupos de casos de *contribuição em uma autocolocação em perigo da vítima* e de *heterocolocação em perigo consentida*. Imagine-se, a título de exemplificação do primeiro grupo, que determinado agente empresta seu veículo para uma pessoa, a qual realiza manobras perigosas e vem a se acidentar. Neste caso, a própria vítima, conhecendo o risco ao qual se submete, se “autocoloca” nessa situação, não sendo possível a atribuição de responsabilidade ao proprietário do veículo pelas lesões que ela vier a sofrer. Para esta solução, porém, é importante que a vítima tenha o mesmo nível de conhecimento sobre os riscos que o outro agente. Se este, por exemplo, sabe que seu veículo está com problemas técnicos, fato desconhecido pela vítima, não poderemos falar em autocolocação em perigo⁸⁸. Da mesma forma, é crucial que a vítima seja considerada “responsável” – com base nos critérios da culpabilidade ou dos da capacidade de consentimento – para que seja a hipótese enquadrável nesta categoria⁸⁹. Segundo Luís Greco, a não responsabilização do autor nestas hipóteses teria como fundamento o respeito à decisão responsável da vítima, de praticar ações perigosas para si, ou seja, no princípio da autorresponsabilidade⁹⁰.

O exemplo da pessoa que falece ou se lesiona em acidente quando aceitou carona com motorista que sabia estar embriagado, se enquadraria no grupo de casos da *heterocolocação em perigo consentida*, quando não há domínio da ação por parte da vítima, mas ela “consente” em participar de uma conduta perigosa levada a cabo por terceiro. Apesar da aparente possibilidade de resolução destes casos a partir dos princípios do consentimento, tratar-se-ia de um equívoco, conforme explica Luís Greco, haja vista que, para se considerar que a vítima “consentiu”, ela deverá ter aceitado não apenas a ação perigosa, mas também o resultado danoso, o que dificilmente será observado nos casos concretos⁹¹. Em outras palavras, nos

⁸⁸ Neste sentido: ROXIN, Claus. *Funcionalismo...*, p. 360.

⁸⁹ GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 69 – 70.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 66-69.

⁹¹ *Ibidem*, p. 70 – 75.

casos aqui analisados, a vítima aceita participar em uma situação perigosa criada por terceiro, mas não consente com sua morte ou com as lesões derivadas de um acidente, razão pela qual seria uma hipótese de *heterocolocação em perigo consentida* – excludente da tipicidade - e não do clássico *consentimento da vítima* - apto a excluir a ilicitude da conduta.

Para Roxin, haverá exclusão da imputação sempre que a heterocolocação em perigo equivaler, em todos os sentidos relevantes, a uma autocolocação em perigo. Para isso, devem ocorrer simultaneamente os seguintes pressupostos: o dano terá de ser consequência do risco corrido e não de fatores adicionais; o sujeito posto em perigo terá de ter a mesma responsabilidade pela atuação que a pessoa criadora do risco; e a vítima terá de ter total consciência do perigo, na mesma medida que o agente⁹².

Vale ressaltar porém, que apesar da sua notável importância no plano dos crimes de trânsito, a clássica categoria do alcance do tipo proposta por Roxin foi perdendo sua relevância prática, vez que os casos nela inseridos poderiam ser já solucionados na analisada ideia da necessária ponderação a ser feita no plano da permissibilidade ou não, do risco criado pelo agente. Ora, sendo a vítima uma pessoa responsável e detentora de conhecimento acerca dos riscos aos quais se expõe, a proibição – e eventual responsabilização, em caso de violação – de todas as condutas passíveis de colaborar com esta criação representaria uma limitação desmensurada no âmbito de liberdades dos agentes⁹³.

Ainda que de maior dificuldade no plano da concreta ponderação, nos parece, a princípio, serem passíveis de idêntica solução, alguns casos de *heterocolocação em perigo consentida*. Tratam-se de hipóteses certamente

⁹² Explica o autor: “Según las valoraciones en que se basa la ley, ese no es el caso cuando la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste equivale en todos los aspectos a una autopuesta en peligro. Tal equiparación no es posible con carácter general, porque aquel que se deja poner en peligro está más expuesto a lo que suceda que quien se pone a sí mismo en peligro, que puede intentar dominar los peligros con sus propias fuerzas. Sin embargo, parece adecuada la equiparación bajo dos presupuestos: En primer lugar, el daño ha de ser la consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales, y el sujeto puesto en peligro ha de tener la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro. Y además aquél, al igual que ya sucede en la autopuesta en peligro, ha de ser consciente del riesgo en la misma medida que quien le pone en peligro. Si se dan estos dos presupuestos, habrá “asumido” el riesgo” (ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, p. 395).

⁹³ Neste sentido: FRISCH, Wolfgang. Op. Cit., p. 169 - 170.

limítrofes e mais delicadas, já que o domínio causal da situação encontra-se com o terceiro, se limitando a vítima a com ela consentir. Se por um lado é certo que a vida – assim como alguns outros interesses – é indisponível, por outro, aqui não se está dispondo da própria vida, em situação análoga a de um auxílio ao suicídio, por exemplo, já que nenhum dos agentes quer ou sequer aceita a violação do bem jurídico em questão, não havendo, portanto, disposição. O que haveria, no caso, seria o respeito à decisão consciente e voluntária da vítima, de participar – e até mesmo, em algumas hipóteses, de incentivar – uma situação arriscada criada por um terceiro, sendo que o resultado danoso – previsível, mas não aceito por qualquer um deles – poderia ter atingido qualquer dos agentes. Parece-nos evidente, porém, que a possibilidade de exclusão da imputação nestes casos deverá ser apreciada caso a caso, analisando principalmente a atuação da própria vítima, não sendo possível afirmar de pronto que todas as hipóteses de heterocolocação em perigo consentida seriam atípicas.

Na jurisprudência nacional, observamos grandes dificuldades dos tribunais na aplicação dos conceitos referentes ao alcance do tipo, ocorrendo, por exemplo, confusão entre os casos de autocolocação e heterocolocação em perigo. A título exemplificativo, observa-se a Apelação Criminal nº 16708, julgada pela 2ª. Câmara Criminal do TJMS. No caso, o Acusado e a Vítima se dirigiram a um bar para o consumo de bebidas alcoólicas e no retorno, esta última se sentou no paralamas do trator conduzido pelo primeiro. Em determinado momento, ao passar sobre um buraco na pista, a Vítima se desequilibrou, caiu e foi atropelada, falecendo em razão do ocorrido. Divergindo dos votos do Relator e do Revisor, o 2º Vogal se manifestou pela absolvição do acusado, pois ao seu ver, houve “autocolocação consentida” [sic] em perigo, da própria vítima⁹⁴.

Observa-se contudo, que uma das diferenças primordiais entre as hipóteses de *autocolocação em perigo pela vítima* e a *heterocolocação em*

⁹⁴ TJMS. *Apelação Criminal nº. 16708*. 2ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Data de Julgamento: 09/07/2012. Voto do 2º. Vogal, Des. Ruy Celso Barbosa Forense. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjosg/>>. Acesso em 03 de agosto de 2014.

perigo consentida reside justamente no domínio do fato. Ou seja, para que se caracterizasse a primeira, conforme entendeu o Desembargador Vogal, a Vítima precisaria estar no controle da situação e ter total consciência do risco. No caso em tela, contudo, entendemos que quem criou o risco proibido fora o motorista, que estaria dirigindo embriagado e teria permitido que seu passageiro se sentasse sobre o paralamas. Vale lembrar que o Código de Trânsito Brasileiro, em seu Artigo 28, dispõe que o condutor deverá ter, a todo momento, controle sobre o seu veículo, o que inclui, a nosso ver, o respeito das normas de circulação por parte de seus acompanhantes.

Essa discussão, contudo, é meramente acadêmica, já que, mesmo que consideremos o caso em estudo como uma heterocolocação em perigo consentida, a tipicidade objetiva estaria excluída, já que os requisitos para tal estariam preenchidos. O resultado foi consequência do risco criado pelo agente, a vítima tinha total consciência deste risco, conforme comprovado nos autos, e ambos tinham controle da situação, já que este último poderia ter saído do paralamas se quisesse. De tal modo, concordamos com o voto do Desembargador vogal, discordando apenas de seus fundamentos.

Outra hipótese de possível aplicação dos conceitos aqui analisados é a dos “rachas” dos quais decorra como vítima, algum de seus participantes. Destaca-se que a jurisprudência nacional ainda é bastante conflitante nestes casos, centrando, muitas vezes, a discussão, em torno do tipo subjetivo. Neste sentido, observa-se a Apelação Criminal nº 900000177200826, julgada pela 5ª. Câmara Criminal do TJSP. No caso, conforme consta no acórdão, o Acusado estaria praticando um “racha” com outro veículo, onde estavam as duas vítimas, quando veio a colidir lateralmente com este, levando estas duas a óbito. Concordamos com o Desembargador Relator quanto ao fato de que, considerar no caso que a culpa foi exclusivamente da vítima, levaria à chamada “compensação de

culpas”, inadmissível no direito penal pátrio⁹⁵. Contudo, ao nosso ver, a situação em estudo já se resolveria no âmbito do tipo objetivo, vez que se trataria de uma *autocolocação em perigo/heterocolocação em perigo consentida*, a depender de se a Vítima era condutor ou passageiro. Ora, ao se colocar em uma situação perigosa, mesmo que com incentivo ou participação de outrem, este terceiro não poderá ser responsabilizado caso o perigo se concretize em um resultado danoso, já que a vítima tomou uma decisão consciente e voluntária.

Ainda dentro do alcance do tipo, encontramos o ainda pouco desenvolvido grupo de casos em que existe um “comportamento indevido posterior de um terceiro”⁹⁶, também chamado de “atribuição ao âmbito de responsabilidade alheio”⁹⁷. Imagine-se, por exemplo, o hipotético caso de um caminhão que é abordado por policiais em uma fiscalização de rotina, e que estaciona seu veículo em local não apropriado e mal sinalizado, mas que lhe havia sido indicado pelos próprios policiais. Em razão da parca sinalização e luminosidade, um outro caminhão que seguia pela estrada se confunde com a situação e acaba por colidir com o caminhão estacionado e com a viatura policial, acidente do qual decorrem vítimas fatais. Em caso parecido, citado por Roxin, o *BGH* considerou haver homicídio culposo por parte do condutor que desrespeitou as normas de trânsito, o que seria, ao seu ver, equivocado⁹⁸. “A partir do momento em que a polícia assumiu a segurança do tráfego, o acontecimento caiu em seu âmbito de responsabilidade e não pode mais ser imputado a A”⁹⁹. Desta forma, estaria excluída a imputação do agente quando, a partir de determinado momento, certos

⁹⁵ TJSP. *Apelação Criminal n.º. 900000177200826*. 5ª. Câmara de Direito Criminal. Relator: Des. Tristão Ribeiro. Data de Julgamento: 15/11/2011. Data de Publicação: 15/12/2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/open.do>>. Acesso em 04 de agosto de 2014.

⁹⁶ GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 115.

⁹⁷ ROXIN, Claus. *Funcionalismo...*, p. 375.

⁹⁸ “Exemplo (BGHSt 4, 360): Apesar da escuridão, A conduz seu caminhão sem luzes traseiras. Uma patrulha policial o pára e o adverte. Como medida de proteção contra veículos que possam vir, um policial põe uma lanterna de luz vermelha na pista. O policial instruiu a A que dirija até o próximo posto de gasolina; o carro da patrulha irá logo atrás, protegendo o caminhão não iluminado. O policial retira a lanterna da pista antes de A partir. Em decorrência disso, um segundo caminhão vai de encontro ao caminhão não iluminado, num acidente em que falece o passageiro do segundo caminhão” (Ibidem, p. 376).

⁹⁹ Ibidem, p. 376.

profissionais (como policiais, bombeiros...) estiverem no comando da situação¹⁰⁰.

Nos dias atuais, esta discussão pode ganhar contornos ainda maiores, no que diz respeito a que tipo de profissionais atrairia para seu âmbito de responsabilidade tais ocorrências. Temos por exemplo, em rodovias privatizadas, a presença de funcionários da própria concessionária que assumem a organização do tráfego e o socorro das vítimas em casos de acidentes. Imagine-se, por exemplo, que um motorista cause negligentemente um acidente, que ocasiona o bloqueio total da pista. Rapidamente, os funcionários da concessionária chegam ao local e sinalizam a ocorrência, mas o fazem a uma distância insuficiente do acidente. Em razão disso, um “bitrem” carregado não consegue frear a tempo e colide com os veículos acidentados e com outros que aguardavam a liberação da pista. Haveria, neste último caso, afastamento da imputação do agente que dera causa ao primeiro acidente, quanto ao segundo, em face do âmbito de responsabilidade dos profissionais que assumiram a ocorrência? Ou tendo ele dado causa à situação inicial, da qual indiretamente decorrera a segunda ocorrência, ser-lhe-ia imputável também o segundo resultado? A primeira solução nos parece se impor, em razão das considerações que exporemos no próximo tópico, no plano da imputação do resultado. A jurisprudência nacional, contudo, ainda não oferece conclusões a respeito deste assunto.

2.4 Da imputação do resultado (ou realização do risco no resultado)

Não basta a criação de um risco não permitido para que haja a imputação objetiva, sendo necessário que o risco criado tenha se concretizado no resultado, para que possa se falar em delito consumado. Na sua ausência, haverá, se muito, punição por tentativa, quando cabível¹⁰¹. Segundo Roxin, não haverá responsabilização do agente quando, apesar de criado

¹⁰⁰ Nestes termos, explica o autor: “La ratio de la exclusión de la imputación en estos casos estriba en que determinados profesionales, dentro del marco de su competencia respecto de la eliminación y vigilancia de fuentes de peligro, son competentes de tal modo que los extraños no tienen que entrometerse” (ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, p. 399).

¹⁰¹ GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 91.

um risco proibido, o resultado não for decorrente desta ação, mas sim um fruto do acaso, tal como nas hipóteses de cursos causais imprevisíveis, que acabam por ocasionar o resultado¹⁰². O caso de escola é o de uma pessoa que sobrevive a um acontecimento anterior – tal como uma tentativa de homicídio ou até mesmo um acidente rodoviário – mas vem a falecer em decorrência de um fato posterior, tal como um acidente com a ambulância ou um incêndio no hospital¹⁰³.

Na análise da imputação do resultado, dois juízos devem ser realizados: o do *nexo de realização entre o risco criado e o resultado* e o do *nexo causal* propriamente dito¹⁰⁴. É por isso, aliás, que conforme muito bem salienta Greco, não se pode falar que a teoria da imputação objetiva substitui o nexo causal ou dele prescinde¹⁰⁵. De maneira bem clara, a teoria da imputação objetiva acrescenta requisitos adicionais, não abrindo mão do nexo de causalidade. Inexistindo relação causal, inexistirá também, segundo Frisch, uma perturbação da paz jurídica que enseja a aplicação de uma pena ao autor¹⁰⁶.

O *nexo de realização do risco no resultado*, por sua vez, é aferível a partir de um juízo *ex post* do ocorrido. Muda-se, portanto, de perspectiva, analisando se, no momento do juízo e na perspectiva do observador, pode se considerar que o resultado desvalioso ocorrido é de fato, uma concretização do risco criado pelo autor¹⁰⁷⁻¹⁰⁸.

¹⁰² ROXIN, Claus. *Funcionalismo...*, p. 327.

¹⁰³ Neste sentido: *Ibidem*, p. 327 – 328.

¹⁰⁴ Neste sentido: GRECO, Luís. *Imputação...*, p. 140.

¹⁰⁵ GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 91. Neste sentido, também Chaves Camargo: “Advirta-se, com firmeza, que não se trata de uma teoria da relação de causalidade, como, inadvertidamente, muitos imaginam. A causalidade continua sendo levada em consideração, no geral, através da teoria da equivalência das condições, apenas como comprovação da existência de um fato” (CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. p. 17).

¹⁰⁶ FRISCH, Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 551.

¹⁰⁷ FRISCH, Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 550.

¹⁰⁸ De maneira muito didática, quanto à perspectiva de Frisch, explica Luís Greco: “Enquanto autores como ROXIN e sua escola aqui distinguem vários grupos de casos, como a falta de previsibilidade, resultados alheios ao fim de proteção da norma, sem que se possa falar em uma fórmula genérica, ou outros como JAKOBS e PUPPE, trabalham com a ideia da explicação (o risco não permitido deve explicar o resultado), FRISCH despreza qualquer fórmula. Para ele, no plano da realização do risco, basta operar uma *mudança de perspectiva, da ex ante para a ex post*. Isto é: basta perguntar se, *ex post*, o que realmente ocorreu foi aquele risco *ex ante* criado, se o curso causal ocorrido era um daqueles que a norma tinha por finalidade evitar”. (GRECO, Luís. *Imputação...*, p. 140-141).

Ora, na esteira do modelo proposto por Wolfgang Frisch, sendo já passíveis de resolução no plano do *comportamento típico*, muitas das situações que a doutrina tradicional remete à *imputação do resultado*, esta última se mostra uma categoria bastante enxuta na proposta em comento, abstraindo-se, por exemplo, da distinção entre diversos grupos de casos, tal como o faz Roxin¹⁰⁹.

A despeito de qualquer juízo de valor quanto a qual proposta nos parece mais acertada, mister se faz uma breve análise das hipóteses em que não poderíamos falar em realização do risco no resultado, segundo estes modelos tradicionais. Imagine-se, a título de exemplificação, que determinado motorista conduz seu veículo de maneira imprudente, acima da velocidade e realizando manobras perigosas – fatos testemunhados por diversas pessoas – mas que reduz rapidamente a velocidade para cruzar uma esquina, quando é surpreendido por um ciclista que entra repentinamente na frente do veículo, com ele colidindo e o levando a óbito. Poderia se falar em imputação deste resultado ao motorista?

É interessante observar que a partir da clássica teoria da equivalência das condições, há que se considerar que o desrespeito anterior às normas de segurança foram causa do infortúnio, uma vez que, caso o condutor não houvesse conduzido anteriormente acima dos limites de velocidade, não estaria na esquina no momento do acidente. Uma vez que houvera um desrespeito às normas objetivas de cuidado, o tipo subjetivo de injusto também não nos parece conduzir a uma solução diferente do que a responsabilização do motorista. Contudo, a teoria da imputação objetiva trabalha aqui com a ideia do *fim de proteção da norma*, expressando a noção de que “só haverá realização do risco se a proibição da conduta for justificada para evitar a lesão de determinado bem jurídico por meio de determinado curso causal, os quais venham efetivamente a ocorrer”¹¹⁰.

No caso supracitado, o fim de proteção da norma de cuidado que impõe o respeito aos limites de velocidade e às demais regras de condução é

¹⁰⁹ Vide nota 108.

¹¹⁰ GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 99.

o de evitar eventuais lesões aos bens jurídicos das pessoas que se encontram naquele momento, nas proximidades do veículo, e não o de evitar futuras ocorrências, quando o condutor já estiver dirigindo de maneira lícita¹¹¹.

Um outro exemplo fictício seria o de um motorista que realiza uma ultrapassagem proibida em uma curva, sendo surpreendido, porém, após concluir a manobra, por um ciclista que adentra em baixa velocidade na pista de rolamento, atropelando-o. No caso, é certo que o fim de proteção da norma que proíbe essa espécie de ultrapassagem é o de evitar acidentes, mas tão somente aqueles que sejam decorrência direta da manobra arriscada. Na situação em comento, o atropelamento se dá em momento um pouco posterior, quando o veículo já havia concluído a manobra proibida, estando este infortúnio fora do fim de proteção da norma de cuidado.

Um segundo grupo de casos seria o das chamadas *condutas alternativas conforme ao direito*, que englobam situações em que não se há certeza se um hipotético comportamento lícito do agente seria capaz de evitar o resultado danoso¹¹². O caso de cátedra que ilustra essas situações é o seguinte:

Exemplo (BGHSt 11, 1): O motorista de um caminhão deseja ultrapassar um ciclista, mas o faz a 75 cm de distância, não respeitando a distância mínima ordenada. Durante a ultrapassagem, o ciclista, que está bastante bêbado, em virtude de uma reação de curto circuito decorrente da alcoolização, move a bicicleta para a esquerda, caindo sob os pneus traseiros da carga do caminhão. Verifica-se que o resultado também teria provavelmente (variante: possivelmente) ocorrido, ainda que tivesse sido respeitada a distância mínima exigida pela Ordenação de Trânsito (Straßenverkehrsordnung)¹¹³.

O *BGH* solucionou este caso através da chamada “teoria da evitabilidade”, segundo a qual a punição pelo delito consumado só se justificaria

¹¹¹ BEM, Leonardo Schmitt de. Op. Cit., p. 118-119. No mesmo sentido: GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 102-103.

¹¹² Cfr. detalhadamente: BEM, Leonardo Schmitt de. Op. Cit., p. 121-123; ROXIN, Claus. *Funcionalismo...*, p. 338 – 348; GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 118 e ss.

¹¹³ ROXIN, Claus. *Funcionalismo...*, p. 338.

caso o agente não só tivesse causado o resultado através de um comportamento ilícito, mas também se, sem sobra de dúvidas, um comportamento lícito tivesse evitado o ocorrido. Se não houver certeza a respeito deste último requisito, aplicar-se-á o princípio do *in dúbio pro reo* e será considerado ausente o desvalor do resultado¹¹⁴.

Discordando desta solução, Roxin desenvolveu a “teoria do aumento do risco”¹¹⁵, segundo a qual, deverá ser imputado o resultado ao agente, já que, mesmo que não haja certeza se um comportamento alternativo conforme o direito evitaria o resultado, a violação da distância mínima permitida certamente aumentou de maneira significativa a probabilidade de ocorrência do acidente¹¹⁶. Explica, porém, o autor, que o dilema que se busca solucionar com esta proposição é tão somente o dos casos em que não há certeza sobre se um comportamento conforme ao direito salvaria ou não a vítima, pois quando há certeza de que não o faria, a imputação deve de pronto ser excluída, já que, do contrário, o agente estaria sendo punido por uma violação de dever cujo cumprimento seria inútil¹¹⁷⁻¹¹⁸.

Na jurisprudência nacional, ainda são escassos os casos de aplicação destas teorias para a exclusão da imputação do resultado. No julgamento da Apelação Criminal 558.987-9, a 1ª. Câmara Criminal do TJPR absolveu o Acusado em questão, aplicando o *in dúbio pro reo*. No caso, um tratorista regava um canteiro central, conduzindo em velocidade baixíssima e sem maiores sinalizações, quando um motociclista colidira com sua traseira e viera a óbito. O Relator considerou a inexistência de provas contundentes

¹¹⁴ Cfr.: JAKOBS, Günther. *A imputação...*, p. 92 - 93; GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 119-120.

¹¹⁵ ROXIN, Claus. *Funcionalismo...*, p. 339 - 340.

¹¹⁶ O autor rebate o argumento de que tal pensamento transformaria o delito de lesão em delito de perigo: “*Esta objeción es incorrecta, ya que la imputación de un resultado al tipo objetivo siempre se produce solamente mediante una puesta en peligro creada por el autor. La diferencia entre delitos de lesión y de peligro radica sólo en que en los delitos de lesión el peligro no permitido se realiza en un resultado lesivo típico, mientras que en los delitos de peligro el peligro sólo se realiza en un resultado de puesta en peligro que se determina según diversas exigencias*”. (ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, p. 381).

¹¹⁷ ROXIN, Claus. *Funcionalismo...*, p. 332 - 338.

¹¹⁸ Leonardo de Bem destaca a possibilidade de aplicação, no ordenamento jurídico brasileiro, do Artigo 132 do Código Penal, que trata da exposição da vida de outrem em perigo. Explica que se trata de um delito subsidiário, no qual “nem a conduta imprudente seria relegada a plano secundário, nem o bem jurídico ficaria desprotegido, pois o princípio *in dúbio pro reo* não seria valorado demasiadamente” (BEM, Leonardo Schmitt de. Op. Cit., p. 123).

sobre se, ao conduzir em velocidade superior e com a devida sinalização, teria o tratorista evitado possíveis colisões traseiras¹¹⁹.

Interessante também, é o caso apreciado na Apelação Criminal 00571310820098120001, julgado pela 2ª. Câmara Criminal do TJMS¹²⁰. Conforme consta do acórdão, um veículo “F1” trafegava em uma via preferencial, em comprovada velocidade excessiva, quando outro veículo “F2” tentou realizar o cruzamento daquela, situação na qual os dois veículos se chocaram, o que causou a morte de um dos passageiros e lesões corporais em outro. Ambos os motoristas foram Acusados pelos delitos tipificados pelos Artigos 302 e 303 CTB, em concurso formal. O motorista de F1 fora condenado, tendo-se em vista o fato de que a excessiva velocidade fora comprovada pela perícia e por provas testemunhais. Com relação à motorista de F2, não se conseguiu comprovar que ela tenha desrespeitado a via preferencial, motivo pelo qual houve a absolvição.

Observa-se que na fundamentação utilizada, tanto pelos julgadores, quanto pelos defensores, foram aplicados os institutos da teoria imputação objetiva. Primeiramente, em sua defesa, o condutor de F1 alegou que, pelo *princípio da confiança*, ele não poderia esperar que F2 adentrasse na via preferencial sem respeitar a sinalização de parada obrigatória, além do que, segundo ele, houvera *autocolocação das vítimas em perigo*, pois elas estariam sem o cinto de segurança. No acórdão, o julgador considerou que o F1 criou um *risco não permitido* ao exceder a velocidade compatível com o local, o que resultou no acidente.

De fato, parece-nos evidente que, ao trafegar em velocidade excessiva, o condutor de F1 criou um risco para o bem jurídico em questão. Se for verdadeira, porém, a versão por ele apresentada, de que F2 desrespeitara a parada obrigatória, terá cabimento o princípio da confiança. Como não fora, porém, comprovado tal fato, resta prejudicada essa aplicação.

¹¹⁹ TJPR. *Apelação Criminal nº 558.987-9*. 1ª. Câmara Criminal. Relator: Juiz Luiz Osório Moraes Panza. Data de Julgamento: 13/08/2009. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em 31 de julho de 2014.

¹²⁰ TJMS. *Apelação Criminal nº 00571310820098120001*. 2ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Data de Julgamento: 04/08/2014. Data de Publicação: 13/11/2014. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjsg/consultaSimples.do>>. Acesso em 25/12/2014.

Na análise da *realização do risco no resultado*, por sua vez, observamos um típico caso de *conduta alternativa conforme ao direito*, onde deve ser feita a seguinte pergunta: “se o agente não estivesse em velocidade superior à permitida, o acidente teria sido evitado?” Na esteira de Claus Roxin, considerar-se-ia que o agente aumentou as chances de ocorrência de acidente ao dirigir acima da velocidade, razão pela qual se deveria considerar que o resultado é sim, consequência do risco criado¹²¹. Seguindo a linha de Jakobs e de Frisch, contudo, aplicar-se-ia o *in dubio pro reo*, por não haver certeza sobre se uma conduta conforme ao direito salvaria as vítimas¹²². Ao nosso ver, uma vez que fora constatado na perícia técnica, que um dos motivos causadores do ocorrido fora justamente a alta velocidade de F1, poderemos depreender que, caso este estivesse em velocidade compatível, o acidente teria sido evitado.

O ponto mais controverso do caso, porém, reside na possível exclusão da imputação objetiva pelo fato de as Vítimas estarem, supostamente, de maneira irregular no veículo, estando uma delas sem o cinto de segurança e outra em local inadequado. Vale ressaltar, que estes fatos não foram comprovados. A título argumentativo, porém, destaca-se que não se trataria de uma *autocolocação em perigo*, mas sim, de uma *heterocolocação em perigo consentida*, uma vez que o motorista é o responsável pelo respeito às normas de conduta por parte de seus passageiros, o que se depreende do já mencionado Art. 28 do CTB. Isto quer dizer que é a condutora de F2 que criara o risco para os seus passageiros, mas de maneira consentida por eles, ao permitir que eles andassem sem o cinto de segurança ou de maneira inadequada em seu veículo.

De todo modo, restaria, ao nosso ver, afastada tal possibilidade, pois um dos requisitos para a configuração da *heterocolocação em perigo* é onexo direto entre o risco consentido e o resultado. Em outras palavras, o resultado deve decorrer do risco para o qual a vítima consentiu e não de

¹²¹ Cfr.: ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, p. 379 - 385.

¹²² Cfr.: JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción: Joaquín Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 285 - 288; FRISCH, Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 569-578.

fatores adicionais. No caso em questão, presenciamos diversos deles, como a velocidade excessiva de F1 e um possível desrespeito da sinalização de parada obrigatória por parte de F2, motivo pelo qual não se poderia falar em *heterocolocação em perigo consentida*.

Desta forma, sob o viés da teoria da imputação objetiva, podemos concluir que a condenação do motorista de F1 se dera, ao menos sob o viés do tipo objetivo, pela falta de comprovação do desrespeito, por parte de F2, da parada obrigatória, pois, caso este comprovasse o alegado, seria aplicável ao caso, em nossa opinião, o *princípio da confiança*, afastando a tipicidade da conduta. Com relação à motorista de F2, caso fosse comprovado seu desrespeito à via preferencial, seria inafastável a consideração da violação a uma *regra pré-jurídico-penal*, ultrapassando o *risco básico* ao violar o Art. 208 do CTB¹²³. Ora, uma vez criado o risco proibido e sendo indiscutíveis, ao nosso ver, o nexos causal e o nexos de realização do risco no resultado, parece-nos não socorrer à ela, a teoria da imputação objetiva, devendo ser considerada típica sua conduta – caso, é claro, fosse comprovado o seu desrespeito à parada obrigatória, o que não nos parece ter sido o caso.

2.5 Conclusões provisionais

Conforme observamos até aqui, os diversos modelos de imputação objetiva mostram-se muito produtivos nos crimes de trânsito, neles residindo boa parte das proposições doutrinárias e aplicações jurisprudenciais. Parece-nos indiscutível, porém, que os tribunais nacionais ainda resistem à aplicação da teoria, insistindo na tentativa de resolução destes casos problemáticos no plano do tipo subjetivo.

Vale ressaltar que, ao nosso ver, não mais pode subsistir o argumento de que a teoria da imputação objetiva não seria compatível com o direito

¹²³ “Art. 208. Avançar o sinal vermelho do semáforo ou o de parada obrigatória: Infração – gravíssima; Penalidade – multa” (BRASIL. *Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997*: institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm>. Acesso em 05 de outubro de 2020).

penal pátrio. O Art. 13, *caput*, e §1º, CP¹²⁴, ao consagrar a adoção da *teoria da equivalência das condições*, admite a causalidade como um dos necessários requisitos do tipo objetivo, mas não necessariamente o único, sendo condição necessária mas não suficiente para a imputação¹²⁵⁻¹²⁶. Ora, conforme leciona Figueiredo Dias, a causalidade naturalística seria apenas o limite máximo da imputação penal, devendo existir limitações jurídicas a ela, a fim de decidir se a imputação alcançará este patamar mais alto ou ficará aquém dele. Tal limitação deverá ser feita através de uma teoria da imputação objetiva¹²⁷.

Conforme assevera Luís Greco, o que o §1º do referido Artigo faz, ao dispor sobre as “causas relativamente independentes”, nada mais é do que estabelecer uma restrição à regra da *condictio sine qua non*, reconhecendo expressamente a insuficiência da causalidade material para analisar a imputação¹²⁸. É por isso que, com razão, concluiu o autor que o dispositivo em comento não mais deve ser interpretado como uma aderência inafastável à teoria das concausas, mas também como uma expressa base de apoio legal da teoria da imputação objetiva¹²⁹.

¹²⁴ “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. § 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou” (BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*: Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 14 de outubro de 2020).

¹²⁵ GRECO, Luís. *Imputação Objetiva...*, p. 171.

¹²⁶ “... en los delitos comisivos ha de darse en primer lugar la causalidad entre la acción del autor y el resultado. Pero la misma no basta; [...] es necesario también seleccionar con criterios jurídicos de valoración, de entre las conductas causales para el resultado, aquellas que se puedan considerar acciones productoras de daños a las cosas. Y a la constatación de los presupuestos con los que es lícito considerar un resultado como obra de un determinado sujeto se la denomina imputación al tipo objetivo” (ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, p. 305). No mesmo sentido: “A partir de certo momento - quando foi ultrapassada uma concepção puramente positivista, mecanicista e causalista da dogmática penal - compreendeu-se, porém, que o problema da imputação objectiva do resultado à acção, mesmo que deva ter na sua base a categoria científico-natural da causalidade, não tem por força de reduzir-se a ela: como problema de imputação objectiva típica a questão constitui uma questão normativa que deve pôr-se e resolver-se segundo a teleologia, a funcionalidade e a racionalidade próprias da dogmática jurídico-penal e, especialmente, da dogmática do tipo” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1.ed. brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 322-323).

¹²⁷ *Ibidem*, p. 323.

¹²⁸ GRECO, Luís. *Imputação Objetiva...*, p. 171 - 172.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 173-174.

Ora, essa compatibilidade para com o ordenamento jurídico brasileiro restou demonstrada também, por sua concreta aplicação pelos tribunais nacionais, conforme demonstramos ao longo do trabalho, especificamente no que tange aos crimes de trânsito. Quando aplicada com correção, as soluções alcançadas para os casos concretos mostraram-se adequadas e bem fundamentadas. É certo porém, que a utilização da teoria, segundo análise que fizemos em 2014, ainda era pontual e aquém de seu potencial, para além de demonstrar algumas dificuldades na aplicação dos seus específicos elementos.

3. Da jurisprudência recente em matéria de crimes de trânsito – maior aplicação da teoria da imputação objetiva?

Conforme mencionamos anteriormente, as escolas funcionalistas e suas proposições doutrinárias reverberaram, ainda que com certo atraso, no cenário acadêmico brasileiro. Parece-nos pouco discutível que, entre o final do Séc. XX e início do Séc. XXI, houve considerável número de publicações em matéria de imputação objetiva, buscando analisar sua eventual compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio e seu potencial para como os mais diversos âmbitos de criminalidade. Ademais, esse crescente interesse viu-se potencializado pela inclusão da temática nos editais de concursos públicos, obrigando também os cursos de graduação, pós-graduação e até mesmo preparatórios para os certames, a tratarem da temática – muitas vezes a contragosto – em seus programas. O questionamento que fica, porém, é até que ponto esse maior interesse surtiu efeitos na recente jurisprudência nacional. Teriam os tribunais brasileiros aderido de maneira mais acentuada e com maior rigor, à teoria da imputação objetiva?

Em busca pelos termos “imputação objetiva” + “homicídio” / “lesão corporal” + “trânsito” no agrupador de julgados “jusbrasil”, de pronto já observamos uma grande quantidade de recentes acórdãos que efetivamente utilizaram-se da teoria da imputação objetiva na fundamentação da

decisão, ao menos em matéria de homicídios culposos. Vale ressaltar inicialmente, que embora muitas vezes utilizadas nas razões recursais, não identificamos acórdãos dos Tribunais Superiores que efetivamente a apliquem na matéria, vez que a sua utilização nesta seara pressuporia um indevido reexame do contexto fático-probatório do caso, violando a Súmula 7 do STJ¹³⁰. Centrar-nos-emos, assim, nas decisões dos Tribunais Estaduais¹³¹.

É possível constatar uma constante aplicação da teoria pela Câmara Criminal do TJAC e pela 2ª. Câmara Criminal do TJMS, bem como algumas decisões esparsas das Câmaras Criminais do TJMG. Analisaremos os Acórdãos caso a caso:

Caso 1: O motorista do veículo A1 conduzia seu automóvel em uma avenida de grande movimento e circulação de veículos, estando ele acima da velocidade permitida, quando o ciclista A2 cruzou a pista e foi por ele abalroado, vindo a óbito. O juiz de primeira instância absolvera A1, entendendo que se trataria de uma *autocolocação em perigo* da vítima, uma vez que esta cruzara a pista de rolamento de uma das principais e mais movimentadas avenidas da cidade de Campo Grande/MS, o fazendo sem os devidos cuidados e fora do local apropriado para tanto. Entendeu ainda que a velocidade do motorista A1 fora irrelevante para o caso, uma vez que o acidente não teria ocorrido se A2 tivesse cruzado a pista em local apropriado, aplicando-se ao primeiro, o *princípio da confiança*. Interposto recurso de apelação, a decisão fora mantida pela 2ª. Câmara Criminal do TJMS, com base nos idênticos fundamentos apontados na decisão recorrida¹³².

¹³⁰ “Súmula 7. A pretensão de mero reexame de prova não enseja recurso especial” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portaltj/jurisprudencia/Sumulas>>. Acesso em 15 de outubro de 2020).

¹³¹ Não mencionaremos casos nos quais há mera menção à teoria da imputação objetiva, não tendo sido ela determinante para o julgamento.

¹³² TJMS. *Apelação 0011675-59.2014.8.12.0001*. 2ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Data de Julgamento: 30/04/2019. Data de Publicação: 02/05/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=874158&cdForo=0>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

Este caso ilustra a possibilidade de aplicação do *princípio da confiança* ainda que haja uma conduta ilícita por parte do agente – que no caso, conduzia acima da velocidade. Ademais, parece-nos acertada a conclusão de que a vítima violara um dever de autoproteção, encontrando-se o resultado desvalioso no âmbito de sua competência.

Caso 2: O motorista do veículo B1, não habilitado, conduzia seu automóvel acima do limite de velocidade permitida, no perímetro urbano de uma rodovia, quando abalroou a vítima B2, que conduzia sua bicicleta junto ao canteiro central da via, vindo a vítima a óbito. Em 1ª. instância, B1 fora condenado. Contudo, a 7ª. Câmara Criminal do TJMG entendeu pelo provimento da Apelação. Considerando os relatos de testemunhas, o Tribunal entendeu que o risco fora integralmente criado pela vítima, que adentrara subitamente na via de rolagem, não oferecendo ao condutor quaisquer chances reais de evitar a colisão. Ademais, entendeu estar B1, neste ponto, abrigado pelo *princípio da confiança*. É interessante observar que, segundo o tribunal, *não apenas não houvera provas de que o fato de B1 estar acima da velocidade aumentou o risco de ocorrência do acidente*, como também suscitou que *o fato de não ser B1 habilitado para condução de veículo automotor, configura-se como um risco que, apesar de criado, não fora o que efetivamente se concretizara no resultado*, vez que não fora demonstrado que uma pessoa devidamente habilitada seria capaz de evitar o acidente¹³³.

Trata-se de um caso muito parecido ao anterior, no qual, para além da idêntica aplicabilidade do *princípio da confiança* a despeito da conduta ilícita do agente – exclusão do próprio risco proibido – observamos um típico caso de *conduta alternativa conforme ao direito*, no qual há dúvidas sobre se uma hipotética conduta lícita do agente evitaria o resultado. O Tribunal optara por seguir a linha do *in dubio pro reo*, absolvendo o Acusado.

¹³³ TJMG. *Apelação Criminal 1.0474.12.002076/001*. 7ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Marcílio Eustáquio Santos. Data de Julgamento: 06/02/2019. Data de Publicação: 15/02/2019. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/676493849/apelacao-criminal-apr-10474120020760001-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

Caso 3: O motorista de caminhão C1, tentando fazer uma manobra de cruzamento da pista em marcha ré, para estacionar mais próximo ao estabelecimento onde realizaria uma entrega, acabou por atropelar a vítima C2, que veio a óbito em razão das lesões sofridas em sua perna. A defesa de C1 alegou que houvera *autocolocação em risco da própria vítima*, vez que atravessou a rua atrás de um caminhão de grande porte, que supostamente estaria com a sinalização de ré (de luz e sonora) ativada. A 1ª. Câmara Criminal do TJMG, porém, mantendo a sentença condenatória de 1ª. instância, entendeu que a teoria da imputação objetiva não é capaz de socorrer as teses defensivas no presente caso, vez que não haveria, nos autos, qualquer prova de que a sirene efetivamente fora acionada. Pelo contrário, não seria exigível que a vítima pressupusesse que o caminhão, que já havia por ela passado, iniciaria uma manobra arriscada em marcha ré. Fora, portanto, negado provimento ao recurso defensivo e mantida a decisão condenatória¹³⁴.

No caso, temos que de fato C1 criara um risco proibido ao fazer, sem as devidas cautelas, uma conversão proibida, risco este que se consubstanciara no resultado ao atropelar o pedestre que se encontrava atrás do veículo. Não há aqui uma violação ao dever de autoproteção por parte da vítima, já que não era pressuposta a sua expectativa de que o veículo realizasse uma manobra tão absurda quanto uma conversão proibida em marcha ré, mesmo que a sirene estivesse acionada.

Caso 4: O motorista D1 conduzia seu veículo acima da velocidade permitida em uma estrada da zona rural, quando atropelara a vítima D2, a qual viera a falecer. Observa-se contudo, que fora produzido laudo pericial no qual se constatou que, mesmo que D2 estivesse a 80 km/h (velocidade máxima permitida para o local), ele não teria sido capaz de frear o seu

¹³⁴ TJMG. *Apelação Criminal 1.0024.12.053605-7/001*. 1ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Flávio Batista Leite. Data de Julgamento: 10/07/2018. Data de Publicação: 18/07/2018. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/915837147/apelacao-criminal-apr-10024120536057001-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

veículo a tempo. Desta feita, o Juiz de 1ª. instância absolvera D1, decisão que fora mantida pela Câmara Criminal do TJAC¹³⁵.

Ora, a despeito da violação da norma de conduta por parte de D1, a partir do momento que comprovado que sua conduta alternativa conforme ao direito seria incapaz de evitar o ocorrido, trata-se da violação de uma norma cujo cumprimento seria “inútil”, parecendo-nos que a absolvição era de fato, medida justa¹³⁶.

Caso 5: O condutor E1, em prestação de serviços à Prefeitura, conduzia um “Trator Monolivelador” em determinada avenida, quando o ciclista E2, que trafegava à sua frente, iniciara uma repentina manobra na tentativa de atravessar a via, sendo atropelado por E1 e vindo a óbito. Em 1ª. instância, E1 fora condenado. Contudo, vencido o Des. Relator, a 2ª. Câmara Criminal do TJMS dera provimento ao recurso defensivo, entendendo tratar-se no caso, de uma *autocolocação em perigo da própria vítima*. Salientou-se que, no presente caso, haveria ainda a particularidade de que o trator em questão somente poderia ser freado com a “lâmina no chão”, o que teria atrasado ainda mais a sua manobra de frenagem, impossibilitando evitar a colisão para com E2, que abruptamente iniciara a conversão¹³⁷. Uma vez mais observamos a aplicação da teoria da imputação objetiva para afastar a tipicidade nas hipóteses em que há uma violação do dever de autoproteção da própria vítima.

Caso 6: o motorista F1, após ingerir bebida alcoólica, conduzia seu veículo em uma rodovia, quando atropelara a vítima F2, que tentava atravessá-la. Em 1ª. instância, fora o Acusado condenado. Contudo, a 7ª. Câmara do TJMG, dera provimento à apelação defensiva, considerando que na hipótese, o fato de F2 estar atravessando a pista em local totalmente

¹³⁵ TJAC. *Apelação Criminal 0001050-42.2014.8.01.0010*. Câmara Criminal. Relator: Des. Francisco Djalma. Data de Julgamento: 01/12/2016. Data de Publicação: 05/12/2016. Disponível em: <<https://tj-ac.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/413787245/apelacao-apl-10504220148010010-ac-0001050-4220148010010?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

¹³⁶ Vide nota 117.

¹³⁷ TJMS. *Apelação Criminal 0000059-22.2012.8.12.0013*. 2ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Data de Julgamento: 17/04/2017. Data de Publicação: 15/05/2017. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=676619&cdForo=0>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

inapropriado, à noite e após uma curva, impossibilitara qualquer tentativa de F1 de evitar o acidente. Teria se configurado, no caso, a *autocolocação em perigo da própria vítima*, bem como haveria abrigo, por parte de F1, do *princípio da confiança*. Ademais, para o Tribunal, o risco criado pelo agente ao ingerir bebida alcóolica, não teria sido o que efetivamente ocorrera no resultado, vez que, mesmo em condições normais, teria sido F1 incapaz de evitar o trágico ocorrido¹³⁸. Uma vez mais, a aplicação do *princípio da confiança* e da *autocolocação em perigo da própria vítima*, a despeito da conduta ilícita do agente.

Caso 7: o motorista G1 conduzia seu caminhão por determinada rodovia, quando, ao reduzir sua velocidade para realizar uma posterior conversão, fora atingido em sua traseira pelo veículo conduzido por G2, acidente do qual decorrera a morte de um dos passageiros deste último veículo. Condenado em primeira instância, G1 interpôs recurso de apelação, o qual fora provido pela Câmara Criminal do TJAC. Segundo o Tribunal, ainda que G1 tenha criado um risco mínimo ao diminuir a velocidade para a realização da conversão, aumentando o risco de que determinado motorista viesse com ele a colidir, este risco não teria sido o que se concretizara no resultado, vez que o laudo pericial concluíra que a causa determinante para a colisão fora a conduta irregular de G2, que empregava velocidade incompatível com o local, além de carregar pessoas em sua carroceria¹³⁹.

Ao nosso ver, o caso seria já solucionado no plano do comportamento típico, uma vez que ao reduzir a velocidade para a realização da conversão, G1 criara um risco que era, porém, permitido. Não seria possível excluir a imputação do resultado, já que o risco criado pelo agente – de conduzir em

¹³⁸ TJMG. *Apelação Criminal 0014982-72.2014.8.13.0460*. 7ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Marcílio Eustáquio Santos. Data de Julgamento: 27/09/2017. Data de Publicação: 06/10/2017. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/507432292/apelacao-criminal-apr-10460140014982001-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

¹³⁹ TJAC. *Apelação Criminal 0000134-94.2012.8.01.0004*. Câmara Criminal. Relator: Des. Francisco Djalma. Data de Julgamento: 13/08/2015. Data de Publicação: 26/08/2015. Disponível em: <<https://tj-ac.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/224967255/apelacao-apl-1349420128010004-ac-0000134-9420128010004?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

velocidade muito baixa – fora efetivamente o que se concretizara no resultado. Mas repetimos, risco este que, ao nosso ver, era permitido. Quanto à conduta de G2, parece-nos um típico caso de *heterocolocação em perigo consentida*, uma vez que o motorista, responsável pelo cumprimento das normas de cuidado por seus passageiros, expõe-os a perigo ao permitir que eles andem em sua carroceria. Este risco, porém, parece-nos ter sido por eles consentido, no momento em que aceitam essa situação. Assim como todas as hipóteses enquadráveis nesta categoria, trata-se, ao nosso ver, de um caso limítrofe, de difícil resolução. A princípio, ressalvadas eventuais particularidades do caso que não foram enunciadas – e.g., se os passageiros que se encontravam na carroceria fossem *boias frias* que não tinham escolha se não serem transportados daquela forma – parece-nos dever ser respeitada a decisão consciente e voluntária da vítima de se permitir participar da situação arriscada criada pelo motorista, não devendo ser considerado típico o comportamento.

Caso 8: o Motorista H1 conduzia seu automóvel, dentro dos limites de velocidade permitidos para o local, quando, ao tentar realizar uma conversão permitida, fora atingido pelo motociclista H2, que não apenas não era habilitado, como ainda conduzia com o farol apagado e em velocidade não compatível com o local. Da colisão, adveio o óbito de H2, pelo qual fora condenado, em primeira instância, H1. A 2ª. Câmara Criminal do TJMS, porém, por maioria de votos, deu provimento ao recurso defensivo. Em seu voto, o relator considerou que H1 não criara um risco proibido ao realizar a conversão, vez que tratava-se de manobra, a princípio, permitida. Asseverou ainda, que para além da falta de iluminação e visibilidade do local, que se tratava de uma curva, a vítima fora também criadora do perigo, ao conduzir com faróis apagados e acima da velocidade, para além de inabilitado para a direção do veículo¹⁴⁰.

¹⁴⁰ TJMS. *Apelação Criminal 0014660-40.2010.8.12.0001*. 2ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Data de Julgamento: 20/06/2016. Data de Publicação: 21/07/2016. Disponível em: <<https://tjms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825891120/apelacao-criminal-apr-146604020108120001-ms-0014660-4020108120001?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

Caso 9: a condutora I1 conduzia seu veículo acima do limite de velocidade, em via preferencial, quando fora surpreendida pelo motociclista I2 que não respeitara a parada obrigatória. Da colisão, vitimara-se fatalmente I2, fatos que ensejaram a condenação de I1 em primeira instância. A Câmara Criminal do TJAC, por sua vez e por unanimidade, dera provimento ao recurso e reformara a decisão condenatória. Segundo o Tribunal, o laudo pericial comprovara que mesmo se estivesse dentro dos limites de velocidade, não teria I1 evitado o acidente, diante da conduta de I2 que, inopinadamente adentra em via preferencial. Segundo o Relator, ainda que tenha havido a criação de um risco não permitido com a condução acima dos limites de velocidade, este não fora o risco que se consubstanciara no resultado¹⁴¹. Trata-se, uma vez mais, de uma *conduta alternativa conforme ao direito*, no qual optara-se pela resolução através do *in dubio pro reo*.

Caso 10: J1 conduzia seu veículo acima do limite de velocidade, quando fora surpreendido pela motocicleta J2 na contramão de direção, vindo a com ela colidir-se e a causar a morte do motociclista. Condenado em 1ª. instância, interpôs recurso de apelação o qual fora conhecido e provido pela Câmara Criminal do TJAC. No voto, levou-se em consideração relatos testemunhais de que o motociclista teria perdido o controle da direção durante uma ultrapassagem, ao passar por uma lombada, vindo a invadir a contramão. Ademais, não houvera provas de que o acidente seria evitável caso J1 estivesse dentro dos limites de velocidade. A partir destas considerações, decidiu-se no sentido de que, apesar de ser inegável a criação de um risco com a condução acima dos limites de velocidade, este não fora o risco que efetivamente ocorrera no resultado¹⁴². Este é outro

¹⁴¹ TJAC. *Apelação Criminal 0017197-15.2010.8.01.0001*. Câmara Criminal. Relator: Des. Francisco Djalma. Data de Julgamento: 25/11/2014. Data de Publicação: 27/11/2014. Disponível em: <<https://tj-ac.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/615226615/apelacao-apl-171971520108010001-ac-0017197-1520108010001?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

¹⁴² TJAC. *Apelação Criminal 007394-71.2011.8.01.0001*. Câmara Criminal. Relator: Des. Francisco Djalma. Data de Julgamento: 13/11/2014. Data de Publicação: 20/11/2014. Disponível em: <<https://tj-ac.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/578723894/73947120118010001-ac-0007394-7120118010001?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

exemplo de aplicação do *in dúbio pro reo* nas hipóteses de *conduta alternativa conforme ao direito*.

Caso 11: K1 conduzia seu veículo na zona urbana de uma rodovia, a 80km/h em via cujo limite era de 60km/h, quando fora surpreendido por um pedestre idoso que se encontrava no centro da pista, realizando uma travessia. Houvera o atropelamento e conseqüente óbito. K1 fora condenado em 1ª. instância. Contudo, a 1ª. Câmara Criminal do TJMG dera provimento ao recurso defensivo, haja vista que a vítima atravessava a pista em local totalmente inapropriado, a poucos metros de uma passarela. Estaria, portanto, o motorista, abrigado pelo *princípio da confiança*¹⁴³.

Considerações finais

Conforme restou demonstrado ao longo do trabalho, não apenas a teoria da imputação objetiva é compatível com o ordenamento jurídico penal brasileiro, como ainda apresenta especial relevância no âmbito dos crimes de trânsito, auxiliando com critério mais técnicos, seguros e justos, na resolução de casos cujo nexos de causalidade se mostra bastante complexo, impedindo uma inadequada remessa da solução ao plano do tipo subjetivo.

A análise da evolução jurisprudencial na matéria permitiu-nos concluir, a princípio, por um avanço positivo se comparado com os acórdãos anteriores a 2014, não apenas no que toca à quantidade de decisões que efetivamente fizeram uso da teoria, mas também no que tange à precisão técnica do manuseio de seus elementos. Neste ponto, portanto, podemos considerar que o progressivo interesse na temática efetivamente reverberou na jurisprudência nacional.

Um estudo detido dos acórdãos nos demonstra que há um específico interesse na aplicação da teoria nas hipóteses em há uma “concorrência de

¹⁴³ TJMG. *Apelação Criminal 10024131020612001*. 1ª Câmara Criminal. Relatora: Des. Kárin Emmerich. Data de Julgamento: 21/11/2017. Data de Publicação: 29/11/2017. Disponível em: <<https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943415262/apelacao-criminal-apr-10024131020612001-belo-horizonte/in-teiro-teor-943415382?ref=juris-tabs>>. Acesso em 15 de outubro de 2020.

condutas ilícitas” entre o Acusado e a Vítima, fazendo constante uso, os tribunais, das categorias do *princípio da confiança*, *da competência exclusiva da vítima* e das possíveis soluções para os casos de dúvida quanto ao *comportamento alternativo conforme ao direito*.

A progressiva aplicação da teoria da imputação objetiva nestes específicos casos parece-nos extremamente salutar, pois ela efetivamente conduz a soluções geralmente distintas daquelas às quais a jurisprudência nacional chega, quando remete a solução aos elementos do tipo subjetivo culposo. Melhor explicando, uma vez sendo praticamente pacífica a *inadmissibilidade da compensação de culpas* em matéria penal, ao se deparar com casos em que o Acusado praticara uma inicial violação a uma norma de cuidado – e.g., velocidade acima da permitida, ou condução sob efeitos do álcool –, e não lhes socorrendo a vetusta teoria da equivalência das condições ou os demais elementos da teoria do crime a partir da estrutura finalista, não resta aos Tribunais outra hipótese que não a condenação do Acusado, por mais injusta que possa ser no caso concreto e a despeito da conduta da vítima. A inserção, porém, de elementos normativos no plano do tipo objetivo, tal como proposto pela teoria da imputação objetiva, permite soluções mais adequadas a estes casos.

Contudo, conforme se depreende da detida análise dos acórdãos aqui trazidos, fica evidente que a aplicação da teoria da imputação objetiva nos crimes de trânsito ainda é pontual e limitada a certas Câmaras de específicos Tribunais de Justiça. Ora, das recentes 11 decisões apresentadas, 3 foram proferidas pela 2ª. Câmara Criminal do TJMS, 4 pela Câmara Criminal do TJAC e 4 pelo TJMG, sendo 2 pela 7ª. Câmara Criminal e 2 pela 1ª. Câmara Criminal. Isso deixa evidente que, por um lado, ainda há uma preferência pela generalidade dos Tribunais Estaduais, em solucionar os casos complexos de crimes de trânsito através da estrutura finalista do crime culposo, a despeito das já mencionadas dificuldades e insuficiências que esta opção enseja.

A nosso ver, há três possíveis razões para a insistente refratação à teoria da imputação objetiva: a) desconhecimento ou dificuldade de

manuseio de suas categorias; b) consideração de que ela não seria compatível como o ordenamento jurídico nacional ou de que ela não levaria a soluções diferentes daquelas propostas pelas teorias tradicionais; c) resistência “ideológica” às escolas funcionalistas e às suas teorias.

Acreditamos que a primeira razão tende a diminuir progressivamente, em razão da cada vez maior propagação da teoria, conforme já salientamos. Pelas razões que também já expusemos ao longo do trabalho, a despeito da ausência de expressa menção na legislação nacional, sustentamos ser totalmente compatível a teoria em comento com o ordenamento jurídico nacional, para além de ter restado comprovada sua importância na resolução de casos para os quais as categorias subjetivas do injusto são insuficientes.

A terceira razão, ao nosso ver, é a mais delicada. Existem respeitadíssimos doutrinadores nacionais que aderem às proposições da escola finalista e que, por tais razões, em sua maioria, afastam a possibilidade de adoção da teoria da imputação objetiva. E de fato, *a priori*, não nos parece ser plenamente compatível esta teoria com os ideais finalistas. A despeito de nossa não aderência a esta escola, há que se respeitar, de todo modo, suas indiscutíveis contribuições para a análise da teoria do crime, bem como os pilares de suas proposições, para além de sua indiscutível compatibilidade para com o ordenamento jurídico nacional. Contudo, não podemos de forma alguma concordar com o argumento muitas vezes mencionado, de que “o nosso Código Penal seria finalista”. Embora o nosso ordenamento deixe, de fato, as portas abertas para uma aderência às proposições desta escola, tendo ainda, o nosso Código Penal, sido aprovado e reformado em momentos cujo finalismo encontrava-se bastante difundido, parece-nos equivocado afirmar uma qualquer aderência a esta ou a qualquer outra escola doutrinária, sendo até mesmo superficial a utilização deste argumento, sem maiores fundamentações, para afastar de plano a viabilidade da teoria da imputação objetiva.

Por todo exposto, inobstante o constatado avanço no sentido da maior e mais rígida adoção da teoria da imputação objetiva pelos Tribunais

Estaduais brasileiros na matéria dos crimes de trânsito, acreditamos que ainda há um longo caminho a se percorrer, caso se pretenda que a jurisprudência nacional esteja concatenada com o estágio de evolução que se encontra a doutrina, nesta temática.

Referências

BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal de trânsito*. 3. ed. ampl., atual e rev. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997*: institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm>. Acesso em 05 de outubro de 2020.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 1.ed. brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a valoração da teoria da imputação objetiva*. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo. – Madrid: Marcial Pons, 2004.

- GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução de Luís Greco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1-180.
- GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez.. 2000.
- GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción: Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e da culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Mendes; Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Dos crimes de homicídio e lesão corporal no trânsito: uma análise na perspectiva da Teoria da Imputação Objetiva*. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharel em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014.
- JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Dos limites do risco permitido para as pessoas jurídicas: uma análise do defeito de organização como um problema de imputação objetiva. *Conpedi Law Review*, Zaragoza, v. 4, n. 1, p. 1-23, jan./jun. 2018. http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2018.v4i1.4514
- JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Dos limites entre o dolo eventual e a culpa consciente: uma análise dos crimes de trânsito a partir da teoria da ação significativa. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v. 19, n. 30, p. 1-21, ago./dez. 2015. <http://dx.doi.org/10.22171/rej.v19i30.2018>
- NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Tipicidade penal e sociedade do risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2ª. ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editora Civitas, 2003.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Jurisprudencia/Sumulas>>. Acesso em 15 de outubro de 2020.

Acórdãos

STJ. *Habeas Corpus 147.250 - BA*. 6ª. Turma. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 04/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 03 de agosto de 2014.

TJAC. *Apelação Criminal 0001050-42.2014.8.01.0010*. Câmara Criminal. Relator: Des. Francisco Djalma. Data de Julgamento: 01/12/2016. Data de Publicação: 05/12/2016. Disponível em: <<https://tj-ac.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/413787245/apelacao-apl-10504220148010010-ac-0001050-4220148010010?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

TJAC. *Apelação Criminal 0000134-94.2012.8.01.0004*. Câmara Criminal. Relator: Des. Francisco Djalma. Data de Julgamento: 13/08/2015. Data de Publicação: 26/08/2015. Disponível em: <<https://tj-ac.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/224967255/apelacao-apl-1349420128010004-ac-0000134-9420128010004?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

TJAC. *Apelação Criminal 0017197-15.2010.8.01.0001*. Câmara Criminal. Relator: Des. Francisco Djalma. Data de Julgamento: 25/11/2014. Data de Publicação: 27/11/2014.

Disponível em: <<https://tj-ac.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/615226615/apelacao-apl-171971520108010001-ac-0017197-1520108010001?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

TJAC. *Apelação Criminal 007394-71.2011.8.01.0001*. Câmara Criminal. Relator: Des. Francisco Djalma. Data de Julgamento: 13/11/2014. Data de Publicação: 20/11/2014. Disponível em: <<https://tj-ac.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/578723894/73947120118010001-ac-0007394-7120118010001?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

TJMA. *Apelação Criminal 28831 - 2004*. 1ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Antonio Fernando Bayma Araujo. Data de Julgamento: 23/08/2007. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/>>. Acesso em 25 de dezembro de 2014.

TJMG. *Apelação Criminal 0014982-72.2014.8.13.0460*. 7ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Marcílio Eustáquio Santos. Data de Julgamento: 27/09/2017. Data de Publicação: 06/10/2017. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/507432292/apelacao-criminal-apr-10460140014982001-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

TJMG. *Apelação Criminal 1.0024.12.053605-7/001*. 1ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Flávio Batista Leite. Data de Julgamento: 10/07/2018. Data de Publicação: 18/07/2018. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/915837147/apelacao-criminal-apr-10024120536057001-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

TJMG. *Apelação Criminal 10024131020612001*. 1ª Câmara Criminal. Relatora: Des. Kárin Emmerich. Data de Julgamento: 21/11/2017. Data de Publicação: 29/11/2017. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943415262/apelacao-criminal-apr-10024131020612001-belo-horizonte/inteiro-teor-943415382?ref=juris-tabs>>. Acesso em 15 de outubro de 2020.

TJMG. *Apelação Criminal 1.0079.11.053704-4/001*. 5ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Alexandre Victor de Carvalho. Data do Julgamento: 05/11/2013. Data da Publicação: 12/11/2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspeelhoAcordao.do>>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

TJMG. *Apelação Criminal 1.0474.12.002076/001*. 7ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Marcílio Eustáquio Santos. Data de Julgamento: 06/02/2019. Data de Publicação:

15/02/2019. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/676493849/apelacao-criminal-apr-10474120020760001-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

TJMS. *Apelação Criminal 0000059-22.2012.8.12.0013*. 2ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Data de Julgamento: 17/04/2017. Data de Publicação: 15/05/2017. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=676619&cdForo=0>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

TJMS. *Apelação Criminal 0011675-59.2014.8.12.0001*. 2ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Data de Julgamento: 30/04/2019. Data de Publicação: 02/05/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=874158&cdForo=0>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

TJMS. *Apelação Criminal 0014660-40.2010.8.12.0001*. 2ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Data de Julgamento: 20/06/2016. Data de Publicação: 21/07/2016. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825891120/apelacao-criminal-apr-146604020108120001-ms-0014660-4020108120001?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

TJMS. *Apelação Criminal 00571310820098120001*. 2ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Data de Julgamento: 04/08/2014. Data de Publicação: 13/11/2014. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjsg/consultaSimples.do>>. Acesso em 25/12/2014.

TJMS. *Apelação Criminal 16708*. 2ª. Câmara Criminal. Relator: Des. Carlos Eduardo Conatar. Data de Julgamento: 09/07/2012. Voto do 2º. Vogal, Des. Ruy Celso Barbosa Forense. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjosg/>>. Acesso em 03 de agosto de 2014.

TJPR. *Apelação Criminal 414.086-7*. 1ª. Câmara Criminal. Relator: Juiz Luiz Osório Moraes Panza. Data de Julgamento: 23/08/2007. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em 29 de julho de 2014.

TJPR. *Apelação Criminal 414.920-4*. 1ª. Câmara Criminal. Relator: Juiz Luiz Osorio Moraes Panza. Data do julgamento: 25/10/2007. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>>. Acessado em 16 de julho de 2014.

TJPR. *Apelação Criminal 558.987-9*. 1ª. Câmara Criminal. Relator: Juiz Luiz Osório Moraes Panza. Data de Julgamento: 13/08/2009. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em 31 de julho de 2014.

TJSP. *Apelação Criminal 900000177200826*. 5ª. Câmara de Direito Criminal. Relator: Des. Tristão Ribeiro. Data de Julgamento: 15/11/2011. Data de Publicação: 15/12/2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/open.do>>. Acesso em 04 de agosto de 2014.

Proteção de Dados Pessoais: Regime de Garantias ou Direito Fundamental Autônomo?

Vanessa Barbosa Figueiredo ¹

1. Introdução

A massificação – antes, *sólida*² – de informações – agora, *líquidas* e em *fluxos*³ – cada vez mais rápidos; a profusão de tecnologias de última geração; a ampla oferta de produtos; um sem-número de marcas e uma gama variada de serviços de todos os tipos⁴ (...). O que será isso? Eis a *era da tecnologia e da comunicação*, que estreita distâncias, venera o instantâneo e atribui novos significados às dimensões axiológicas do *capital*, do *tempo*, do *espaço* e dos dados pessoais!⁵

¹ Doutoranda em Ciências Jurídico-Processuais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-Graduada em Direito do Registro Predial pelo Centro de Estudos Notais e Registrais da Universidade de Coimbra (CeNoR). Pós-Graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Ex-Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Tabeliã e Oficial de Registro de Imóveis no Estado do Rio de Janeiro

² Vide: Zygmunt Bauman, *Modernidade Líquida*, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2008. p. 82.

³ Para MANUEL CASTELLS, o que distingue o novo paradigma tecnológico dos anteriores é a sua capacidade de reconfiguração, um aspecto decisivo numa sociedade caracterizada pela constante mudança, em fluidos, organizacional. Vide: CASTELLS, Manuel, *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*, vol. 1 – *A Sociedade em Rede*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002. p. 88.

⁴ “A era hipermoderna designa a época em que as indústrias do consumo, dos lazeres e da comunicação são governadas pela aceleração dos ritmos da mudança, pela renovação perpétua dos modelos, das imagens e dos programas. (...) As estratégias do efêmero, o lançamento acelerado de produtos novos, a multiplicação das variantes dos produtos, características do mundo da moda, impõem-se agora como princípios cardeais das economias viradas para o consumo”. Cfr. LIPOVETSKY, G. & CHARLES, S., *Da Leveza para uma Civilização do Ligeiro*. Edições 70, Lisboa, 2016, p. 40.

⁵ Vide: SCHULMAN, Gabriel, “*www.privacidade-em-tempos-de-internet.com: o espaço virtual e os impactos reais à privacidade das pessoas*”, in: TEPEDINO, G., TEIXEIRA, A.C.B. & ALMEIDA, V (org.), *O Direito Civil: Entre o Sujeito e a Pessoa – Estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*, Ed. Forum, Belo Horizonte, 2016, p. 334.

Remontam à década de oitenta as notícias sobre os primeiros vestígios da 4ª *revolução industrial*, a partir dos progressos tecnológicos que já visavam à facilitação da vida humana, nos seus mais diversos campos, desde o fortalecimento da indústria, passando pelo desenvolvimento do setor de serviços, até a dinamização das relações de consumo, todos marcados pelos objetivos de otimização do tempo, simplificação dos procedimentos e maximização dos resultados.

Nesse cenário, surge a *sociedade em rede* ou *sociedade de fluxos*, pautada na *informação* como principal vetor de desenvolvimento, em que atividades como aquisição, tratamento, armazenamento e transmissão de dados ganham força, na medida em que se tornam as vias condutoras para o prognóstico de *perfis de comportamento* com o fito de gerar vantagens competitivas e riquezas tanto para organizações públicas, quanto para as corporações privadas, através da “determinação de massas” e da incessante criação de desejos e satisfação de necessidades nos indivíduos⁶.

Tal *revolução tecnológica* – que também abarcou os meios midiáticos – é composta por uma sucessão de descobertas relacionadas à internet, à telefonia móvel e à própria cultura de *inclusão digital*; o que tem resultado em uma inevitável *mudança de paradigmas*, nomeadamente na concepção dos *espaços públicos*, que abandonaram a sua configuração geográfica tradicional de “praças públicas” para assumirem a formação viral de “redes sociais”, as quais vêm sendo palco comum de expressão de opiniões, ideais políticos, fragmentos de personalidade e relacionamentos, sob os auspícios do “admirável mundo novo”⁷ da *virtualidade real*. Estudos⁸ apontam como sendo três as principais características da *sociedade da informação*:

⁶ Vide: FERNANDES, J.P., CORREIA, M. & ANTUNES, M., *A Terminologia e a Sociedade da Informação*, Disponível em: <http://www.apdsi.pt/uploads/news/id546/3.13_jose%20palma%20fernandes%20+ %20ma-falda%20+%20margarida_070626.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2018.

⁷ Vide: ALDOUS, Huxley, *Admirável Mundo Novo*, Ed. Livros do Brasil, Lisboa, 2007.

⁸ MOORE, Nick, “The Information Society”, in: *UNESCO. Word Information Report 1997/98*. France: published by United Nations Educational Scientific and Cultural Organization, 1997, Chapter 20, pp. 271 e ss. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001062/106215e.pdf>> e <<http://files.dnb.de/EDBI/www.unesco.org/webworld/wirerpt/wirenglish/chap20.pdf>>. Acesso em: 15 mar 18.

(i) a informação vista como recurso financeiro ou mercadoria⁹, apta a estimular o mercado empreendedor a fazer melhor uso da informação com a finalidade de potencializar a eficiência, estimular a inovação e aumentar a eficácia e posição competitiva; (ii) a ampliação do acesso do público em geral à informação, que passa a desempenhar com maior consciência os seus direitos de consumidor perante os serviços públicos e privados; e (iii) a criação de um setor econômico destinado aos produtos e serviços informáticos.

De fato, a *sociedade em rede* não poderia ser dotada de outra maior característica do que a própria “rede” de informação, que, entretanto, assume as conotações variadas de *mercadoria*, *transparência* e *setor econômico*. Não obstante, no que diz respeito, especificamente, à primeira característica - da informação como “mercadoria”, vale dizer, como bem jurídico transacionável mediante pagamento -, há que se distinguir as *informações pessoais* das demais, porquanto a sua valoração como recurso econômico importa em graves riscos à *privacidade* (na sua forma mais ampla) e a outros direitos fundamentais, a exemplo do *livre desenvolvimento da personalidade* e da *autodeterminação informativa*, uma vez que se reduz a pessoa (“sujeito de direitos”) à matéria-prima (“objeto de direitos”), a partir da sua incorporação compulsória a um ciclo altamente rentável, em que o “sujeito” que pensa gozar da “liberdade” de escolha, é, na verdade, maciçamente suggestionado, tal como um “objeto” a conduzir-se e determinar-se segundo as balizas ditadas pelo próprio mercado, através de suas sedutoras estratégias de *marketing online* que são, por sua vez, alimentadas, intermitentemente, por “inteligentes” e “algoritmizados” bancos de dados, tais como o *big data*¹⁰ e *data mining*¹¹, a militar em favor

⁹ Cfr. BAUMAN, Zygmunt, *Vida Para Consumo: A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2008, p.31.

¹⁰ *very large sets of data that are produced by people using the internet, and that can only be stored, understood, and used with the help of special tools and methods - megadados - Supermarkets make use of big data to track user behaviour and target consumers with things they like* (Cambridge Dictionary). Disponível em: < <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/big-data> >. Acesso em: 13 mar 18.

¹¹ *the process of using special software to look at large amounts of computer data in order to find out useful information, for example what types of product a company's customers buy* (Cambridge Dictionary). Disponível em: < <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/data-mining> >. Acesso em: 13 mar 18.

do *surveillance capitalism*. É importante observar que, nesse novo “modelo de negócios” *online*, não raro os aplicativos de produtos e serviços ofertados aos usuários de *smartphones* e *tablets* são de aquisição, supostamente, “gratuita”, não sendo cobrada qualquer contraprestação pecuniária para fins de *download*; a par da exigência de “permissão de acesso” aos dados do contratante, numa flagrante adoção de um “sistema de permutas”, no qual os *dados pessoais* passam a constituir a valiosa “moeda” de troca deste novo *business pattern*¹².

Em meio a essas novas configurações mercadológicas, a pessoa passa a oscilar entre as posições de “sujeito” e “objeto” de direitos, na medida em que, ao mesmo tempo em que é detentora do *direito fundamental à liberdade*; na vida prática, passa a gozar de uma “hipotética liberdade para contratar”, sendo, para tanto, compelida a fornecer os seus próprios *dados pessoais*, quando seduzida pelo mercado, que necessita desse hábito incessante de consumo volátil acelerado, digital e transitório para manter-se economicamente viável e lucrativo (*homos consumptor*)¹³. Nessa toada, a mitigação da ordem do “sujeito de direitos”, a partir da “desintegração” do humano em uma “soma incoerente de funções de consumo”¹⁴ e “tráfico de dados pessoais”, demanda uma urgente reflexão dogmática para que se possa melhor compreender o instituto da *proteção dos dados pessoais*, a fim de definir se este se consubstancia em um inusitado *direito fundamental autônomo* (com dimensões humanitárias transfronteiriças) ou em um *regime de garantias*, sem o qual não é mais possível conferir concretude aos demais direitos fundamentais remoldados pela *hipermodernidade do*

¹² SCHULMAN, Gabriel, “www.privacidade-em-tempos-de-internet.com: o espaço virtual e os impactos reais à privacidade das pessoas”, Obr. Cit., p. 336.

¹³ “A dinâmica ou o sistema de inclusão da pessoa na *sociedade da informação* e na *sociedade de consumo* é, portanto, a mesma, visto que, cada vez mais, o *consumo* é realizado por meio da *internet* e como forma de reforçar o valor agregado do indivíduo perante os *espaços públicos virtuais* conduzidos pela ética do “parecer ser”. O acesso ao mercado é, portanto, colonização da vida pelo mercado de bens de consumo.” Cfr. BAUMAN, Zygmunt, *Vida Para Consumo - A Transformação da Pessoa em Mercadoria*, Obr. Cit., p. 82.)

¹⁴ Vide: PERLINGIERI, Pietro, *O Direito Civil na Legalidade Constitucional* (Trad. Maria Cristina de Cicco). Renovar, Rio de Janeiro, 2008, p.480 *apud* SCHULMAN, G. & WEBER, R., “A Metamorfose do Sujeito na Contemporaneidade: de Proprietário a Consumidor - Uma Leitura a partir da Obra de Pietro Barcellona”, in: TEPEDINO, G. & FACHIN, L.E. (Org.). *Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro*. Juruá Editora, Curitiba, 2011. Disponível em: <<http://www.grotius.com.br/pub/metamorfoseadosujeito.pdf>>. Acesso em: 15 mar 18.

efêmero. Com efeito, estamos diante de um fenômeno de transformação econômica, jurídica e psicossocial, que vai muito além do *data deluge*¹⁵ e cujo cerne reside na nova axiologia atribuída aos imperativos das relações humanas, as quais passam a orbitar em torno – senão de novos valores –, ao menos, de parte deles, porém já com novas formatações, a exemplo do *tempo* e da *inclusão digital*, sendo este não mais organizado sob a forma de engrenagens e máquinas industriais; mas por estruturas de “nós” capazes de conectar a todos na *arena global*.

Ocorre que, se a tecnologia está a olhar para a frente; o Direito tem o seu “norte” quase sempre no passado, no intuito de propagar a paz social e a ordem nas relações já deflagradas – e, muitas vezes, consolidadas socialmente –, naquilo que se denomina: “evolução do fato social”, composta pelo progresso das relações humanas, em seus hábitos, costumes e compreensões. Essa aparente oposição de perspectivas entre aquela ciência e esta técnica de argumentação configura o que chamamos de *décalage*, a qual se almeja, ainda que em diminuto grau, ora mitigar. Eis o intuito do nosso ensaio: refletir, em linhas gerais, sobre os requisitos de configuração do direito consoante os ditames da *hard law*; definir um regime de garantias e deveres que vise a conferir *efetividade* aos direitos positivados; e traçar um paralelo entre as discussões que já pairam na doutrina sobre a autonomização do *direito de acesso à internet* e a sua (im)possibilidade de transplantação para o *direito à proteção de dados pessoais*; para, assim, traçar os contornos gerais do *direito à privacidade* e suas evoluções dogmáticas frutos das mutações sociais de cunho cibernético; e, ao cabo, verificar se a *proteção de dados pessoais* é, afinal, um *direito autônomo* ou um *regime de garantias* de cumprimento do dever estatal de fiscalização a respeito da *horizontalização* de outros *direitos fundamentais conexos*, nomeadamente, da *autodeterminação informativa* e da *privacidade*.

¹⁵ *The data deluge* refers to the situation where the sheer volume of new data being generated is overwhelming the capacity of institutions to manage it and researchers to make use of it. Disponível em: < http://itlaw.wiki.com/wiki/Data_deluge>. Acessado em: 26 maio 2018. Para estudos mais aprofundados, consultar: ASCOTT, Roy *apud* SCHREIBER, Anderson (coord), *Direito e Mídia*, ed. Atlas, São Paulo, 2013, p. 11.

2. A Configuração de um Direito e O Regime como Garantia de Efetivação

Para iniciarmos os nossos estudos a respeito do melhor enquadramento jurídico-dogmático do instituto da *proteção de dados pessoais*, faremos um rápido percurso hermenêutico-racional-legitimador¹⁶ entre o *direito*, o *regime* e as *garantias*, utilizando-nos - como “ponte” - da dialética¹⁷. E, na sequência, no intuito de primar pela didática e de fugir da “excessiva abstração” teórica, analisaremos, brevemente, as discussões existentes sobre a possibilidade - ou não - de autonomização do *direito de acesso à internet*, dada a similitude de *backgrounds* e a identidade de fundamentos constitucionais de validade (art. 35º da CRP). Pois, acreditamos que a boa compreensão dessas divergências doutrinárias, que pairam sobre o *acesso à internet*, poderão servir de bons exemplos “concretos”, para fins de análise acerca do cabimento e da viabilidade de sua transposição para a *proteção de dados pessoais*.

Na lição de BAPTISTA MACHADO, o *homem* é um ser dotado de uma *incompletude essencial* e, por isso, necessita do constante contato com o ambiente, de sua inter-relação e exposição com ele, para que possa, assim, desenvolver-se, através de um *processo de aprendizagem* de valor tão radical que lhe constitui a natureza, vale dizer, sem o qual não é possível chegar a ser homem¹⁸. A “interação com o outro” é, portanto, uma

¹⁶ Optamos por inserir o nosso trabalho sob o viés científico do *discurso hermenêutico legitimador* colacionado por BAPTISTA MACHADO, tendo em vista o seu objetivo não de trazer conclusões herméticas e pré-definidas para a problemática apresentada; mas tão-somente de incitar o leitor à reflexão crítica a respeito da possibilidade de se traçar modelos mais adequados de enquadramento do instituto da *proteção de dados pessoais* na ordem jurídica vigente, marcada pelas mutações contextuais tecnológicas, com vistas a assegurar mais ampla *efetividade* aos direitos fundamentais conexos, a exemplo da *autodeterminação informativa*, da *privacidade*, do *acesso à internet*, da *liberdade de expressão e comunicação*, dentre outros; além, é claro, do *mínimo existencial* inerente à dignidade humana do *homem digital, comunicativo e transcendental* do novo mundo da *virtualidade real*. Cfr. MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimado*, Almedina. 23ª ed., Coimbra, 2016, p. 324.

¹⁷ Para CASTANHEIRA NEVES, o modelo metódico de realização do direito é composto de uma racionalidade que deve ser estruturada com base numa dialética entre o *sistema* e o *problema*; devendo-se levar em consideração a composição do *sistema* por 4 *elementos estruturantes*: os princípios normativos-jurídicos, as normas, a jurisprudência e a dogmática; e o *problema* como a tradução da intencionalidade problemática dos casos *decidendos*. Cfr. CASTANHEIRA NEVES, A. “Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais”, in *Boletim da Faculdade de Direito - Studia Iuridica*, vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 154-158.

¹⁸ Vide MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Obr. Cit, pp. 7-8.

característica imanente do indivíduo, que somente consegue completar-se e desenvolver-se se atingidos os diferentes níveis de exposição¹⁹. A pessoa humana é, portanto, um “ser relacional”.

Ao projetar tais considerações para o contexto atual da *sociedade em rede*, não é difícil perceber que a necessidade de *interatividade* humana com o outro e com o mundo não só vem crescendo como também se modificando na forma de externalização. Pois, ao que parece, o que – antes – era uma mera *interatividade*, *que se dava* em lugares públicos do *mundo real*; – passou a ser – plasmado como *interconectividade* e *interoperabilidade*, por meio de *redes sociais do mundo da virtualidade real*²⁰.

Se adotássemos a classificação de HARTMANN a respeito da “estrutura estratificada” do mundo²¹, afirmaríamos, sem hesitar, que faltam camadas além da *noosfera* ou *esfera do ser espiritual* para o enquadramento do Direito. Isso porque o *valor* buscado e em foco deixou de ser os *interesses coletivos* para ser os *interesses dos indivíduos* que se expõem ao grupo, com o objetivo de compartilharem *fragmentos de suas personalidades*, com o intuito de terem “reconhecida” a sua existência (aparência de ser) e, por conseguinte, garantido o seu prestígio social. Os compartilhamentos, em nosso entender, não constituem valores *coletivos* que sobressaltam aos *individuais*, porém *individuais* que têm no *coletivo* uma forma de se destacar.

¹⁹ Essa mesma incompletude do ser humano é trazida por HANNAH ARENDT, no sentido de que “nada, nem ninguém existe no mundo sem que o próprio ser não pressuponha um espectador. (...) Nada do que é, à medida que aparece, existe no singular; tudo que é, é próprio para ser percebido por alguém.” Pelo que ser e parecer encontram-se. Para um maior aprofundamento, vide ARENDT, Hannah, *A Vida do Espírito*, Vol. 1 – *O Pensar*, Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2017, p. 35

²⁰ Manuel Castells entende que não há que se separar os mundos *real* e *virtual*, haja vista que o homem – a todo instante – vive no mundo com internet. Do que depreendemos não haver mundo mais *real*, atualmente, do que o *virtual*, eis que a *virtualidade* já é uma *realidade* posta. Vide: CASTELLS, Manuel, *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*, vol. 1 – *A Sociedade em Rede*, Obr. Cit., pp.431-ss.

²¹ Segundo a “estrutura estratificada” proposta por HARTMANN, o mundo é composto por quatro camadas: *listosfera* (domínio da natureza inorgânica), *biosfera* (mundo dos seres vivos), *esfera do ser psíquico* (limitada ao setor vital do homem e certas espécies de animais superiores) e uma *noosfera* ou *esfera do ser espiritual* (que assente num espírito comum formador de uma comunidade ou espírito coletivo). Cfr. MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Obr. Cit., p.12.

Em meio a esse intrigante cenário de mutação sócio-tecnológica, onde se insere, assim, o *Direito*? Qual o seu significado? O que é necessário para a sua configuração?

Diante da necessidade de o homem criar instituições e coordenadas para que tenha um rumo de ação, deve-se depreender que a *realidade social* não é passível de transmutar-se em *ordem social* sem a devida intervenção do Direito para fins de ordenação; motivo pelo qual deve ser entendido como um instrumento de controle e promoção da paz social orientado pela ideia da *ordem justa*, como pretensão de validade, no tempo e no espaço. Ocorre que a imposição da ordem somente se faz viável mediante a *coerção* e a *sanção*, entendendo-se como tais a *exigibilidade* e a previsão de imposição de *penalidade* para os casos de violação das regras, respectivamente. Nessa esteira, ensina BAPTISTA MACHADO²² que, muito embora o *direito* não se defina pela *coercibilidade*, esta denota uma característica ou qualidade que resulta de sua própria natureza, tendo em vista que aquilo que não é de *direito*, não pode ser *exigido*; de onde promana a sua vigência. Já na visão de CASTANHEIRA NEVES²³, o *Direito* configura um conjunto de prescrições legais que objetiva a manifestação do poder legislativo democraticamente legítimo. Note-se que discorremos tanto sobre as acepções do *Direito* como ciência jurídica ou técnica de argumentação, como regra de conduta ou princípio a prescrever o legítimo reconhecimento estatal de uma tutela, efeito jurídico²⁴ e/ou prestação. À luz das digressões feitas, tem-se que para a configuração do *direito* sob a ótica da *hard law*, é necessário o preenchimento de quatro requisitos, quais sejam, (1) a existência de um *titular*; (2) *objeto* (bem jurídico

²² Vide MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Obr. Cit. pp. 32-37.

²³ Na definição de Direito por CASTANHEIRA NEVES, o conjunto de prescrições legais que emanam do poder legiferante deve ser compreendido como regras de comportamento – e, não, como normas –, sob o fundamento de não haver intencionalidade materialmente constituída; mas apenas diretivas de conduta que se esgotam na previsibilidade e no objetivo de determinar ou influenciar comportamentos, além de permitir a coexistência social pacífica. Cfr. CASTANHEIRA NEVES, A. Obr. Cit., p.204.

²⁴ BAPTISTA MACHADO define personalidade jurídica como um centro de imputação de efeitos jurídicos para além da capacidade de titularizar direitos e obrigações. Cfr. MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Obr. Cit. pp. 32-37

tutelado); (3) *oponibilidade*; e (4) *sanção*²⁵. Afinal, não é, pois, possível ao ordenamento jurídico positivizar um *direito* de que não disponha de titulares, nem tampouco de bem jurídico a se proteger em face de terceiros, sob pena de sanção em casos de violação; ressalvadas as flexibilizações já admitidas pela *soft law*, mas que refogem à nossa alçada de estudo. Ao se considerar que – na dialética dogmático-jurídica – para cada *direito*, cabe um *dever* em equivalente limite e densidade; cumpre-nos ter em mente que, uma vez constituído um *direito* em favor de seu *titular*, deve-se constituir – de igual maneira e em idênticas proporções – um *dever* para a *outra parte* (identificada ou identificável, nas hipóteses de *direitos subjetivos*, tais como os *obrigacionais* ou de *crédito*) ou mesmo para a coletividade (nos casos de *direitos absolutos* ou *universais*, a exemplo do *direito de propriedade*).

Dessarte, os *deveres* não deixam de ser *formas de garantia* de efetivação de *direitos*, de modo que a previsão de um conjunto de regras de comportamento ou conduta que visem a estipular *deveres de observância* em relação a determinados *direitos* nada mais são do que mecanismos de projetar – no campo dos fatos – a efetividade das normas que devem ser cumpridas pelos tutelados. Assim, dá-se a construção da coexistência pacífica ou da paz social. A questão que deve ser colocada como norte de apreciação e leitura desse ensaio é: a *proteção de dados* é um *direito* ou uma *garantia fundamental* de observância de outros direitos constitucionalmente previstos que lhe sejam conexos? No que toca ao *direito de acesso à internet*, sobre o qual pairam discussões mais claras a esse respeito, diante da “revolução da tecnologia da informação”, ele tem sido visto, por parte da doutrina, não apenas como um *direito de acesso ao mundo digital* e proteção contra crimes cibernéticos; mas, sobretudo, como um *direito de acesso a outros direitos e liberdades*²⁶, tendo o seu

²⁵ Vide HAARSCHER, Guy, *A Filosofia dos Direitos do Homem*, in: Coleção Direito e Direitos do Homem, vol. 1. Instituto Piaget, Lisboa, p.51.

²⁶ Vide: CASTRO, Catarina Sarmento e, “Direito à Internet”, in *Cyberlaw – Direito a Pensar Tecnicamente*. N. 2. FDUL - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Junho de 2016.

fundamento de validade no art. 35^o da CRP (“utilização informática”)²⁷. Isso porque, nos dias atuais, é a partir do ingresso na rede mundial de computadores, que as relações jurídico-sociais são travadas, de modo que somente após a entrada ou acesso ao mundo virtual, que se dá o exercício da *liberdade de comunicação e expressão* entre os usuários. Segundo CATARINA SARMENTO E CASTRO²⁸, o direito de *acesso à internet* não significa apenas um direito social de ter acesso à rede de computadores, mas de obter, divulgar e participar de seus conteúdos e compartilhamentos; estando, dessa forma, mais próximo do direito de relacionar-se socialmente, do que propriamente de ter ingresso em algo. Todavia, para outra relevante parte da doutrina, não há como se reconhecer o *acesso à internet* como um *direito*, seja por se tratar de uma espécie de pré-requisito ao amplo exercício da *liberdade de expressão*²⁹; seja porque denotam verdadeiras *garantias* dos direitos e liberdades prescritos constitucionalmente³⁰. Dentre os entendimentos esposados, filiamo-nos ao liderado por VIEIRA DE ANDRADE, por considerarmos inexistir qualquer hierarquia entre direitos (“direito-direito”) e garantias (“direito-garantia”), dada a sua relação íntima e direta de complementaridade, sem a qual não é possível, minimamente, alcançar-se a ampla efetivação horizontal dos direitos fundamentais, eis que de nada vale um direito abstratamente preconizado na carta constitucional – ainda que sob os auspícios do *self-executing* – se a ele não corresponder uma garantia, no sentido de impor a sua forma de exercício e limites. É, pois, através da garantia que se aproximam os planos da teoria e da prática, onde se encontra a dogmática.

²⁷ CANOTILHO e VITAL MOREIRA classificam o *direito à internet* como um *direito constitucional comunicativo* amplificador de *direitos* já reconhecidos. Para estudos mais aprofundados, vide: CANOTILHO, J.J.Gomes & MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, Coimbra Editora. 4^a ed., Coimbra, 2010, p. 823.

²⁸ Cfr. CASTRO, Catarina Sarmento e, “Direito à Internet”. Obr. Cit., p. 29.

²⁹ Vide: CANOTILHO, J.J.Gomes & MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II. Obr. Cit., p. 557.

³⁰ Vide: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 5^a ed., Coimbra, 2012, p. 114 e ss.

3. Proteção de Dados Pessoais: Direito à Privacidade, à Autodeterminação Informativa, Direito Fundamental Autônomo ou Regime de Garantias?

Ao nosso sentir, não há como se debruçar sobre a *proteção de dados pessoais* sem, antes, analisar o direito fundamental à *reserva da vida privada e familiar*, por ser este a sua matriz histórica e teleológica. Afinal, o que são os *dados pessoais* senão os elementos mais íntimos a compor a identidade pessoal? Até que ponto o encontro da *privacidade* e da *identidade pessoal* não denota um futuro que já começou, dada a sua incontestável inevitabilidade, tal como o convergir de duas paralelas no infinito? Nessa esteira, resta incontestável que a *sociedade em rede* trouxe inúmeras inovações para as atividades humanas e incita a revisão de institutos jurídicos tradicionais ou, até mesmo, a criação de novos, para melhor corresponder às expectativas sociais frente ao “novo mundo cibernético”³¹, que abarca ineditismos e muito tem contribuído para o aprimoramento da qualidade de vida do indivíduo e a aproximação da população global. Dessarte, se os juristas quedarem-se inertes em não realizar a devida adequação, serão incomensuráveis os riscos de violações a *direitos fundamentais*, tais como a *identidade pessoal*, o *livre desenvolvimento da personalidade*, a *reserva da intimidade da vida privada e familiar* (arts. 26º, nº 1, e 32º, nº8, da CRP)³² e a *autodeterminação informativa ou informacional* (art. 35º da

³¹ Fazem parte do “novo mundo cibernético”: (1) a intangibilidade dos insumos, bens e serviços (da economia), (2) a partilha de informações e (3) a ausência de hierarquia entre as disciplinas científicas e os conhecimentos técnicos, tendo em vista a sua novel disposição em rede, por meio da qual as relações hierárquicas passam a dar lugar a estruturas celulares dinâmicas que irradiam informações (valores) a se complementarem reciprocamente, formando uma cadência de fluxos de informações. Cfr. CARAÇA, João, “Viver em Rede”, in COELHO, José Dias (org). *Sociedade da Informação: O Percorso Português*. [Versão Eletrônica]. Lisboa: Edições Sílabo, 2007, pp.1-3. Lisboa. Disponível em: <http://www.apdsi.pt/uploads/news/id545/2.7_joao%20cara%C3%A7a_070626.pdf>. Acesso em: 23 de dez 2017).

³² Na Constituição Portuguesa, a revisão constitucional de 1997 veio consagrar o artigo 26º, nº1, entre “outros direitos”, um *direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade*. Passou, assim, a rezar essa norma que “a todos são reconhecidos os direitos à *identidade pessoal*, ao *desenvolvimento da personalidade*, à *capacidade civil*, à *cidadania*, ao *bom nome e reputação*, à *imagem*, à *palavra*, à *reserva da intimidade da vida privada e familiar* e à *proteção legal contra quaisquer formas de discriminação*”. Houve a sua consagração como *direito subjetivo* formulado de forma mais próxima ao “*direito a livre desenvolvimento da personalidade*” previsto no direito alemão (art. 2, §1, da Lei Fundamental alemã). Cfr. MOTA PINTO, Paulo, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, Portugal-Brasil Ano 2000, p. 150. Já, no ordenamento jurídico brasileiro, não houve, até o presente momento, a autonomização desse direito; o qual, no entanto, tem suas expressões de efetividade e dimensões fundamentadas no valor axiológico

CRP); bem como à *dignidade humana* e suas irradiações concretas. Isso porque, a cada “click”, são disparados fluxos de tráficos de *dados pessoais*, os quais – dada a sua voraz dinamicidade – torna-se cada vez mais remota a possibilidade de se perseguir, em tempo real, as eventuais violações a direitos perpetradas no cenário “virtual” de relações jurídicas público-privadas.

Frente a essas mudanças paradigmáticas, é patente que o ordenamento jurídico vigente não mais comporta direitos universais *estáticos* que sejam oponíveis contra o Estado de forma imutável e perene. Faz-se imperiosa a reformulação do sentido, da abrangência e do alcance desses direitos para que possam, casuisticamente, dar lugar a *direitos fundamentais* de formatação flexível e efêmera³³, que sejam passíveis de relativização imanente, negociação por contratos³⁴ e ponderações perante os demais direitos de igual natureza fundamental, consoante sua densidade e bens jurídicos tutelados. Nesse esforço em que se impõem releituras de institutos tradicionais e criação de novos, surge a *proteção de dados pessoais*, com vistas a assegurar que as informações personalíssimas dos usuários da internet e de bancos de dados digitais, por exemplo, não se percam no “mar virtual de horizontes sem-fim”, nem tampouco sejam objeto de manejos arriscados que comprometam as *liberdades fundamentais*. Para tanto, sugerimos uma rápida análise, separadamente, dos *direitos fundamentais à privacidade* e à *autodeterminação informativa*, como um percurso necessário para se alcançar um mais preciso e elucidativo

máximo da *dignidade da pessoa humana*, que rege o direito de a própria pessoa autodeterminar-se como um núcleo decisório de regência em si mesma. Cfr. TEPEDINO, Gustavo, *O Papel Atual da Doutrina do Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa*, Forum, Belo Horizonte, 2016, p. 21.

³³ Nesse contexto de comércio de informações em ritmo veloz e efêmero, a fluidez e a leveza surgem como valores em franca ascensão no mercado disputado da interatividade e dos compartilhamentos de imagens, ideias, opiniões, “seres”, “fazer” e de viver. O real e o virtual reduzem-se a simples dimensões que rumam para uma justaposição simbiótica que causa espanto ao pensamento dicotômico tradicional positivista. Para esses novos tempos de “(hiper)modernidade líquida”, entre o branco e o preto, é imperioso reconhecer inúmeros matizes de cinza, uma vez que, cada vez menos a sociedade de hoje faz distinções entre a natureza das relações pessoais mantidas no campo real e as travadas nos espaços públicos virtuais, eis ao que apelidamos de “realidade virtual”. Para maior aprofundamento, vide: TURKLE, Sherry, *Alone Together: Why We Expect More from Technology and Less from Each Other*, Basic Books, New York, 2012, p. 1; e LIPOVETSKY, G. & CHARLES, S, *Temos Hipermodernos*, Edições 90, Lisboa, 2011, pp. 23 e 28.

³⁴ Cfr. CARAÇA, João, *Viver em Rede*, Obr. Cit., pp.1-4.

enquadramento dogmático do instituto da *proteção de dados pessoais*, que, ao nosso ver, deles decorre.

4. Direito à Privacidade: Do Anonimato aos Holofotes das Redes Sociais

A *privacidade*³⁵ constitui-se em um direito de conteúdo polissêmico que comporta diversas semânticas apriorísticas, desde a tutela da *reserva da intimidade da vida privada e familiar* até o *direito de autodesenvolver-se livremente e determinar as informações a respeito de si mesmo*. Frente aos avanços tecnológicos contemporâneos e ao *surveillance capitalism*³⁶, tal vacuidade só cresce; o que torna a *privacidade* um direito multifacetado, ainda em construção e – quiçá, sempre receptivo – a angariar novos contornos³⁷. Surgido, no final do século XIX, com o lançamento do artigo “*The Right do Privacy*”³⁸ (1890), o *direito à privacidade* causou inequívoca ruptura no senso comum da época, de que as Cortes de Justiça norte-americanas somente deveriam ocupar-se de situações afeitas à reparação de atos violentos ou de ataques à propriedade privada. No afã de proteger as mais altas classes sociais das intromissões e dos “furos de reportagem” realizados com base nos novos avanços que estavam a mudar a forma de

³⁵ A redação do dispositivo chama a atenção sobre a definição de *privacy* como eminente *direito à reserva da intimidade*, como se se restringisse ao núcleo mais central da Teoria das Três Esferas de HUBMANN, a saber “*The right to privacy consists essentially in the right to live one`s own life with a minimum of interference. It concerns private, family and home life, physical and moral integrity, honour and reputation, avoidance of being placed in a false light, non-revelation of irrelevant and embarrassing facts, unauthorised publication of private photographs, protection against misuse of private communications, protection from disclosure of information given or received by the individuals confidentially. Those who their own actions, have encouraged indiscreet revelations about which they complaint later on, cannot avail themselves of the right to privacy*” (Item 14 da Resolução nº428, de 23 de janeiro de 1970, da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. Disponível em: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-View.PDF.asp?FileID=15842&lang=en>).

³⁶ SHOSHANA, Zuboff, “Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization”, in *Journal of Information Technology*, nº30, 2015, pp. 75-89. Disponível em: < <https://cryptome.org/2015/07/big-other.pdf> >. Acessado em: 14 abril 2018.

³⁷ NETO, Luísa. (2011), Acórdãos do TC nº 213/2008 e 486/2009: A Prova numa Sociedade Transparente. RFDUP, 21, Nº 11: 316-343, p. 318. Universidade do Porto. Porto. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/66033/2/49916.pdf>>. Acessado em: 22 de dezembro de 2017.

³⁸ WARREN, Samuel D. e BRANDEIS, Louis D. (1890), “*The Right to Privacy*”. *Harvard Law Review*, vol. 4, nº 5: 193-220 [Versão Eletrônica]. The Harvard Law Review Association. Boston. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/pdf/1321160.pdf> >. Acessado em: 21 de dezembro de 2017.

atuação da mídia da época, tornando-lhe sobremaneira mais intrusiva; os autores WARREN e BRANDEIS³⁹ acabaram por alcançar bem maior triunfo, ao trazerem preciosas contribuições para a definição desse direito da personalidade^{40/41}. No século seguinte, nos idos de 1970, na cidade de Hesse e Renânia do Norte-Vestfália, na Alemanha, foi prolatado um parecer jurídico por equipe contratada pelo Ministério do Interior⁴², que provocou uma verdadeira dirupção da ideia que até então se tinha de *privacy*. Tal visou a proteger as informações pessoais frente ao surgimento dos primeiros computadores para a coleta de dados dos particulares pelas entidades públicas e instituições privadas⁴³.

A iminência de coleta dos *dados pessoais* mais relevantes da população foi motivo de grande preocupação e comoção popular, tendo em vista o grande poder (informativo) que passaria a deter o Estado, que, a partir disso, estaria apto a, eventualmente, retomar práticas ditatoriais e totalitárias. Como forma de conter o empoderamento do Estado alemão, foi editada a primeira lei sobre proteção de dados na Europa, que recebeu o nome de “*datenschutz*” (“*daten*” + “*schutz*”: “proteção de dados”). E, a seguir, em 1983, a “decisão dos censos”, prolatada pelo Tribunal de Justiça alemão, reconheceu a existência de um direito fundamental autônomo à

³⁹ Há quem afirme que a ideia original de um “right to privacy” não tenha partido, originalmente, de Warren e Brandeis, mas de Godkin, que, no mesmo ano de 1890, publicou artigo sob o título “The Rights of Citizen – IV – To this Own Reputation”, no qual já alertava para os riscos de a imprensa tornar-se intromissiva por passar a estar equipada com ferramentas tecnológicas modernas e mais ágeis, sendo ele, portanto, o verdadeiro criador do instituto da *privacy*, embora não tenha chegado a tratar dos meios sancionatórios para os casos de desobediência ou violação (*tort of damages*) e de medidas cautelares (*injunctons*). Cfr. GLANCY, Dorothy J. (1989-1990), “*Privacy and the Other Miss M*”, *University Law Review, Northern Illinois – HeinOnline* – vol. 10, nº III. U.L. Rev. 439: 404-440, pp. 416/419 [Versão Eletrônica]. Santa Clara Law Digital Commons: Faculty Publications. Acedido em: 21 de dezembro de 2017, em: <http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1315&context=facpubs>.

⁴⁰ MOTA PINTO, Paulo, *Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, Estudos nos Cursos de Mestrado, BFD, nº 69: 479-586. Coimbra, 1993, pp. 512-515.

⁴¹ Para alguns autores, o “*the right to privacy*” só foi reconhecido como tal em 1905, a partir de uma decisão do *Georgia Supreme Court* prolatada numa ação de responsabilidade civil. Cfr. Castro, Catarina Sarmento e, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Obr. Cit, p. 18.

⁴² FLAHERTY, David H., *Protecting Privacy Surveillance Society* [Versão Eletrônica], *The University of North California Press, Chapel Hill* e Londres, 1989, p.21. Disponível em: http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.beal/uncaachoo01&div=13&start_page= 84&collection=beal&set_as_cursor =1& men_tab=srchresults>. Acedido em: 21 de dezembro de 2017.

⁴³ Cerca de três décadas antes, em 1946, surgia o *Eniac (Electronic Numerical Integrator and Computer)*, que fez nascer grande parte das questões em torno da *privacidade* e da necessidade de se criar um direito à *autodeterminação informativa*. Cfr. Castro, Catarina Sarmento e., *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, obra cit., p. 19.

autodeterminação informacional, fulcrado, implicitamente, no art. 2º, n. 1º, da Lei Fundamental alemã (*direito ao livre desenvolvimento da personalidade*) e na ideia de que – em se tratando de coleta de dados eletrônicos passíveis de cruzamento –, não mais deveria haver informações pessoais que não fossem merecedoras de tutela jurídica quanto ao seu uso e finalidade. Consoante se pode depreender dos traços históricos aqui pontuados, desde o *anonimato* à *autodeterminação informativa*, perpassando pelo *direito de preservar a própria intimidade*; o *direito à privacidade* apresenta – até os dias de hoje – difícil delimitação, em razão de sua natureza polimorfa⁴⁴, imbuindo-se da capacidade de se apresentar de formas distintas e com certas particularidades, a depender da época, do local, das características de seu titular, dos outros direitos envolvidos e do contexto em que se coloca; o que o faz ser objeto de releituras intermitentes conforme os progressos sociais alcançados.

Nem mesmo os civilistas convergem para uma única definição de *direito à privacidade*, tema sobre o qual ainda não se obteve consenso. Para MOTA PINTO⁴⁵, o *direito à privacidade* é o direito de controlar a tomada de conhecimento ou a revelação de informação pessoal, ou seja, os fatos, comunicações ou opiniões que se relacionam com o indivíduo e que é razoável esperar que ele encare como íntimos ou, pelo menos, como confidenciais e que, por isso, queira excluir ou, no mínimo, restringir a sua circulação. Para ele, excluem-se da concepção de *privacidade* os interesses que têm a ver com a liberdade de conduzir a própria vida (*liberdade da vida privada*), a reputação e o bom nome e a livre fruição (econômica ou não) de atributos pessoais como o nome ou a *identidade pessoal*. Já para PAIS DE VASCONCELOS⁴⁶, o *direito à privacidade* encontra-se muito

⁴⁴ O grau e o modo dos deveres de resguardo e de sigilo sobre a *intimidade da vida privada* de outrem (e, por analogia, sobre os demais elementos do ser individual e da *vida privada*) estão, assim, dependentes da natureza do caso, ou seja, da justa identificação, avaliação e ponderação do conjunto dos bens ou interesses juridicamente relevantes na concreta situação ou relação jurídica de personalidade. Para mais informações, vide: CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Obr. Cit.* pp. 126-ss; RITA CABRAL, *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, pp.25-ss e FRANÇOIS RIGAUX, *La Protection de La Vie Privée et des Autres Biens de la Personnalité*, pp.357-ss *apud* CAPELO DE SOUZA, Rabindranath, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p.326.

⁴⁵ MOTA PINTO, Paulo, *O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, *Obr. Cit.*, pp. 499,506 e 508.

⁴⁶ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 79.

próximo do *direito à honra*, uma vez que a *dignidade da pessoa* exige que lhe seja reconhecido um espaço de *privacidade* em que possa estar à vontade, ao abrigo da curiosidade alheia, independentemente de serem vizinhos, autoridades públicas ou mídia social. O *direito à privacidade* obsta, portanto, a devassa da vida, sendo, de certa maneira, o direito a ser deixado só. *Pari passu*, enquanto a técnica jurídica estudava possibilidades teórico-interpretativas, a ciência da tecnologia dava sequência aos seus experimentos práticos que culminaram em novas descobertas, mais uma vez, a causar novéis disrupções sociais e econômicas, as quais acabaram por turbinar as divergências doutrinárias já existentes entre os juristas. E, assim foi com a criação da *world wide web*, que revolucionou os padrões de comunicação, relacionamentos pessoais, comportamentos e negócios, e, ainda, os espaços públicos, conforme já dito.

Sucede que, em *tempos hipermodernos* em que o espelho confunde-se com o ecrã, num resvalar entre *ser e parecer ser / identidade pessoal e privacidade*; a discussão em torno dos novos traçados assumidos pelo *direito à privacidade* não se queda mais amena. Ao revés, efervesce-se e ebule-se! Se não há, todavia, remédios para o embate intelectual -, a conclusão que se pode alcançar é a de que, independentemente da conotação jurídica (que deve ser flexível) atribuída pelo intérprete ao *direito à privacidade* - do anonimato aos holofotes das redes sociais - é inevitável que sua *concretude e efetividade* sejam colocadas à prova, ao assumirem novas rotas de *tensão* ou *coalizão* com outros *direitos de igual estirpe fundamental*, no palco da *virtualidade real* que marca os *novos tempos* de leveza, efemeridade, consumo e fluxos. E, quando isso ocorre, reputamos indispensável a adoção de métodos de solução abrangentes e balizados em medidas de *razoabilidade-ponderação*; em detrimento da mera aplicação de critérios estandardizados taxativamente previstos em lei e na metodologia silogística. Nesse diapasão de reparametrização jurídica, impõe-se desenvolver uma “visão holográfica” do *direito à privacidade*, a partir da análise de seus diversos espectros de incidência no campo das “relações jurídicas em nós”; possibilitando, dessa forma, a sua interpretação

sistematizada com demais *direitos fundamentais conexos*, tais como os direitos *ao livre desenvolvimento da personalidade*, *à autodeterminação informativa* e *ao acesso à internet*.

5. Autodeterminação Informativa ou Identidade Informacional?

Em conformidade com o já estudado, o conceito “vazio”⁴⁷ de *privacy* deu margem para que a doutrina divergisse sobre os seus plúrimos significados, dimensões, extensões e lacunas; preponderando o entendimento que aponta para uma aproximação do *direito à privacidade* à *capacidade de controle sobre as disposições das informações pessoais sobre si mesmo*; do que deduzimos tratar-se de uma verdadeira evolução do conceito desde a sua origem norte-americana do “direito a ser deixado só”, perpassando pelas conquistas jurisprudenciais alemãs do *direito à autodeterminação informativa*, até os dias de hoje, em que notamos um novo movimento de aproximação da *privacy*, porém em relação ao *direito à identidade pessoal*; donde extrai-se o recente conceito de *identidade informacional*, o qual tutela o direito de o seu titular construir a própria identidade com cerne nos *dados pessoais* revelados aos meios de comunicação, mídia e redes.

Nessa cadência evolutiva, a edição da primeira lei estadual europeia sobre *proteção de dados* (1970) e a lavratura da “decisão dos censos” (1983) pelo Tribunal Constitucional alemão são acontecimentos históricos que merecem ser repisados, na medida em que tonaram a Alemanha o berço da autonomização da *autodeterminação informativa*, na qualidade de *direito fundante* implícito ao *direito ao livre desenvolvimento da personalidade* (art. 2º, n. 1º) conjugado com o substrato da *dignidade humana* (art. 1º, n.1º), ambos com previsão constitucional expressa na Lei Fundamental alemã; além de terem influenciado na edição da primeira Diretiva da EU sobre proteção de dados pessoais (Diretiva 95/46/CE).

⁴⁷ Vide: WACKS, Raymond, *Personal Information – Privacy and the Law*. Clarendon Press, 1ª ed., Oxford, 1993, pp. 10 e ss.

Observe que os conceitos de *autodeterminação informativa* e *proteção de dados* já se colocam de forma imbricada, porquanto ambos surgem como formas estatais de se garantir a proteção do indivíduo em face da coleta, do armazenamento e do tratamento de seus dados pessoais, em razão da introdução da tecnologia avançada nas atividades públicas e privadas⁴⁸. A par da confluência existente – desde a origem – entre esses dois institutos atrelados à personalidade, na visão de SIMITIS⁴⁹, não se tratam de institutos sinônimos, pois enquanto a *autodeterminação informativa* visa a tutelar o “tratamento”; a *proteção de dados*, conforme traduzido pela sua própria denominação, busca tutelar os “dados pessoais”.

Como o foco da *autodeterminação informacional* reside, justamente, no “tratamento” dos dados – e, não, neles em si –; à luz da dogmática germânica, tal *direito fundamental* deve ser melhor compreendido como um “super conceito”, que vai muito além do mero “direito de defesa (passivo)”, sendo composto por um feixe complexo de “posições jurídicas ativas”, com vistas a compor o *processo comunicacional de desenvolvimento pessoal*, sendo cada uma delas: “autodeterminação” (*selbstbestimmung*), “auto-preservação” (*selbstbewahrung*) e “autoapresentação” (*selbstdarstellung*)⁵⁰. Outrossim, para compreendermos, efetivamente, esses avanços dogmáticos propostos pelos estudos germânicos, faz-se imprescindível socorrermos-nos, de antemão, da jurisprudência norte-americana, de onde promanou a classificação do conceito alargado de *privacy*, de molde a açambarcar o *direito à privacidade* ou à *reserva sobre a intimidade da vida privada*, cumprindo diferenciar duas acepções

⁴⁸ Cfr. Bennet, Colin J., *Regulating Privacy. Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*. Ithaca: Corneil University Press, 1992, p.19; Agar, Jon – *The Government Machine: A Revolutionary History of the Computer*. Cambridge/Massachusetts/Londres: The MIT Press, 2003, p.344.

⁴⁹ Cfr. SIMITIS, Spiros. *Die Informationelle Selbstbestimmung – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung*, NJW, 1984, p. 403 *apud* PINHEIRO, Alexandre. Op. cit., p.487.

⁵⁰ Cfr. Pieroth, Bodo e SCHLINK, Bernhard – *Grundrechte Staatsrecht II*. Heidelberg: Muller Verlag, 2008, p. 98 *apud* PINHEIRO, Alexandre S., *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Obr. Cit., pp.478.

complementares, quais sejam, a *decisional privacy* e a *informational privacy*⁵¹. Pois, enquanto a *decisional privacy* está diretamente atrelada às “decisões individuais” da pessoa a respeito de como deve portar-se no ambiente de relação (inclusive, em redes sociais), levando em conta as respectivas consequências individuais e sociais de sua escolha (art. 26º da CRP)⁵²; a *informational privacy* está intimamente ligada à ação de decidir, especificamente, sobre a “coleta e o tratamento dos dados pessoais próprios”, em conformidade estrita com a finalidade previamente noticiada; estando, sobremaneira, mais afeta ao que se compreende como *autodeterminação informativa*⁵³. Portanto, os fatos históricos que motivaram a criação da *decisional privacy* não foram os mesmos que levaram à inserção da *informational privacy* na dogmática do “*right to privacy*” no direito norte-americano, uma vez que a *decisional privacy* teve o seu surgimento com o progresso dos meios de informação midiáticos e na abordagem jornalística mais intrusiva; gozando, portanto, de “conotação mais publicística” e, até certa medida, política; o que acabou gerando a manifestação da jurisprudência a respeito desses limites de atuação e proteção do direito.

Nesse mister, é importante salientar a lição de ORLANDO DE CARVALHO, de que “quem sobe ao palco não pode estranhar a luz dos holofotes”. Conforme se verifica, o autor está a tratar, exclusivamente, da *decisional privacy*, como matéria passível de aplicação para os casos de renúncia – ainda que parcial – dos *direitos fundamentais* envolvidos, a exemplo da *privacidade* do próprio titular quando usuário das redes sociais. Já a *informational privacy* teve o seu móvel nos avanços tecnológicos

⁵¹ Cfr. G. ALPA /M. BESSONE (org.), *Banche Datti Telematica e Diritti della Persona*, Padova, 1984, pp. 193 e ss. *apud* MOTA PINTO, *Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, p. 507.

⁵² A liberdade de desenvolvimento da pessoa humana compreende-se, pois, com base numa concepção do “Indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastes et fctor*)”. Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. p. 219 *apud* MOTA PINTO, Paulo, *O Direito ao Desenvolvimento da Personalidade*. Obr. Cit. p. 152.

⁵³ Cfr. FRIEDMAN, David, “*Privacy and Technology*”, *Social Philosophy & Policy*, vol. 7, nº2: 186-212. [Versão Eletrônica], in “*The Right to Privacy*”, por PAUL, Ellen F., MILLER, Fred D. e JEFFREY, Paul (org.), Cambridge University Press, Cambridge, 2000, Disponível em: < <http://www.davidfriedman.com/Academic/Privacy%20and%20Technology.html> >. Acedido em: 26 de dezembro de 2017.

utilizados para o recolhimento e tratamento dos dados por meios informatizados, inclusive, pela Administração Pública; o que passaria a comportar o risco de extravio de informações relevantes e de adoção de posturas ditatoriais e autoritárias estatais, conforme já visto.

Sem deixar de reconhecer o mérito da jurisprudência alemã que criou as bases para o desenvolvimento da *autodeterminação informativa* a título de uma nova acepção para o *direito à privacidade*; não se deve, outrossim, olvidar do quanto andou bem o legislador constitucional português ao preconizar expressamente, em atitude de vanguarda, o referido direito no art. 35º da CRP sob a rubrica da “utilização informática”. Nesses moldes, o direito à *autodeterminação informacional* visa evitar que as informações pessoais do indivíduo – isto é, o histórico de dados interpretados e organizados da pessoa *identificada* ou *identificável* – venham a ser utilizados para finalidades distintas ou além das que serviram de motivação para sua inicial coleta; como forma de garantir a ampla e fiel observância do *direito fundamental à reserva sobre a intimidade da vida privada*. Sem isso – na era da sociedade em rede – não é, pois, possível garantir-se a observância de outros valores de igual estirpe constitucional, a exemplo da *liberdade de expressão e comunicação*, do *acesso à internet* e da existência de uma *sociedade democrática e livre*⁵⁴. Em resumo, é possível afirmar que a origem direta – e não reflexa – da *autodeterminação informacional* remonta ao direito alemão (1972), com o surgimento do instituto do *datenschutz*, o qual, posteriormente, evoluiu para a *informationnelle selbstbestimmung*, sendo este último a figura antiga mais próxima do que se conhece hoje como *autodeterminação informativa*⁵⁵, para a qual foram estabelecidos novos limites e direcionamentos, tais como: (1) o direito à confidencialidade das informações coletadas; (2) os limites no cruzamento; e (3) a observação estrita da finalidade previamente informada. Não tendo sido fixados,

⁵⁴ Vide: GAVISON, Ruth, “Privacy and the Limits of Law”. The Yale Law Journal, vol. 89, nº 3, [Versão Eletrônica]. The Yale Law Journal Company, Inc. Connecticut, 1980, pp. 421-471. Disponível em: <<http://courses.ischool.berkeley.edu/i205/s10/readings/week11/gavison-privacy.pdf>>. Acedido em: 21 de dezembro de 2017.

⁵⁵ Vide: PINHEIRO, Alexandre S. (2015), *Privacidade e Proteção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, Ed. AAFDL, Lisboa, pp.425-429.

contudo, quaisquer limites para os casos de publicações desses dados quando necessárias ao interesse público⁵⁶. Em vista das evoluções normativas-estruturantes adquiridas pelo direito à *autodeterminação informacional* nos últimos anos, resta incontestemente que tal direito gozou – e continua a gozar – de uma projeção social que evoluiu em proporção direta com os avanços dos recursos tecnológicos. Pois, embora tenha nascido como *direito geral da personalidade* (em uma flagrante evolução da dogmática germânica que teve como ponto de partida a Teoria das Três Esferas⁵⁷), foi elevado à categoria de instituto autônomo e, até certo ponto, dissociado da *privacidade* e da mera *proteção de dados*, haja vista manter-se no patamar de direito especial personalíssimo de natureza autônoma⁵⁸. Não obstante, faz-se mister reconhecer que o significativo reforço jurídico – de concretude e efetividade – de que foi beneficiado o instituto da *autodeterminação informativa* adveio não apenas de sua previsão constitucional que, indubitavelmente, lhe conferiu densidade normativa objetiva e fundante; mas também do desenvolvimento legislativo (português e europeu) do Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais, que passou a dispor, minuciosamente, sobre princípios e regras que devem balizar o tráfego de dados pessoais, sobretudo, no mercado digital. Não é por outro motivo senão por esse que o *direito à autodeterminação informativa* tem passado a ser categorizado como uma espécie de “super-tutela” capaz de irradiar e concretizar-se, casuisticamente, em

⁵⁶ Cfr. WARREN, Samuel D. e BRANDEIS, Louis D., “*The Right to Privacy*”. *Harvard Law Review*, vol. 4, nº 5: 193-220 [Versão Eletrônica]. The Harvard Law Review Association. Boston, 1890. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/pdf/1321160.pdf>>. Acedido em: 21 de dezembro de 2017.

⁵⁷ Vide: HUBMANN, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*. Münster: Böhlau-Verlag, 1953, apud COSTA JR., Paulo José da, *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo: RT, 2ª ed., 1995, p. 30.

⁵⁸ Na visão de Catarina Sarmento e Castro, o *direito à reserva sobre a intimidade da vida privada* denota, acima de tudo, um direito sobre *informação*, sendo esta a razão pela qual a CRP consagrou o *direito à autodeterminação informativa sobre a vida privada* (art. 35º), o qual tutela o *interesse de controle sobre os dados pessoais*. Pelo que define *autodeterminação informativa*, inicialmente, como um direito que visa a garantir à *intimidade da vida privada* no que aos tratamentos de *dados pessoais* diz respeito. Entretanto, considera que houve evolução, de modo que o *direito à autodeterminação informativa* já não mais se limita a um direito de personalidade que visa a garantir outro direito, mas, sim, um verdadeiro direito fundamental que resguarda o cidadão das intromissões não autorizadas de terceiros nas informações que lhe respeitam. Compreendendo assim, um feixe de prerrogativas ofensivas pré-determinadas, a todo momento, sobre o que pode – ou não – ser sabido ao nosso respeito. Para um estudo mais aprofundado, consultar: CASTRO, Catarina Sarmento e, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Obr. Cit., pp. 24-28.

comportamentos que ultrapassam a mera “contenção de abusos”, para permitir que o “sujeito de direitos” assumira posturas mais ativas e complexas fulcradas nos *princípios do consentimento (esclarecido)* acerca da *necessidade* e da *finalidade* da coleta e do tratamento de dados; podendo, assim, deflagrar pedidos de correção, atualização e retirada de informações de bancos ou cadastros de dados, bem como realizar o monitoramento do fluxo de informações. É, neste particular, que, para a doutrina alemã, tem-se a evolução do conceito de *datenschutz* para *informationnelle selbstbestimmung/ informationelle Selbstbestimmtheit*⁵⁹.

6. Proteção de Dados Pessoais: Direito de Proteção ou Garantia de Efetivação?

A despeito do uso indiscriminado do termo *autodeterminação informacional* como sinônimo de *direito à proteção dos dados pessoais*⁶⁰; esta não é a postura técnico-metodológica que reputamos mais precisa; pelo que defendermos posição em sentido contrário, qual seja, a de que não se tratam de expressões sinônimas. Mas, respectivamente, de um *direito substantivo* e de uma *tutela adjetiva* que o garante ou assegura por meio de um regime posto.

Doutrinariamente, há quem defenda⁶¹ que tanto a *autodeterminação informativa*, como a *proteção de dados* encontram seus fundamentos de validade no art. 35º da CRP, razão pela qual são institutos equivalentes compostos por um feixe de “posições jurídicas” ativas compreendidas como: (1) acesso dos titulares às bases de dados informatizadas; (2) direito

⁵⁹ Cfr. PINHEIRO, Alexandre S. (2015), *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, Obr. Cit., pp. 478-485.

⁶⁰ “Dados sensíveis” (art. 35º, item 3, da Constituição Portuguesa) são aqueles atinentes às convicções filosóficas, religiosas, políticas, de filiação partidária ou sindical, vida privada e origem étnica, sobre os quais não são permitidos a coleta e o tratamento informático, ressalvadas apenas as hipóteses em que houver prévio consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis. Cfr. LA CUEVA, Pablo L. M., *El Derecho a la Autodeterminación Informativa*, Editorial Tecnos, S.A. Madri, 1990. p.186.

⁶¹ Cfr. VITAL MOREIRA, 1997 *apud* PINHEIRO, Alexandre S. (2015), *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, Obr. Cit. Origina-se da doutrina alemã a miscigenação dos conceitos, tendo em vista as repercussões jurídicas dos marcos históricos já abordados.

acessório de retificação e atualização dos dados incorretos ou desatualizados; (3) aplicação do princípio da finalidade como forma de garantir a observância da motivação expressa para a coleta e o tratamento dos dados; (4) intangibilidade dos *dados sensíveis*⁶², dentre os quais (i) convicções filosóficas, (ii) filiação político-partidária, (iii) filiação sindical, (iv) fé religiosa, (v) vida privada, (vi) origem étnica, (vii) origem racial, (viii) saúde, (ix) vida sexual, (x) dados genéticos; (5) acesso a dados pessoais por terceiro; e (6) os casos excepcionais de interesse público após ponderação de valores. Conforme se verifica, ambos os institutos são tratados como expressões sinônimas denotativas de um “super direito”. No entanto, há quem entenda em sentido adverso⁶³, vale dizer, de que a *proteção dos dados pessoais* configura um instituto mais amplo do que a *autodeterminação informativa*, por mostrar-se passível de aplicação direta a todas as espécies de *dados pessoais*, tanto aqueles cujo tratamento esteja legitimado pelo consentimento do próprio titular, quanto para os demais acobertados por permissão legislativa; ficando a *autodeterminação informativa* restrita aos dados “não sensíveis”, cuja coleta não precisa ser fruto de concordância prática ou harmonização de regras, mas tão-somente da manifestação expressa do consentimento prévio por parte de seu titular. Configurando-se, esta, sim, como um “super conceito” apto a desdobrar-se em vários outros, direitos, dentre eles: (1) acesso aos ficheiros em linguagem clara e prazo razoável; (2) oposição ao registro de dados; (3) informação sobre o motivo da recusa ao acesso; (4) esclarecimento da finalidade da inclusão dos dados no ficheiro; e (5) contestação, retificação, atualização e cancelamento de dados após transcorrido o lapso temporal disposto em lei ou extinta a finalidade de origem (direito ao

⁶² O aprofundamento do estudo exige que se distinga, em linguagem técnica, os “dados” das “informações” pessoais, pois, enquanto estas denotam os dados interpretados, decodificados e comunicados de forma inteligível; aqueles representam sinais ou atos pendentes de análise qualitativa, isto é, meramente coletados – porém sem catalogação e interpretação –, pelo que remanescem na condição de pré-informação em potencial Cfr. WACKS, Raymond, *Personal Information: Privacy and the Law*, Clarendon Press. 1ª ed., Oxford, 1993, pp.24-28.

⁶³ Vide: SILVEIRA, Luís Lingnau da, “O Direito à Protecção dos Dados Pessoais”, in COELHO, José Dias (org). *Sociedade da Informação: O Percorso Português*. [Versão Eletrônica]. Edições Sílabo. Lisboa, 2007, pp.7-9. Disponível em: <http://www.apdsi.pt/uploads/news/id545/2.11_luis%62osilveira_070626.pdf>. Acedido em: 23 de dezembro de 2017.

esquecimento)⁶⁴. Em síntese, enquanto, para parte da doutrina (com destaque para a germânica), a *autodeterminação informativa* e a *proteção de dados pessoais* são expressões sinônimas utilizadas para designar o *direito fundamental da personalidade*. Para a outra, tratam-se de institutos distintos, aplicados de forma diferenciada, a depender da natureza das informações em voga; gozando o regramento da *proteção de dados* de maior amplitude, na medida em que abarca tanto as informações pessoais objeto de permissão pelo próprio titular, quanto aquelas permitidas por lei; ao passo que a *autodeterminação informativa* estaria adstrita aos casos de informações “não-sensíveis”, cujo acesso deve ser, casuisticamente, decidido e controlado pelo próprio titular.

À margem dos relevantes fundamentos apresentados por ambas as doutrinas, ousamos delas dissentir, por entendermos que a *proteção de dados pessoais*, da forma como vem sendo manejada pelo legislador, muito mais se aproxima de um “regime jurídico de proteção”, que visa a conferir ampla efetivação à *autodeterminação informativa* (direito fundamental de personalidade autônomo), do que propriamente de um direito desta dissociado e independente. De modo que nada mais é do que um “regime jurídico de garantia”, vale dizer, um conjunto de normas-regras instrumentais que visa a garantir - de forma efetiva, fática e concreta - a observância do *direito da autodeterminação informativa*, a partir da positivação das exatas medidas e procedimentos para que a pessoa titular dos dados possa, em sua vida de relação (sobretudo, cibernética; mas não restrita a ela), exercer - legitimamente (tanto no que diz respeito ao bem jurídico protegido, quanto no que se refere à forma de exercê-lo), o controle sobre o que é sabido, revelado e manipulado a seu respeito. Um dos mecanismos utilizados por este regime jurídico de proteção é, justamente, a previsão - amiúde e clausulada - das hipóteses, abstratamente,

⁶⁴ Vide: EIRAS, 1992, 78 *apud* CACHAPUZ, Maria Cláudia, *Tratamento à Informação sobre (In)Adimplemento e Bancos de Cadastro Positivo: Registro, Esquecimento e Ilícitude*, in Revista Jurídica Luso Brasileira, ano 3, n^o1, 1.483-507, [Versão Eletrônica]. CIDP: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017, p. 493. Acedido em: 23 de dezembro de 2017.

antecipadas pelo legislador constitucional, como forma de assegurar que uma maior gama de informações pessoais seja sempre acessada, utilizada e tratada em conformidade com a finalidade para a qual foi expressamente consentida, *ab initio*. Nisso traduz-se o claro ímpeto legislferante que se observa no percurso normativo português e europeu^{65 / 66}. Portugal notabilizou-se no cenário europeu por ter adotado uma postura vanguardista ao ser o primeiro a positivizar o *direito à autodeterminação informativa* (art. 35º) na ordem constitucional, tendo o feito sob a rubrica “utilização da informática”, diferindo-a, assim, da “*privacy*” e dos demais direitos da personalidade (art. 26º). Ao fazê-lo, o legislador constitucional traçou as “direções” fundantes para que fossem seguidas pelo legislador ordinário ao dissecá-las por meio de normas-regras a comporem o *regime da proteção de dados*, sendo elas: (1) acesso dos titulares às bases de dados informatizados; (2) direito acessório de retificação e atualização; (3) princípio da finalidade que motiva a recolha dos dados e que deve balizar o tratamento dos dados recolhidos; (4) intangibilidade dos dados sensíveis, dentre os quais (i) convicções filosóficas, (ii) filiação partidária, (iii) filiação sindical, (iv) fé religiosa, (v) vida privada, (vi) origem étnica, (vii) origem racial, (viii) saúde, (ix) vida sexual, (x) dados genéticos; (5) o acesso a

⁶⁵ Em Portugal, desde 1973, vigorava o Registro Nacional de Identificação, que fora criado pela Lei n.º 2/73, de 10 de fevereiro, e regulamentado pelo Decreto-lei n.º 555/73, de 26 de Outubro. Mas, como tratavam as “informações pessoais” como “bem público”, ignorando a proteção à *privacidade* e às *liberdades* do cidadão, houve sua revogação em setembro de 1974. Nesse ínterim, foi editada a Lei n.º 3/73, de 5 de abril, que passou a dispor sobre algumas medidas relativas à *proteção da intimidade da vida privada*; até que foi promulgada a CRP/1976, que se apresentou muito mais robusta na proteção aos direitos fundamentais, a exemplo do que ocorreu com a positivação da *autodeterminação informativa* no art. 35º da CRP, o qual fora regulamentado, em âmbito infraconstitucional, inicialmente, pela Lei n.º 10/91, de 09 de abril (“LPDPPI”), que já consagrava alguns dos princípios da Diretiva 95/46/CE editada quatro anos depois.

⁶⁶ Com inspiração na referida Diretiva Europeia, foi editada a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (“LPDP”), que, além de regulamentar vários temas inerentes à *proteção de dados*, dentre eles as “entidades administrativas independentes” - como órgãos fiscalizadores independentes e garantidores do uso ético e legal das informações pessoais de particulares -; também regulou os direitos dos titulares de dados pessoais e o sigilo profissional. Segundo essa normativa, o titular de dados pessoais passou a ter, em tese, reconhecido o direito ao esquecimento, ao garantir que os seus dados fossem conservados apenas durante o período estritamente necessário aos fins para os quais foram recolhidos, não podendo permanecer arquivados *ad eternum* se assim não se fizesse indispensável. Cfr. CASTRO, Catarina Sarmento e, *Proteção de Dados Pessoais na Internet. Sub Júdice*. Nº 35, Set. 2006, pp 11-29 *apud* OLIVEIRA, Maria de F. C. e CALIXTO, José António, *A Protecção de Dados Pessoais na Nova Era Tecnológica*, Actas Integração, Acesso e Valor Social. Congresso Nacional de Bibliotecários, Arquivistas e Documentalistas. Fundação Calouste Gulbenkian. Nº 11, Lisboa, 2006, p. 4. Disponível em: <<https://www.bad.pt/publicacoes/index.php/congressosbad/article/view/294>>. Acedido em: 07 de dezembro de 2017.

dados pessoais por terceiro apenas nos casos excepcionalmente previstos em lei; e (6) os casos excepcionais de interesse público, após ponderação de valores. Inovando, ademais, ao garantir a sua proteção, designadamente através de entidades administrativas independentes, no intuito de que tais atividades fossem operadas com maior neutralidade quanto aos aspectos políticos e econômicos subjacentes^{67/68}. Saliente-se, neste particular, que o *nomen juris* - “utilização da informática” - não tem o condão de transmutar a natureza do direito que diz respeito à *autodeterminação informacional*, na medida em que confere a todos os cidadãos o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, facultando-lhes a retificação, atualização e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos legais. O alcance desse direito manteve-se o mesmo durante várias revisões da CRP, até que, em 1997, foi lhe acrescentado o n° 7, estendendo a mesma proteção aos ficheiros manuais. Essa foi uma iniciativa para adequação da norma constitucional lusitana ao regime inserto pela Diretiva 95/46/CE⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. PINHEIRO, Alexandre S., *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, Obr. Cit., pp.761-773.

⁶⁸ Para SILVEIRA, a despeito disso, a inclusão do *direito à proteção de dados pessoais* na Lei Fundamental Portuguesa representou um divisor de águas no ordenamento jurídico, na medida em que passou a exigir do legislador infraconstitucional uma postura legiferante mais ativa, no que se refere à normatização desse direito fundamental como valor essencial à *dignidade humana* pendente de regulamentação por lei ordinária, nomeadamente para o desenho legal da definição de alguns institutos pertinentes ao novo direito, tais como “dados pessoais” e forma de “tratamento automatizado”, “conexão”, “transmissão” e “utilização” (n°2), “fluxos transfonteiras” e “formas de proteção” (n°6), além da “fiscalização” direta da atividade de coleta, armazenamento e manipulação de *dados pessoais* públicos ou privados por uma “entidade administrativa independente” (art. 35, n°2). Cfr. SILVEIRA, Luís Lingnau da., *O Direito à Protecção dos Dados Pessoais*, Obr. Cit., pp.1-3.

⁶⁹ De igual maneira, houve inequívoco alargamento do conceito de “dados sensíveis” sobre os quais não é possível realizar a coleta (n° 3). Inicialmente, a CRP vedava a utilização da informática para tratamento de dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, ressalvados os casos de processamento de dados de pessoas não identificáveis para fins estatísticos. Contudo, o elenco desses dados sensíveis alargou-se na Revisão de 1989, que passou a preconizar como *dados sensíveis* as “convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa ou vida privada”. E, posteriormente, a Revisão de 1997 – em mais uma iniciativa de adequação do ordenamento jurídico interno à Diretiva 95/46/CE –, em que foi acrescentada a “origem étnica” no texto do n°3, passando a prever – como hipótese de afastamento da norma proibitiva – “o consentimento expresso do titular ou a autorização prevista por lei com garantias de não discriminação”. Pois, *se de um lado*, foi conferida maior amplitude à definição legal de “dados sensíveis”; *de outro*, houve um alargamento das hipóteses de exceção à aplicação dessa norma proibitiva. Sobre este aspecto, houve discussões doutrinárias acerca da natureza da norma interna relativa aos dados sensíveis, isto é, *se numerus clausus ou numerus apertus* e seu cotejo com a norma supraconstitucional comunitária. Todavia, pedimos vênica para não abordá-la, haja vista que – por questão de um dia – a citada Diretiva 95/46/CE não mais encontra-se vigente no território europeu, por força da revogação pelo novo RGPD.

No tocante à União Europeia, datam da década de 70 os debates iniciais sobre a importância de se legislar comunitariamente sobre a *proteção dos dados pessoais*, o que culminou na elaboração de um parecer (1974) que concluiu pela urgência da uniformização dos entendimentos entre os países⁷⁰ e na aprovação da 1ª Resolução do Parlamento Europeu sobre o assunto, Resolução n.º 120, de 08 de Maio de 1970, a qual estabeleceu um conjunto de princípios que deveria funcionar como vértice interpretativo para a *proteção de dados*, dentre os quais *limitação da coleta, qualidade dos dados, definição da finalidade, limitação de utilização, back-up para segurança dos dados, abertura, participação do indivíduo e responsabilidade*⁷¹. Na sequência, foram publicadas a Recomendação n.º 81/679/CEE, de 29 de julho (*Convenção do CdE sobre o “Tratamento Automatizado de Dados Pessoais*) e a Resolução do Parlamento Europeu, Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (*Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*) - relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados -, a qual revogou a Diretiva 95/46/CE (*Diretiva de Proteção de Dados*) e a Lei n. 67/98, ao entrar em vigor, neste 25 de maio de 2018, em todos os Estados-membros da União Europeia, sem necessidade de transposição⁷². Tal Regulamento impõe um novo regramento aos entes públicos e às entidades privadas, exigindo-lhes maior responsabilidade na execução de atividades de gestão que envolvam, necessariamente, a *coleta e o tratamento de dados pessoais*. Para tanto, são trazidas algumas novidades relevantes, tais como: (1) a imposição de multas mais elevadas para os casos de violação das regras a respeito da proteção dos dados pessoais (art. 83º); (2) a criação da função de

⁷⁰ Vide: HIGUERAS, 1997, pp 17-18 *apud* PINHEIRO, Alexandre S., *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, Obr. Cit., p.573.

⁷¹ Cfr. BAUMER, EART e POINDEXTER, 2004, 402 *apud* OLIVEIRA, Maria de F. C. e CALIXTO, José António, *Protecção de Dados Pessoais na Nova Era Tecnológica*. Obr. Cit., p.3.

⁷² Sobre o tema, SUZANA TAVARES DA SILVA já apontava para a necessidade de adoção, pela União Europeia, de um modelo ou *standard* - formado por parâmetros supranacionais em contraposição ao modelo hierarquizado -, como forma de indicar um “núcleo comum de direitos fundamentais” e de orientar os Estados-membros no processo e densificação dos direitos fundamentais. Cfr. SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Imprensa da Universidade de Coimbra. 2ª ed., Coimbra, 2014, p.97.

“encarregado de proteção de dados” (art. 37º); (3) a *accountability* (art. 30º) diante da necessidade de se comprovar que o tratamento dos *dados pessoais* foi realizado em conformidade com o Regulamento (art. 24º); (4) a obrigatoriedade de realização de “avaliação de impacto sobre proteção de dados” (PIA) antes de iniciadas as operações de tratamento de dados que utilizem novas tecnologias e possam caracterizar elevado risco para os direitos e liberdades de seus titulares (art. 35º); (5) a definição de um “modelo de segurança no tratamento de dados” (art. 32º); (6) a estipulação do dever de notificação do titular dos dados pessoais em caso de violação (art. 33º); (7) o estabelecimento de regras mais exigentes a respeito do *consentimento* (art. 32º), na qualidade de ato de manifestação de vontade livre, informada, expressa, específica e inequívoca, pelo qual o titular dos *dados pessoais* aceita que eles sejam submetidos a tratamento (art. 4º); (8) a criação de novos direitos para os titulares de *dados pessoais*, a exemplo do *direito ao esquecimento* (art. 17º) e o *direito à portabilidade dos dados* (art. 20º); (9) a não sujeição do titular de *dados pessoais* a decisões pautadas em tratamentos automatizados como o *profiling* (art. 4º, nº4º), ressalvados os casos previstos em lei (art. 22º); (10) a fixação de novos deveres de cumprimento e responsabilização do subcontratante em caso de desrespeito ao *regime de proteção de dados pessoais* (art. 28º); (11) a criação de Códigos de Conduta e Selos de Certificação (arts. 40º-43º); (12) a definição de “pseudonomização” como técnica de *privacidade* (art. 4º, nº5º); (13) a definição de “one stop-shop”, como a condição estipulada para que as entidades se relacionem com a autoridade de proteção situadas no mesmo local de seu estabelecimento principal (art. 56º); e (14) aplicação das regras contidas no Regulamento extraterritorialmente, respeitadas as condições nele estipuladas (art. 3º); dentre outras⁷³. Nesse aspecto, o histórico de mudanças legislativas – em que se inclui a previsão autônoma da *proteção de dados* no art. 8º da CDFUE e que culminaram, mais recentemente, com a publicação do citado RGPD – demonstra que nem Portugal, nem a União Europeia, estão alheios às necessidades de adequações

⁷³ FAZENDEIRO, Ana. *Regulamento Geral sobre Proteção de Dados*, Almedina, 2ª ed., Coimbra, 2017, pp.7-68.

normativas frente às alterações do mutante fato social cibernético. O novel Regulamento colaciona novos institutos que visam, sobretudo, tornar a atividade fiscalizatória mais efetiva, a partir da definição de conceitos outrora inexistentes e da criação de mecanismos de responsabilização civil mais severa nos casos de violação das regras nela dispostas.

Ao nosso ver, tais mudanças normativas somente reforçam a ideia central de nosso ensaio, de que a *proteção de dados* é, em verdade, um “regime de garantia” destinado a conferir *concretude e efetividade à autodeterminação informativa* e à *privacidade*, haja vista que, verdadeiramente, o que almeja tutelar é o bem jurídico da *privacidade* do indivíduo e regulamentar o uso das *informações pessoais* como recurso econômico, frente aos avanços tecnológicos que ensejam sucessivas mudanças nos mutantes fatos sociais cibernéticos^{74/75}

7. Considerações Finais

Assim sendo, entendemos que a *proteção de dados pessoais* não deve ser compreendida como sinônimo do *direito à privacidade*, nem tampouco do *direito à autodeterminação informativa*, eis que denota um “regime legal” que tem a sua finalidade precípua no resguardo – *em concreto* – dos referidos *direitos fundamentais*, dentre outros pertencentes ao mesmo gênero personalístico, de que se destaca a *autodeterminação informacional*,

⁷⁴ Na lição de MOTA PINTO, “o direito à *autodeterminação informativa* resultará, em parte, tutelado através dos *direitos especiais* – quer *direitos fundamentais especiais*, quer *direitos especiais de personalidade* (designadamente, na medida em que se reporte a informações que se incluem no âmbito de proteção do direito à *reserva sobre a intimidade da vida privada* e que é igualmente feito derivar na ordem jurídica alemã dos direitos ao *desenvolvimento da personalidade* e do *direito geral de personalidade*)”. Cfr. W.SCHMITT GLAESER. *Shutz der Privatsphäre*. apud MOTA PINTO, Paulo, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, Obr. Cit., p. 185.

⁷⁵ Ao cotejar o direito ao *livre desenvolvimento da personalidade* com a *proteção dos dados pessoais*, MOTA PINTO cita decisão do Tribunal Constitucional, no sentido de que “o *livre desenvolvimento da personalidade* sob as condições modernas do *tratamento de dados* pressupõe a proteção do indivíduo contra a recolha, armazenamento, utilização e cessão dos seus dados pessoais (...). Nas condições actuais e futuras de tratamento automatizado de dados, o poder do indivíduo de em princípio determinar ele próprio a cessão e utilização dos seus dados pessoais (...) requer proteção em medida especial”. Cfr. MOTA PINTO, Paulo, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, Obr. Cit., p. 185. Contudo, não se deve perder de vista que, como o *direito à autodeterminação informativa* não conta com previsão constitucional explícita no ordenamento jurídico alemão, tendo o seu fundamento de validade no direito fundamental do *livre desenvolvimento da personalidade*; o que já não se passa em Portugal que conta com previsão expressa no art. 35º da CRP desde 1976.

em virtude de sua especificidade atrelada à *utilização informática* (art. 35º da Constituição da República Portuguesa). Afinal, em tempos de *hipermmodernidade, liquidez e fluxos* cibernéticos, nos quais passa a vigorar o novo RGPD, faz-se mister promover o escoreito enquadramento da *proteção de dados*, como forma de melhor operacionalizar as suas normas-regras ou direitos-garantias, sem as quais não é mais possível tutelar os *direitos fundantes* emergentes em formas e teores.

Referências

- ALDOUS, Huxley, *Admirável Mundo Novo*, Ed. Livros do Brasil, Lisboa, 2007.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 5ª ed., Coimbra, 2012.
- ARENDT, Hannah, *A Vida do Espírito, Vol. 1 – O Pensar*, Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2017.
- BAUMAN, Zygmunt, *Modernidade Líquida*, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2008.
- _____, *Vida Para Consumo: A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2008.
- Bennet, Colin J., *Regulating Privacy. Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*. Ithaca: Conerll University Press, 1992; Agar, Jon– *The Government Machine: A Revolutionary History of the Computer*. Cambridge/Massachusetts/Londres: The MIT Press, 2003.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia, *Tratamento à Informação sobre (In)Adimplemento e Bancos de Cadastro Positivo: Registro, Esquecimento e Ilícitude*, in Revista Jurídica Luso Brasileira, ano 3, nº1, 1.483-507, [Versão Eletrônica]. CIDP: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017. Acedido em: 23 de dezembro de 2017.
- CAMBRIDGE. Dicionário online. Disponível em <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/data-mining>>. Acesso em: 13 mar 18.

CANOTILHO, J.J.Gomes & MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, Coimbra Editora. 4ª ed., Coimbra, 2010.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

CARAÇA, João, “Viver em Rede”, in COELHO, José Dias (org). *Sociedade da Informação: O Percurso Português*. [Versão Eletrônica]. Edições Sílabo, Lisboa, 2007. Disponível em: <http://www.apdsi.pt/uploads/news/id545/2.7_joao%20cara%0C3%A7a_07_0626.pdf>. Acesso em: 23 de dez 2017.

CASTANHEIRA NEVES, A., “Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais”, in *Boletim da Faculdade de Direito – Stvdia Ivridica*, vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

CASTELLS, Manuel, *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*, vol. 1 – *A Sociedade em Rede*, Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 2002.

CASTRO, Catarina Sarmiento e, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2005.

_____, “Direito à Internet”, in *Cyberlaw – Direito a Pensar Tecnicamente*. N. 2. FDUL - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Junho de 2016.

COSTA JR., Paulo José da, *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo: RT, 2ª ed., 1995.

FAZENDEIRO, Ana, *Regulamento Geral sobre Proteção de Dados*, Almedina, 2ª ed., Coimbra, 2017.

FLAHERTY, David H., *Protecting Privacy Surveillance Society* [Versão Eletrônica], The University of North California Press, Chapel Hill e Londres, 1989. Disponível em: HeinOnline. < http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.beal/un-caachoo001&div=13&start_page=84&collection=beal&set_as_cursor=1&men_tab=srchresults>. Acedido em: 21 de dezembro de 2017.

FRIEDMAN, David, “Privacy and Technology”. *Social Philosophy & Policy*. vol. 7, nº2: 186-212. [Versão Eletrônica], in “*The Right to Privacy*”, por PAUL, Ellen F., MILLER, Fred D. e JEFFREY, Paul (org.), Cambridge University Press, Cambridge, 2000, Disponível

em: < <http://www.daviddfriedman.com/Academic/Privacy%20and%20Technology.html>>. Acedido em: 26 de dezembro de 2017.

GAVISON, Ruth, “*Privacy and the Limits of Law*”. *The Yale Law Journal*, vol. 89, nº 3, [Versão Eletrônica]. The Yale Law Journal Company, Inc. Connecticut, 1980. Disponível em: <<http://courses.ischool.berkeley.edu/i205/s10/readings/week11/gavison-privacy.pdf>>. Acedido em: 21 de dezembro de 2017.

GLANCY, Dorothy J., “*Privacy and the Other Miss M*”, *University Law Review, Northern Illinois – HeinOnline* - vol. 10, nº III. U.L. Rev. 439: 404-440, [Versão Eletrônica]. Santa Clara Law Digital Commons: Faculty Publications, 1989-1990. Acedido em: 21 de dezembro de 2017, em: <http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1315&context=facpubs>.

HARSCHER, Guy, *A Filosofia dos Direitos do Homem*, in: Coleção Direito e Direitos do Homem, Instituto Piaget, Lisboa.

LIPOVETSKY, G. & CHARLES, S., *Da Leveza para uma Civilização do Ligeiro*. Edições 70, Lisboa, 2016.

LA CUEVA, Pablo L. M, *El Derecho a la Autodeterminación Informativa*, Editorial Tecnos, S.A. Madri, 1990.

MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimado*, Almedina. 23ª ed., Coimbra, 2016.

MOORE, Nick, “*The Information Society*”, in: UNESCO. *Word Information Report 1997/98*. France: published by United Nations Educational Scientific and Cultural Organization, 1997, Chapter 20, pp. 271 e ss. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001062/106215e.pdf>> e <http://files.dnb.de/EDBI/www.unesco.org/webworld/wirerpt/wirenglish/chap20.pdf>> Acesso em: 15 mar 18.

MOTA PINTO, Paulo, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, Portugal-Brasil Ano 2000.

_____, *Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, Estudos nos Cursos de Mestrado, BFD, nº 69: 479-586. Coimbra, 1993.

NETO, Luísa. (2011), Acórdãos do TC nº 213/2008 e 486/2009: A Prova numa Sociedade Transparente. RFDUP, 21, Nº 11: 316-343, Universidade do Porto, Porto. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/66033/2/49916.pdf>>. Acessado em: 22 de dezembro de 2017.

OLIVEIRA, Maria de F. C. e CALIXTO, José António, *A Protecção de Dados Pessoais na Nova Era Tecnológica, Actas Integração, Acesso e Valor Social*. Congresso Nacional de Bibliotecários, Arquivistas e Documentalistas. Fundação Calouste Gulbenkian. Nº 11, Lisboa, 2006. Disponível em: <<https://www.bad.pt/publicacoes/index.php/congressosbad/article/view/294>>. Acedido em: 07 de dezembro de 2017.

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2017.

PINHEIRO, Alexandre S. (2015), *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, Ed. AAFDL, Lisboa.

SHOSHANA, Zuboff, “Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization”, in *Journal of Information Technology*, nº30, 2015. Disponível em: <<https://cryptome.org/2015/07/big-other.pdf>>. Acessado em: 14 abril 2018.

SCHREIBER, Anderson (coord), *Direito e Mídia*, ed. Atlas, São Paulo, 2013.

SCHULMAN, Gabriel, “*www.privacidade-em-tempos-de-internet.com: o espaço virtual e os impactos reais à privacidade das pessoas*”, in: TEPEDINO, G., TEIXEIRA, A.C.B.& ALMEIDA, V (org.), *O Direito Civil: Entre o Sujeito e a Pessoa – Estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*, Ed. Forum, Belo Horizonte, 2016.

SCHULMAN, G. & WEBER, R, “A Metamorfose do Sujeito na Contemporaneidade: de Proprietário a Consumidor – Uma Leitura a partir da Obra de Pietro Barcellona”, in: TEPEDINO, G. & FACHIN, L.E. (Org.). *Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro*. Juruá Editora, Curitiba, 2011. Disponível em: <<http://www.grotius.com.br/pub/metamorfoosedosujeito.pdf>>. Acesso em: 15 mar 18.

SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Imprensa da Universidade de Coimbra. 2ª ed., Coimbra, 2014, p.97.

SILVEIRA, Luís Lingnau da, “O Direito à Protecção dos Dados Pessoais”, in COELHO, José Dias (org). *Sociedade da Informação: O Percurso Português*. [Versão Eletrônica].

Edições Sílabo. Lisboa, 2007. Disponível em: <http://www.apdsi.pt/uploads/news/id545/2.11_luis%20silveira_070626.pdf>. Acedido em: 23 de dezembro de 2017.

TEPEDINO, Gustavo, *O Papel Atual da Doutrina do Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa*, Forum, Belo Horizonte, 2016.

TURKLE, Sherry, *Alone Together: Why We Expect More from Technology and Less from Each Other*, Basic Books, New York, 2012, p. 1; e LIPOVETSKY, G. & CHARLES, S, *Temos Hipermodernos*, Edições 90, Lisboa, 2011.

WACKS, Raymond, *Personal Information – Privacy and the Law*. Claredon Press, 1ª ed., Oxford, 1993.

WARREN, Samuel D. e BRANDEIS, Louis D, “*The Right to Privacy*”. Harvard Law Review, vol. 4, nº 5: 193-220 [Versão Eletrônica]. The Harvard Law Review Association. Boston, 1890. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/pdf/1321160.pdf>>. Acedido em: 21 de dezembro de 2017.

A jurisdição do Tribunal Penal Internacional nos casos de terrorismo internacional

*Vinícius Wildner Zambiasi*¹

Introdução

O terrorismo atualmente ocupa o patamar de uma das condutas delitivas mais gravosas e hediondas que são tuteladas pelos ordenamentos jurídico-penais internos, de modo que em determinadas regiões do globo, inclusive já se apresenta como um problema crônico de segurança, o qual não fica necessariamente adstrito dentro das fronteiras internas do determinado Estado.

Ademais, apesar dos diversos tratados e convenções que tutelam o terrorismo em âmbito internacional ou regional, a sociedade internacional ainda não conseguiu dar uma resposta à altura desse fenômeno delitivo, esbarrando na própria adoção de um conceito jurídico-penal amplamente aceito.

Por outro lado, o florescer do século XXI trouxe consigo a criação do Tribunal Penal Internacional, que ao contrário dos seus antecessores que o inspiraram, é uma Corte que atua de forma independente e permanente, exercendo sua jurisdição sob quatro delitos definidos como “*core crimes*” – dentre os quais, adianta-se, não se encontra expressamente previsto o terrorismo.

¹ Advogado. Professor no Centro Universitário de Cascavel – UNIVEL. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. viniciuszambiasi@gmail.com.

Nesta senda, o presente trabalho visa discutir sobre a possibilidade de um ato de terrorismo internacional, que apesar de não estar previsto expressamente no Estatuto de Roma, possui gravidade similar ou até maior que os demais “*core crimes*” lá tipificados, ser submetidos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Para tanto, a pesquisa será dividida em três capítulos, os quais visam abordar, respectivamente, a conceituação de terrorismo internacional a partir de uma construção dogmática e doutrinária embasada nos ensinamentos de Manuel Cancio Meliá e Antonio Cassese; a criação, as características e a competência do Tribunal Penal Internacional; e, por fim, a inclusão ou não do delito ora discutido sob a competência de julgamento da referida Corte de Haia à luz da aplicabilidade da fórmula de Tsilonis.

Em relação ao método de abordagem, a presente pesquisa é construída a partir do hipotético-dedutivo, através da consulta de bibliografias doutrinárias, artigos científicos, jurisprudências e legislações.

1. O terrorismo internacional

O terrorismo, como bem se sabe e muito melhor já se discutiu², não é um fenômeno atual na história da humanidade, de modo que o próprio estereótipo da figura do terrorista foi sucessivamente alterado conforme o contexto histórico, social e político em que se analisa a questão³. Outra conclusão não se pode chegar, portanto, a não ser de que não existe um, mas sim vários terrorismos.

Não obstante a isso, fato é que os esforços da sociedade internacional na busca por uma definição jurídico-penal de terrorismo universalmente

² ZAMBIASI, Vinicius Wildner. **Limites ao Poder Punitivo no Combate ao Terrorismo: Contributos à Luz do Ordenamento Jurídico-Penal Português**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

³ Muito por influência da exacerbada exploração midiática, a ideia de “terrorista” atualmente remete o imaginário humano à figura de um muçulmano radicalizado. Décadas atrás, contudo, tal rótulo era preenchido com a ilustração de um guerrilheiro urbano de ideologia marxista e aspiração separatista.

aceita datam de longa data⁴, sem, contudo, jamais ter obtido um desejável (ou suficiente) sucesso⁵.

O grande (e justo) empecilho a esse processo advém principalmente de países subdesenvolvidos (historicamente subjugados e explorados pelos seus pares do hemisfério norte), que receiam a rotulação dos “*Freedom Fighters*” (grupos e povos que buscam sua autodeterminação através da força) como terroristas⁶. Em resumo, percebe-se que a dificuldade que envolve as tratativas é de natureza muito mais política do que jurídica.

Não obstante a isso, e tendo em vista essa insuperável lacuna existente no âmbito do Direito Internacional Penal, resta à doutrina o importante papel de auxiliar no preenchimento (de forma crítica e construtiva) da conceituação de terrorismo.

Em que pese já se tenha explorado de forma mais pormenorizada tal questão em outra oportunidade⁷, para os fins visados no presente estudo, faz-se imperioso destacar, a partir dos elementos estruturantes, qual é o conceito que parece ser mais adequado ao fenômeno delitivo ora debatido.

Assim, a partir da concepção inicialmente proposta por Manuel Cancio Meliá⁸, entende-se pela existência de três elementos imprescindivelmente cumulativos na configuração da ação terrorista (os quais, por óbvio, deverão ser reproduzidos em qualquer conceituação jurídica ou tipificação penal do fenômeno delitivo em questão): a intimidação massiva, o caráter armado e a projeção estratégica.

O elemento da *intimidação massiva* significa que o terrorismo é verificado a partir do cometimento de ataques sistemáticos (ou um único,

⁴ Mais especificamente de 1937, com a “Convenção para Prevenção e Punição do Terrorismo” da Liga das Nações.

⁵ Não despreza-se, contudo, os avanços regionais da matéria – isto é, aqueles conceitos adotados por Organizações Internacionais como a Liga Árabe (1998 *The Arab Convention For The Suppression Of Terrorism*), a Organização para a Cooperação Islâmica (1999 *Convention of the Organisation of the Islamic Conference on Combating International Terrorism*) e a Comunidade dos Estados Independentes (1999 *Treaty on Cooperation among the States Members of the Commonwealth of Independent States in Combating Terrorism*).

⁶ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 120.

⁷ ZAMBIASI, Vinícius Wildner. **Límites...**, p. 3-40.

⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Los delitos de Terrorismo: estructura típica e injusto**. Editorial Reus: Madrid, 2010, p. 167-168.

desde que super potencializado), direcionados contra vítimas aleatórias, a fim de disseminar o terror entre seus pares.

Ou seja, atentados terroristas são, via de regra, perpetrados contra um grupo randomizado de pessoas (“ocidentais”, “muçulmanos xiitas”, etc.), justamente para, através dessa instrumentalização de sujeitos, disseminar o sentimento de que “qualquer um” pode ser vitimizado por tais ataques.

Assim, como refere Cassese⁹, as vítimas do atentado terrorista não são selecionadas por uma relação pessoal com o perpetrador, nem pelo seu gênero, idade, nacionalidade, posição social, e tampouco por serem possuidoras de certos bens materiais (tal qual ocorre na criminalidade dita “ordinária”). Isto porque o terrorista é “cego” às suas particularidades, pouco importando se a vítima é jovem ou velha, homem ou mulher, nacional ou estrangeira, rica ou pobre. Ou seja, a vítima do terrorismo nada mais é que uma simples “ferramenta anônima e dispensável”.

No que diz respeito ao *caráter armado* das ações, tal elemento se encontra estritamente vinculado à intimidação massiva, uma vez que os “atos de terrorismo”, quando singularmente analisados, são compostos por condutas violentas e já criminalizadas pela maciça maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais, tais como o homicídio, agressões físicas, sequestro, manuseio de dispositivos explosivos, dentre outros.

Por fim, assumir a *projeção estratégica* do terrorismo significa dizer que tais atos devem ser cometidos no seio de uma estrutura organizacional minimamente coordenada, cujo elemento subjetivo específico seja de ordem política – excluindo-se, portanto, a persecução de fins individuais e egoísticos (como ocorre no caso dos “*lone wolves*” e “*mass shootings*”).

Isto é, o grupo terrorista deverá, através do *caráter armado* de suas ações, e da conseqüente *intimidação massiva* gerada, exercer uma espécie de “diplomacia coercitiva”, a fim de impor (ou alterar a preexistente) ordem política daquela determinada localidade vitimizada¹⁰.

⁹ CASSESE, Antonio. *International...*, p. 125.

¹⁰ ZAMBIASI, Vinícius Wildner. *Limites...*, p. 29.

Deste modo, percebe-se que o terrorismo se diferencia da criminalidade ordinária não pelo grau de violência empregado (o qual, reitera-se, consiste em nada mais que condutas já tipificadas nos ordenamentos jurídicos internos), nem pelo número de pessoas vitimizadas (que, diga-se, é historicamente inferior aos “*core crimes*” estudados no próximo capítulo), mas sim pela quantidade e qualidade de bens jurídicos lesionados. Em suma, não é a gravidade dos atos cometidos, tampouco o número de pessoas vitimizadas no atentado que impelem sua configuração como “ato de terrorismo”.

Com isso quer-se dizer que o maior grau de injusto carregado nos delitos de terrorismo decorre da “pluriofensividade” de bens jurídicos atingidos, quais sejam:

- (i) os de ordem individual e pessoal das vítimas diretas (isto é, aquelas aleatoriamente selecionadas e instrumentalizadas), como a vida, o patrimônio e a integridade física; e
- (ii) os de ordem supraindividual e política das vítimas indiretas – ou seja, a paz pública (violada a partir da *intimidação massiva*) e a ordem democrática do Estado (alvo principal da *projeção estratégica* do terrorismo)¹¹.

Ademais, para os fins propostos no presente artigo, faz-se imperioso indicar quais são as peculiaridades que diferenciam o “terrorismo doméstico” do “terrorismo internacional”.

Nesta senda, assiste parcial razão a Cassese¹², que aponta os seguintes elementos para a internacionalização do terrorismo:

- (i) que a perpetração dos atentados envolva, de alguma forma, as *autoridades políticas de um Estado*, ou que a *magnitude* desses atos terroristas seja suficientemente grave a ponto de colocar os interesses internacionais em risco; e
- (ii) que tais atentados exibam dimensão *transnacional* – isto é, não fiquem circunscritos somente ao território de um único Estado (seja no que diz respeito às pessoas implicadas, aos meios empregados, ou mesmo em decorrência da aquiescência ou

¹¹ ZAMBIASI, Vinícius Wildner. *Limites...*, p. 30-31.

¹² CASSESE, Antonio. *International...*, p. 126. Ao contrário do que prega o autor, entendo que não há necessidade de que haja um conflito armado (interno ou internacional) para a configuração do terrorismo internacional.

tolerância de outros Estados), mas sim que se espalhem e coloquem em risco a segurança e a paz da sociedade internacional.

Nesta senda, os atentados do *Euskadi Ta Askatasuna* (ETA) na Espanha, do *Irish Republican Army* (IRA) no Reino Unido, e da *Brigate Rosse* na Itália não poderiam configurar atos de terrorismo internacional, devendo, portanto, serem julgados de acordo com a respectiva legislação penal doméstica¹³.

2. O Tribunal Penal Internacional

Relativamente recente no desenvolvimento da sociedade internacional (e, conseqüentemente, do próprio Direito Internacional Público), o Tribunal Penal Internacional foi criado a partir do Estatuto de Roma de 1998¹⁴, ao qual o Brasil é signatário desde 7 de fevereiro de 2000, tendo-o ratificado em 20 de junho de 2002¹⁵.

O TPI, como também é conhecido, encontra-se estabelecido na cidade de Haia (Países Baixos)¹⁶ e iniciou suas atividades no ano de 2002, momento em que passou a representar imprescindível ferramenta para o processamento e julgamento de alguns dos atos mais graves que podem ser atentados em face da humanidade.

Atualmente já passaram pelo Tribunal Penal Internacional vinte e oito casos diferentes, os quais podem ser punidos com pena de privativa de liberdade de até 30 anos, prisão perpétua (em casos mais graves), multa e perda de bens, produtos e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime¹⁷.

¹³ CASSESE, Antonio. **Internacional...**, p. 128-129. A atuação dos demais Estados, por outro lado, se restringe à cooperação policial e judiciária.

¹⁴ TPI. **Estatuto de Roma**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 29 ago. 2020.

¹⁵ Data do depósito da ratificação.

¹⁶ TPI. **Estatuto de Roma**. Art. 3º, §1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 29 ago. 2020.

¹⁷ TPI. **Estatuto de Roma**. Art. 77. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 29 ago. 2020.

2.1 Tribunais *ad hoc* e os antecedentes históricos do TPI

Não obstante o imprescindível papel atualmente desempenhado pelo Tribunal Penal Internacional, salienta-se que em um passado próximo (particularmente durante o século XX), durante os períodos mais conflituosos e de maiores violações aos direitos humanos em âmbito internacional, a sociedade internacional não contava com uma Corte Penal de jurisdição permanente para apreciar e sancionar eventuais atos bárbaros cometidos contra a humanidade.

Desta forma, faz-se imprescindível compreender as origens históricas – remontadas especialmente ao final da Segunda Guerra Mundial e em decorrência das barbáries lá cometidas, que ensejaram a tardia criação de um tribunal com tais características.

De acordo com Valerio Mazzuoli, as duas grandes guerras mundiais, em especial as atrocidades praticadas no Holocausto nazista, fomentaram a necessidade de criação de um *jus puniendi* global, de modo que seu legado foi a urgência de se operacionalizar uma “arquitetura internacional de proteção aos direitos humanos”, a fim de prevenir a reascensão e impunidade de governos e movimentos dessa natureza¹⁸.

É neste contexto histórico-social que França, Estados Unidos, Grã-Bretanha e (a então existente) União Soviética, entre os anos de 1945 e 1946, teceram o chamado Acordo de Londres¹⁹, a fim de criar o Tribunal de Nuremberg, responsável por processar e julgar os sujeitos responsáveis por perpetrar os graves e bárbaros atos criminosos durante a vigência da Segunda Guerra Mundial²⁰.

¹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 13^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 882-883.

¹⁹ ONU. **London Agreement of August 8th 1945**. Disponível em: <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

²⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso...**, p. 884. Destaca-se o importante marco histórico representado pelo Tribunal de Nuremberg, uma vez que foi a primeira oportunidade em que se reconheceu a possibilidade de indivíduos que agem em nome de Estados serem considerados, no plano internacional, como sujeitos ativos de crimes.

Insta salientar que o artigo 6º do Acordo de Londres²¹, responsável por tipificar quais crimes seriam de competência de julgamento do Tribunal de Nuremberg, apresentou condutas criminosas que seriam, em parte, replicadas no posterior Estatuto de Roma. São elas: crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

De forma bastante similar à supracitada Corte, em 1946 foi criado o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (ou Tribunal Militar Internacional de Tóquio), que foi responsável pelo processamento e julgamento das autoridades políticas e militares do Japão Imperial, também em decorrência dos crimes de guerra e contra a humanidade perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial²².

Anos mais tarde, já em meados da década de 1990, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, através de Resoluções embasadas no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, criou outros dois tribunais internacionais *ad hoc*, responsáveis pelo processamento e julgamento de atos dessa mesma natureza²³: O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia²⁴, e o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda²⁵.

As fundadas críticas em relação a forma de criação²⁶ dos supracitados Tribunais da Iugoslávia e de Ruanda, bem como pelo fato de terem sido formados após a ocorrência dos atos que viriam a julgar (*ex post facto* - em manifesto desrespeito ao princípio do juiz natural²⁷), demonstraram a imprescindível necessidade de se constituir, em âmbito internacional, um tribunal global, permanente, independente e imparcial²⁸.

²¹ ONU. **London Agreement of August 8th 1945**. Art. 6.º. Disponível em: <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

²² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso...**, p. 885.

²³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso...**, p. 885-886.

²⁴ Resolução n.º 827, de 25 de maio de 1993, do Conselho de Segurança da ONU.

²⁵ Resolução n.º 955, de 08 de novembro de 1994, do Conselho de Segurança da ONU.

²⁶ Conforme se verifica no art. 27, §3º da Carta das Nações Unidas, dos quinze membros do Conselho de Segurança, basta que nove (incluindo-se os cinco membros permanentes) votem favoravelmente à criação do respectivo Tribunal.

²⁷ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2018, p. 90. Princípio processual penal que assegura ao sujeito o direito de ser processado e julgado por um tribunal estabelecido previamente à prática do delito. Portanto, restando vedada a criação de tribunais de exceção.

²⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso...**, p. 886.

Assim, colocando fim às anteriores controvérsias e representando importante avanço do Direito Penal Internacional, em 17 de julho de 1998, durante a Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, o Estatuto de Roma foi aprovado com cento e vinte votos favoráveis, sete contrários²⁹ e vinte e uma abstenções³⁰.

Deste modo, em 1º de julho de 2002, sessenta dias após o depósito do 60.º instrumento de ratificação, o Tribunal Penal Internacional foi finalmente criado, e vem, desde então, desempenhando importante escudo em defesa dos direitos humanos em âmbito internacional³¹.

2.2 Características do Tribunal Penal Internacional

O Tribunal Penal Internacional, no exercício da jurisdição em âmbito internacional que lhe é delegada pelo Estatuto de Roma, possui destacáveis características que o diferencia de tribunais regulares de direito interno.

A primeira, e talvez mais importante característica, é a independência do Tribunal Penal Internacional. Assim sendo, a Corte deve funcionar e operar livre de interferências externas, de modo a garantir sua imparcialidade e distanciamento de eventuais pressões políticas das potências mais poderosas no cenário internacional.

Além disso, diferentemente dos Tribunais Criminais *ad hoc*³², o TPI possui caráter de complementariedade frente às jurisdições penais internas dos Estados³³, de modo que somente poderá ser acionado, de forma subsidiária, quando os tribunais internos não se mostrarem capazes ou interessados em processar e julgar os indivíduos que cometeram os crimes destacados no Estatuto de Roma.

²⁹ Estados Unidos, Filipinas, China, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia.

³⁰ SOUKI, Hassan Magid. Da possibilidade de julgamento de atos terroristas pelo tribunal penal internacional. In: **Revista Jurídica da Faculdade Una de Contagem**. Contagem, v. 1, n. 1, p. 222, 2014.

³¹ SATZGER, Helmut. **International and European Criminal Law**. Munique: Nomos, 2012, p. 325.

³² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso...**, p. 891. Cuja competência é exercida com primazia em relação aos tribunais internos.

³³ TPI. **Estatuto de Roma**. Preâmbulo e Art. 1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 29 ago. 2020.

Nesta senda, Tsilonis³⁴ aduz que de acordo com o princípio da complementariedade, o TPI somente será acionado como uma espécie de “paraquedas de reserva” – isto é, quando o “paraquedas original”, qual seja a jurisdição nacional, não cumprir seu dever de modo direto e efetivo.

Por fim, a última particularidade é o caráter de automaticidade após sua entrada em vigor no ano de 2002. Ou seja, ao contrário do que ocorre com os demais tribunais internacionais, e apesar do Estatuto de Roma exigir (como qualquer tratado) sua ratificação pelos Estados, o Tribunal Penal Internacional poderá exercer sua jurisdição inclusive sob pessoas que se encontram em território de Estado não signatário³⁵ do Estatuto ora citado³⁶.

Deste modo, com essas características de independência, automaticidade e subsidiariedade, buscou-se criar uma Corte Penal permanente de caráter global, imparcial (ou seja, protegida de imposições externas) e que respeita a soberania interna dos Estados (atuando somente no caso da sua desídia ou omissão).

2.3 Competências do Tribunal Penal Internacional

Inicialmente, insta salientar que não obstante as profundas e inconclusivas discussões acadêmicas que foram travadas ao longo do século XX³⁷, o Direito Penal Internacional reconhece a jurisdição do Tribunal Penal Internacional somente para os chamados “crimes centrais” – isto é, os “*core crimes*”.

Em contrapartida, o Direito Penal Internacional deixa de tutelar uma vasta gama de condutas que são internacionalmente consideradas como “crimes transnacionais” (como tortura, pirataria, sequestro de aviões,

³⁴ TSILONIS, Victor. **The Jurisdiction of the International Criminal Court**. The Hague: Springer, 2019, p. 220. Tal princípio foi utilizado pela primeira vez em 2013, no julgamento de Abdullah Al-Senussi.

³⁵ Destaca-se que importante atores da sociedade internacional, como Estados Unidos da América, China, Turquia, Egito, Irã, Israel, Rússia, Iraque e Índia, não são signatários ou não ratificaram o Estatuto de Roma até a presente data.

³⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso...**, p. 891.

³⁷ TSILONIS, Victor. **The Jurisdiction...**, p. 19-37.

tráfico de drogas, etc.), as quais se restringem a ser objeto de vários tratados internacionais que visam sua prevenção e supressão, e que dependem da ratificação e posterior transposição interna do seu conteúdo.

Da mesma forma, o Tribunal Penal Internacional também não exerce sua jurisdição sobre condutas que são “universalmente rotuladas como crime” nos ordenamentos jurídicos internos, tais como o homicídio, o estupro, o sequestro, a pornografia infantil, o roubo, etc.

Assim, denota-se pela análise do Capítulo II (art. 5º e seguintes) do Estatuto de Roma que a competência jurisdicional do Tribunal Penal Internacional é composta por um rol taxativo de delitos, os quais são considerados extremamente gravosos e cujo eventual cometimento afeta toda a comunidade internacional. São eles: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

Contudo, antes de se adentrar especificamente no estudo da *ratione materiae* do Tribunal Penal Internacional, imperioso tecer alguns comentários sobre a sua competência em razão do tempo, lugar e pessoas.

No que diz respeito à *ratione temporis*, diferentemente dos Tribunais *ad hoc* que o antecederam, o TPI é uma Corte “prospectiva”³⁸ – ou seja, nos termos do art. 24, §1º do Estatuto de Roma, não poderá, de forma alguma, exercer sua jurisdição sobre crimes cometidos antes da entrada em vigor do referido Tratado, em 1º de Julho de 2002.

Acerca da *ratione personae*, o Tribunal Penal Internacional possui jurisdição sobre os nacionais dos Estados que ratificaram o Estatuto de Roma (art. 12, §2º, “b”), ou nacionais de Estados não-sinatários que aceitarem posteriormente a competência da Corte de Haia em relação a determinado fato (art. 12, §3º), desde que os acusados tenham mais de dezoito anos na data da prática do crime (art. 26).

Por fim, no que tange à *ratione loci*, o TPI possui competência sobre atos cometidos no território dos Estados-membros, independentemente da nacionalidade dos agentes infratores (art. 12, §2º, “a”). Salienta-se que

³⁸ SCHABAS, William A. *The Legislative History of the International Criminal Court*. Boston: Brill, 2016, p. 86.

tal regra tem gerado grandes turbulências no corrente ano³⁹, pois permite que a Corte de Haia processe e julgue nacionais de Estados que não são signatários do Estatuto de Roma.

Analisado quem, de onde e a partir de quando pode-se submeter um caso à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, passa-se prontamente à análise *ratione materiae* – isto é, do “pelo que?”.

2.3.1 Genocídio

Considerado pelo Tribunal de Ruanda como “o crime dos crimes”⁴⁰ e apontado como uma das maiores preocupações da segunda metade do Século XX⁴¹, tão logo a Segunda Guerra Mundial chegou ao final, a sociedade internacional providenciou, através da Resolução n.º 260-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, a elaboração e ratificação Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948)⁴².

Tal preocupação origina-se do fato que, somente no século XX, o mundo testemunhou ao menos cinco genocídios, os quais vitimaram milhões de pessoas (sem contar os casos atuais que possivelmente se enquadrem nessa categoria delituosa)⁴³. Foram eles:

- a) O genocídio armênio, perpetrado pelos turcos (1915 a 1917);

³⁹ Essa particularidade de jurisdição em razão do lugar está gerando grandes dissabores entre o presidente estadunidense Donald Trump e o Tribunal Penal Internacional.

Como se sabe, os EUA não ratificaram o Estatuto de Roma. Portanto, não reconhecem a sua jurisdição.

Ocorre que em razão da regra em questão, a Corte de Haia passou a investigar (ICC-02/17) o eventual cometimento de crimes contra a humanidade e de guerra perpetrados pelo Talibã e por tropas estadunidenses no Afeganistão (Estado que ratificou o Estatuto de Roma).

Por sua vez, alegando violação da sua soberania (ao submeter seus nacionais à investigação de um Tribunal não reconhecido pelos EUA), o presidente estadunidense passou a adotar uma conduta combativa contra a Corte de Haia.

Eis aqui um interessante caso a ser acompanhado, e que certamente colocará à prova o nível de “independência” da Corte de Haia.

⁴⁰ SCHABAS, William A. **The Legislative...**, p. 116.

⁴¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso...**, p. 896.

⁴² ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio (1948). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/direito-internacional/>>. Acesso em 01 set. 2020.

⁴³ TSILONIS, Victor. **The Jurisdiction...**, p. 89. Atualmente, enfrentam-se problemas de natureza similar contra o povo Rohingya em Mianmar, contra o povo Nuer no Sudão do Sul, contra o povo lazidís no Iraque e Síria, contra os “anti-balakas” na República Centro-Africana e contra os Darfuris no Sudão.

- b) O genocídio de judeus e ciganos, fomentado pelos alemães nazistas (1941 a 1945);
- c) O genocídio cambojano, patrocinado pelo regime de Pol Pot (1975);
- d) O genocídio tutsi em Ruanda, cometido pelos Hutus (1994); e
- e) O genocídio de bósnios muçulmanos, ocorrido durante a Guerra da Bósnia (1995).

Não por outra razão é que cinquenta anos após a supracitada Convenção (1948), o Estatuto de Roma (1998), valendo-se de uma definição jurídica já adotada anteriormente pelo Conselho de Segurança da ONU quando criou os tribunais *ad hoc* da Iugoslávia e Ruanda⁴⁴, acertadamente elencou o genocídio como um dos delitos sob a jurisdição do TPI.

Desta forma, o art. 6º do Estatuto de Roma tipifica as seguintes condutas como genocidas: homicídio, ofensas graves à integridade física ou mental, sujeição intencional de pessoas a uma condição de vida que vise provocar sua destruição física, imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos e realização de transferência forçada de crianças.

Não obstante a isso, o que diferencia o genocídio dos demais crimes é o chamado “elemento mental” ou “*dolus specialis*”⁴⁵. Isto é, para que seja configurado o delito em tela, é imprescindível que os supracitados atos sejam cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, determinado grupo em razão de sua nacionalidade, etnia, raça ou religião⁴⁶.

Por fim, atente-se que a expressão “no todo ou em parte” é entendida como um elemento excludente quantitativo, de modo que o assassinato ou perseguição de apenas uns poucos membros de determinado grupo não pode, de forma alguma, ser classificado como um ato de genocídio. Portanto, tais condutas devem atingir (ou ao menos intentar lesionar) parte substancial da coletividade vitimizada⁴⁷.

⁴⁴ TSILONIS, Victor. **The Jurisdiction...**, p. 91.

⁴⁵ SCHABAS, William A. **The Legislative...**, p. 118.

⁴⁶ TSILONIS, Victor. **The Jurisdiction...**, p. 94. Percebe-se que tal escopo é extremamente limitado, de modo que perseguições de grupos políticos, profissionais ou sexuais não se enquadram na concepção de genocídio adotada pelo Estatuto de Roma.

⁴⁷ SCHABAS, William A. **The Legislative...**, 2016, p. 120.

2.3.2 Crimes contra a humanidade

Desde os primórdios da humanidade até os tempos atuais, inúmeros são os registros de atos bárbaros e crimes hediondos cometidos contra determinados grupos de pessoas, tais como a escravidão, tortura, violência sexual, perseguição de minorias étnicas, raciais ou religiosas, dentre outros.

Contudo, em que pese tais atos remontem a períodos historicamente remotos, o termo “crimes contra a humanidade” somente veio a ser cunhado em âmbito internacional no despontar do século XX, mais precisamente em 1915, em uma Declaração Conjunta cunhada por França, Grã-Bretanha e Rússia, em decorrência do genocídio armênio⁴⁸.

Da mesma forma, o primeiro registro de processamento e julgamento de atos dessa natureza também ocorreu de forma bastante tardia na história da humanidade. Mais especificamente com o final da Segunda Guerra Mundial e a subsequente instauração do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg⁴⁹.

Assim, dadas as evoluções no tratamento da matéria ao longo do século XX (especificamente através dos já citados Tribunais *ad hoc* de Nuremberg, Iugoslávia e Ruanda), o Estatuto de Roma, desde a sua versão inicial de 1998, tipifica os “crimes contra a humanidade” no seu art. 7.º, considerando-os como um “quadro de ataques generalizados ou sistemáticos contra qualquer população civil”, por meio de atos como homicídio, extermínio, escravidão, deportação, prisão ilegal, tortura, agressão sexual, perseguição, *apartheid*, etc.

Ainda, atente-se que diferentemente do que previa o Tribunal Militar Internacional da Iugoslávia⁵⁰, o Estatuto de Roma não condiciona a

⁴⁸ FRANÇA, GRÃ-BRETANHA E RÚSSIA. **Declaração Conjunta (1915)**. Disponível em: <https://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current_category.7/affirmation_detail.html>. Acesso em: 02 set. 2020.

⁴⁹ TSILONIS, Victor. **The Jurisdiction...**, p. 117.

⁵⁰ ONU. **International Tribunal for the Former Yugoslavia**. Art. 5º. [...] *prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict* [...]. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/InternationalTribunalForTheFormerYugoslavia.aspx>>. Acesso em: 02 set. 2020.

existência de crimes contra a humanidade com a situação de guerra, de modo que esses “ataques”, para serem submetidos à jurisdição do TPI, podem (ou não) ocorrer durante um conflito armado.

Ademais, o art. 7.º, §2º, “a” do Estatuto de Roma prevê que os ataques, além de sistemáticos e generalizados, devem ser perpetrados de acordo com a “política de um Estado ou de uma organização”. Nesta senda, não obstante as profundas discussões doutrinárias sobre o tema, assiste razão a Cherif Bassiouni, que entende que os “crimes contra a humanidade” passíveis de julgamento pelo TPI, devem obrigatoriamente ser perpetrados dentro de um contexto de “política de Estado” ou por algum órgão estatal⁵¹.

Em decorrência disso, agentes não estatais (como mafiosos, facções criminosas, milícias armadas e até mesmo grupos terroristas independentes) não podem ser sujeitos ativos dos “crimes contra a humanidade” (e, conseqüentemente, tampouco podem figurar como réus perante o TPI sob essa acusação), a menos que suas ações estejam representando uma política de Estado.

Como derradeira nota, insta salientar que diferentemente do genocídio, a configuração dos “crimes contra a humanidade” prevista no art. 7.º do Estatuto de Roma não exige a verificação de qualquer elemento subjetivo específico.

2.3.3 Crimes de guerra

Considerada a mais antiga (e mais extensa) infração penal prevista no Estatuto de Roma⁵², os crimes de guerra estão previstos no artigo 8.º, o qual tipifica uma vasta gama de condutas (como homicídio, tortura, destruição de bens, tomada de reféns, etc.) que atentam contra as quatro Convenções de Genebra de 1949 e demais leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados em âmbito do direito internacional.

⁵¹ SCHABAS, William A. *The Legislative...*, p. 169-170. Em entendimento contrário, TSILONIS, Victor. *The Jurisdiction...*, p. 138.

⁵² SCHABAS, William A. *The Legislative...*, p. 138.

Ademais, imperioso salientar que o Estatuto de Roma inovou em relação aos seus antecedentes (Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e Convenções de Genebra) ao estender de forma expressa a jurisdição do TPI para crimes de guerra cometidos no seio de conflitos armados não internacionais (art. 8º, §2º, “c”)⁵³, além de criminalizar o uso internacional de armas nucleares e de destruição em massa, bem como o recrutamento e militarização de crianças menores de quinze anos (art. 8º, §2º, “b”, “XXVI”).

Imperioso destacar a grande diferença entre crimes de guerra e os outros dois crimes analisados até o presente momento: enquanto os crimes contra a humanidade pressupõe uma política estatal e violenta que se manifesta através de atos sistemáticos e generalizados, e o genocídio exprime atos pautados por elemento subjetivo muito específico de destruição do grupo, os crimes de guerra, por sua vez, abarcam desde diretrizes militares hierárquicas, até atos individuais e isolados de um soldado (dispensando, portanto, o *dolus specialis* e a diretriz política estatal) – desde que, por óbvio, cometidos em um contexto bélico⁵⁴.

Ressalta-se, contudo, que de acordo com a jurisprudência internacional, não é qualquer ato cometido em um Estado em conflito (interno ou internacional) que poderá ser classificado como crime de guerra e julgado pelo TPI. Deve-se, portanto, haver a imprescindível comprovação de nexó entre o ato criminoso e o conflito armado existente⁵⁵.

Por fim, em decorrência das regras de competência já mencionadas no presente artigo, imperioso salientar que o Tribunal Penal Internacional não possui jurisdição caso cidadãos de um Estado não-signatário cometam crimes de guerra no território de outro Estado não-signatário contra cidadãos de um terceiro Estado não-signatário.

⁵³ TSILONIS, Victor. **The Jurisdiction...**, p. 141. Contudo, destaca-se que apesar dessa incidência em conflitos armados internos, o Estatuto de Roma não se aplica em “situações de distúrbio e tensão interna, como motins e atos de violência esporádica” (art. 8º, §2º, “d” e “f”).

⁵⁴ SCHABAS, William A. **The Legislative...**, p. 143 e TSILONIS, Victor. **The Jurisdiction...**, p. 142.

⁵⁵ SCHABAS, William A. **The Legislative...**, p. 146.

Nesta senda, Tsilonis exemplifica: o Tribunal Penal Internacional não possui jurisdição para processar e julgar um batalhão estadunidense que, em solo somali, comete crimes de guerra contra cidadãos gregos, uma vez que nenhum desses três países ratificou o Estatuto de Roma⁵⁶.

2.3.4 Crimes de agressão

O quarto e último crime jurisdicionado pelo Tribunal Penal Internacional é o “crime de agressão”, cuja origem é longínqua – mais precisamente dos Tratados de Paz de Westfália, celebrados em meados do século XVII, e que consagraram o reconhecimento da soberania e igualdade dos Estados⁵⁷.

Nesta esteira, diversos foram os Tratados subsequentes (como as Convenções de Haia de 1899 e 1907, ou o Tratado de Versalhes, celebrado ao final da Primeira Guerra Mundial e responsável por criar a Sociedade das Nações, antecessora da ONU), que apesar de não proibirem a guerra, a limitavam e encorajavam a resolução pacífica de conflitos entre Estados.

Entretanto, foi somente em 1945, na celebração do já citado Acordo de Londres (responsável por instituir o Tribunal de Nuremberg), mais precisamente no artigo 6.º (que estabelece condutas denominadas rotuladas de “crimes contra a paz”), que o “crime de agressão” surge oficialmente no âmbito do Direito Internacional Penal, como fato ilícito cometido por indivíduos, e não por Estados⁵⁸.

Nesta senda, também em 1945, a sociedade internacional elaborou a Carta das Nações Unidas, a qual prevê no art. 1º que os propósitos da referida organização internacional compreendem a manutenção da paz e segurança internacional, através de medidas efetivas que “reprimam os

⁵⁶ TSILONIS, Victor. **The Jurisdiction...**, p. 143. A exceção seria se o governo somali fizesse uso da prerrogativa do art. 12, §3º do Estatuto de Roma, aceitando a posterior e *ad hoc* jurisdição do TPI.

⁵⁷ TSILONIS, Victor. **The Jurisdiction...**, p. 162.

⁵⁸ TSILONIS, Victor. **The Jurisdiction...**, p. 163.

atos de agressão”, da mesma forma que o art. 2º, §4º, declara que a guerra é um meio ilícito de resolução de controvérsias internacionais⁵⁹.

Insta salientar que por muitos anos inexistiu uma tipificação consensual sobre quais atos efetivamente constituiriam o “crime de agressão” sob o manto jurisdicional do Tribunal Penal Internacional. Assim, após as Assembleias de Kampala (2010) e Nova York (2017), foi somente em 17 de julho de 2018 que essa competência passou a ser exercida, com a inclusão do art. 8º *bis*, §§1 e 2º no Estatuto de Roma⁶⁰.

Assim sendo, o supracitado artigo prevê que os “crimes de agressão” são cometidos quando uma pessoa, em posição efetiva de exercer o controle político ou militar de um Estado, planeje, prepare, inicie ou execute um ato de agressão que diante da sua gravidade, caráter e escala, manifestamente viole a Carta das Nações Unidas.

Nesta senda, tais “atos de agressão” consistem, portanto, no uso das forças armadas de um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, o que se verifica por meio de atos de invasão, ataques (terrestre, marítimo ou aéreo), ocupação militar, bombardeio, bloqueio de portos ou costas, e até mesmo no envio de bandos armados ou mercenários que atuem de tal forma em seu nome.

3. A incontornável ausência de tipificação do terrorismo

Finda a análise dos principais aspectos do Tribunal Penal Internacional (especialmente da competência *ratione materiae*), salta aos olhos a ausência da tipificação do crime de terrorismo dentro do Estatuto de Roma, uma vez que o referido delito, sem sombra de dúvidas, encontra-se em similar patamar de gravidade e hediondez que os quatro “*core crimes*” supracitados⁶¹.

⁵⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso...*, p. 900. A ilicitude da resposta bélica a conflitos de natureza internacional surge no “Pacto de Renúncia à Guerra” (“Pacto Briand-Kellog”) de 1928.

⁶⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso...*, p. 901.

⁶¹ CASSESE, Antonio. *International...*, p. 110. Em sentido contrário, Cassese entende que o terrorismo (tal qual a tortura), não parece ser considerado pela sociedade internacional como um “*core crime*”, de modo que, ao menos no presente momento, não se encontra sob jurisdição do TPI (e de nenhum outro tribunal criminal internacional).

Entretanto, imperioso destacar que a ausência do terrorismo no rol taxativo de delitos previstos no Estatuto de Roma não se deve a omissão ou subestima da sociedade internacional em relação a essa modalidade criminosa⁶². Pelo contrário, visto que esse fenômeno delitivo, a partir do século XX, passou a figurar como objeto de diversos Tratados Internacionais⁶³.

Não obstante a isso, o grande problema, sem sombra de dúvidas, é a já mencionada incapacidade da sociedade internacional encontrar um conceito de terrorismo que seja amplamente aceito pelos pares, fato que representa uma barreira incontornável à eventualmente posterior tipificação expressa desse fenômeno delitivo no Estatuto de Roma⁶⁴, e consequente submissão de tais atos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, em respeito ao princípio da legalidade.

Ademais, somando-se as explicações conceituais sobre quais atos e em quais circunstâncias é que se verifica um ato de terrorismo, junto aos elementos existentes nos crimes previstos no Estatuto de Roma, parece ser cristalina a impossibilidade de se processar e julgar atos terroristas sob a tipificação dos delitos previstos no Estatuto de Roma. Isto porque:

- a) terrorismo não pode ser “genocídio”, pois não possui o imprescindível elemento subjetivo específico de se destruir um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Lembre-se que a vitimização das pessoas, em atos de cunho terrorista, é aleatória e meramente instrumental, servindo para outros fins de cunho político.
- b) terrorismo não pode ser “crime contra a humanidade”, pois os ataques sistemáticos e generalizados não são, via de regra, perpetrados dentro de um contexto de “política de Estado”. Isto é, o terrorismo (nacional ou internacional) não é aquele cometido “de cima para baixo” (do Estado em face de seus cidadãos), mas sim “de baixo para cima”.

⁶² CASSESE, Antonio. **International...**, p. 125. O autor afirma que os seguintes motivos levaram os Estados signatários do Estatuto de Roma a não incluir o terrorismo sob a competência do TPI: (i) falta de uma definição internacionalmente consensual do delito; (ii) possível politização do Tribunal; (iii) não considerar o terrorismo como um crime suficientemente grave para ser considerado um “*core crime*”; e (iv) há maior efetividade no processamento individual, relegando ao plano internacional a cooperação coordenada entre os Estados.

⁶³ ZAMBIASI, Vinícius Wildner. **Limites...**, p. 24-25. Somente no âmbito das Nações Unidas, a partir de 1963, foram produzidos dezenove Convenções e Protocolos que visam a prevenção do terrorismo.

⁶⁴ Lembre-se que, conforme abordado no presente trabalho, o crime de agressão teve sua tipificação posterior (somente em 2018), valendo-se dos procedimentos dispostos no art. 121 e 123 do Estatuto de Roma.

- c) o terrorismo, por óbvio, não pode ser “crime de guerra”, pois não está condicionado à existência de um conflito armado (seja nacional, seja internacional), mas sim à busca violenta pela modificação da situação política de uma determinada localidade (desde a imposição de uma pauta política até a reunião da *ummah* sob um único califado); e
- d) por fim, terrorismo não pode ser “crime de agressão”, pois não consiste na violação da igualdade e soberania de um Estado por outro Estado, tampouco costuma ser perpetrado por pessoas que estejam em posição de controle político ou militar de um Estado.

Deste modo, enquanto o terrorismo não for precisamente definido em âmbito internacional, os esforços internacionais deverão se concentrar em medidas policiais (cooperação judiciária, policial e de inteligência, combate ao financiamento, etc.), ao passo que o processamento e julgamento de tais atos somente podem ocorrer a nível nacional.

3.1 O futuro do TPI: novos “*Core crimes*” pela fórmula de Tsilonis

Victor Tsilonis⁶⁵ faz uma grande contribuição com os cinco requisitos de sua fórmula, os quais devem ser preenchidos para que determinada conduta seja enquadrada como “*core crime*”, tutelável pelo Direito Penal Internacional (e conseqüentemente, jurisdicionável pelo Tribunal Penal Internacional). São eles:

- a) “*A conduta deve ser injusta e imputável*”. Ou seja, deve-se evitar o processamento de condutas que foram cometidas sem uma manifestação livre de consentimento (“justa”), ou que foram perpetradas por crianças e adolescentes (“imputável”);
- b) “*A conduta deve violar uma norma internacional de direitos humanos*” (como a Carta das Nações Unidas, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, etc.). Portanto, para ser tutelada pelo Direito Internacional, a conduta deverá violar direitos humanos reconhecidos sob o prisma internacional.
- c) “*As características da conduta* (especialmente os meios de execução e o número de perpetradores e vítimas) *indicam que houve uma grave violação de direitos*”

⁶⁵ TSILONIS, Victor. *The Jurisdiction...*, p. 37-40.

humanos reconhecidos internacionalmente”, a fim de preencher o critério de admissibilidade previsto no art. 17, §1º, “d” do Estatuto de Roma⁶⁶.

- d) “A conduta deve envolver mais de um Estado” – seja em decorrência da multiplicidade de locais em que foi cometida, ou da nacionalidade distinta de perpetradores ou vítimas.
- e) “A conduta envolve um autor ou partícipe com representatividade oficial”.

Segundo Tsilonis⁶⁷, se os três primeiros requisitos forem preenchidos, trata-se de um *core crime* – isto é, de uma conduta a ser tutelada pelo Direito Penal Internacional, passível de processamento e julgamento pelo Tribunal Penal Internacional, desde que haja a devida e futura alteração expressa no texto do Estatuto de Roma.

Caso algum dos três primeiros requisitos não se fizer presente, entende o autor que os dois últimos critérios, caracterizados como “adicionais”, devem contribuir significativamente para a classificação ou não da conduta como crime internacional.

Deste modo, Tsilonis⁶⁸ aduz que os reiterados sequestros de mulheres cometidos pelo Boko Haram, apesar de serem cometidos por motivos eminentemente econômicos (cobrança de resgate), em um único Estado (Nigéria), por agentes que não ocupam nenhum cargo oficial de representatividade estatal, e dentro de um contexto de conflito armado não internacional, não encontra enquadramento legal dentro do Estatuto de Roma, em que pese deveriam ser considerados crimes internacionais e processados pelo Tribunal Penal Internacional.

Isto porque os supracitados atos representam (a) uma *conduta ilícita e imputável*; que (b) *viola as normas internacionais de direitos humanos* que reconhecem a liberdade pessoal; e (c) cujas características de execução, número de vítimas e perpetradores representa *grave violação aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos*.

⁶⁶ TPI. **Estatuto de Roma**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 29 ago. 2020. Art. 17, §1º. [...] o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se: d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

⁶⁷ TSILONIS, Victor. **The Jurisdiction...**, p. 39.

⁶⁸ TSILONIS, Victor. **The Jurisdiction...**, p. 39.

Assim sendo, é inegável que apesar do Estatuto de Roma atualmente tipificar condutas extremamente gravosas sob a perspectiva dos direitos humanos (e que lá estão devido a um processo evolutivo sob o prisma histórico, social e jurídico), muitas outras ficam fora do seu manto jurisdicional, como é o caso do próprio terrorismo internacional – objeto de estudo do presente artigo, e que certamente também preenche os requisitos da fórmula ora analisada.

Existem, portanto, dois caminhos que podem ser seguidos: o primeiro, embora pareça mais simples (e conseqüentemente, mais tentador), seria enquadrar todos aqueles atos não tipificados expressamente no Estatuto de Roma (como o terrorismo, ou os sequestros do Boko Haram) dentro das condutas que já estão lá previstas⁶⁹.

Ocorre que tal via pode ser extremamente catastrófica para o próprio futuro do Direito Penal Internacional, uma vez que rompe com um dos principais avanços representados pelo Tribunal Penal Internacional, qual seja a consagração do princípio penal da legalidade.

Deste modo, a supracitada “ginástica hermenêutica” inegavelmente afrouxaria o controle sobre o poder punitivo de um Tribunal Internacional que adentra (ainda que subsidiariamente) na esfera de soberania estatal dos países, bem como minaria a segurança jurídica das disposições expressas no Estatuto de Roma.

Por outro lado, a segunda hipótese consiste em incitar as discussões acadêmicas e políticas sobre o tema, reconhecer as limitações existentes no Estatuto de Roma, e, sendo o caso, alterar o texto do referido Tratado – algo que inclusive se mostrou possível em um passado recente, no preenchimento do crime de “agressão”.

Em que pese o específico caso do terrorismo internacional seja diferente do sistemático sequestro e abuso das mulheres nigerianas, é imprescindível que a sociedade internacional siga empregando esforços na busca pela criação de um conceito globalmente aceito de terrorismo. Antes

⁶⁹ SOUKI, Hassan Magid. Da possibilidade..., p. 223 e 224. O autor aponta que Casesse vislumbra a possibilidade de que determinados atos terroristas sejam julgados pelo Tribunal Penal Internacional, sob outra roupagem.

disso, não se vislumbra a menor hipótese de se tutelar essa conduta no âmbito do Estatuto de Roma. Ao menos, não sem que haja uma frontal violação de alguns dos princípios mais caros ao próprio Direito Penal.

Conclusão

Por todo o exposto na presente pesquisa, outra conclusão não resta a não ser que a inexistência atual de um conceito internacionalmente aceito de terrorismo é um fator impeditivo e insuperável à possibilidade de se submeter atos dessa natureza à jurisdição Tribunal Penal Internacional.

Em que pese o terrorismo seja um dos crimes mais graves existentes (não simplesmente pelo número de pessoas vitimizadas, mas sim pela quantidade e valor dos bens jurídicos violados, bem como pelos desprezíveis meios de execução empregados), existem paradigmas mínimos de Direito Internacional e Direito Penal que foram arduamente alcançados e, portanto, não podem ser simplesmente dispensados em nome do “combate à impunidade”.

Assim sendo, imperioso recordar que se o Tribunal Penal Internacional surge para garantir maior segurança jurídica (através das disposições expressas do Estatuto de Roma), evitar a utilização abusiva de tribunais *ad hoc* (que maculam frontalmente o princípio do juiz natural) e impedir o processamento e julgamento de delitos que carecem de tipicidade (como ocorreu no Tribunal de Nuremberg, em manifesto desrespeito ao princípio da legalidade), de forma alguma se pode admitir “invenções jurídicas” para incluir um novo crime sob o manto da sua jurisdição penal internacional⁷⁰, fora das situações procedimentais e expressas no próprio Estatuto.

⁷⁰ Insta salientar que, em momento oportuno, inclusive já defendi a incorporação de crimes ambientais no rol de delitos do Estatuto de Roma. Entretanto, da mesma forma que ocorre com o terrorismo, ao passo que reconheço a alta gravidade das condutas, também assumo que a jurisdição do TPI sobre elas exige, de forma imprescindível, a alteração do Estatuto de Roma. Para aprofundar o assunto, veja-se: KLEE, Paloma Marita Cavol; ZAMBIASI, Vinícius Wildner. O julgamento de crimes ambientais pelo Tribunal Penal Internacional. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 20, n. 1, p. 141-177, jan./abr. 2018.

Ademais, insta salientar que a ausência de jurisdição do Tribunal Penal Internacional em relação a fatos delituosos rotulados como “terrorismo internacional” não enseja, automaticamente, em uma espécie de anomia ou lacuna judiciária, e tampouco em garantia de impunidade propriamente dita, uma vez que, conforme destacado no presente artigo, a Corte de Haia exerce um papel supletivo e subsidiário em relação às jurisdições internas dos Estados.

Ou seja, somente há que se falar em eventual julgamento pelo Tribunal Penal Internacional quando, além da posterior inclusão desse delito no rol do Estatuto de Roma, mecanismos como a cooperação policial e judiciária, aplicação da lei penal no espaço e extradição restarem infrutíferos na persecução penal do sujeito acusado de praticar terrorismo.

Assim sendo, Cassese⁷¹ está absolutamente correto quando afirma que a submissão do terrorismo à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (hoje, reitera-se, inexistente), contribuiria significativamente para conter a impunidade de tais crimes (diante da natureza subsidiária da Corte), além de garantir um julgamento imparcial aos arguidos, livre de pressões e pré-julgamentos.

Por outro lado, pelos motivos já explanados, não assiste razão à parcela da doutrina⁷² que considera como plausível e não violadora do princípio da *nullum crimen sine lege* a possibilidade de que atos de terrorismo sejam atualmente julgados pelo Tribunal Penal Internacional, com uma nomenclatura diferente (isto é, sob a roupagem de algum dos quatro delitos tipificados no Estatuto de Roma – especialmente o “crime de guerra” e os “crimes contra a humanidade”).

Além do próprio Estatuto de Roma, no art. 22, §2º, proibir o recurso da analogia e garantir expressamente o princípio do *nullum crimen sine lege*⁷³, é cristalino que a inclusão do terrorismo sob o manto jurisdicional

⁷¹ CASSESE, Antonio. **International...**, p. 111.

⁷² SOUKI, Hassan Magid. Da possibilidade..., p. 224 e 231, 2014.

⁷³ TPI. **Estatuto de Roma**. Art. 22, §2º. “A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito,

do Tribunal Penal Internacional se encontra no desenvolvimento natural do Estatuto de Roma (e da própria evolução da sociedade internacional). Contudo, tal processo, pela importância de fatores que envolve, não pode ser conduzido com base em malabarismos jurídicos, sendo fase imprescindível e insuperavelmente condicionante a elaboração de um conceito internacionalmente aceito para o delito de terrorismo.

Referências

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio** (1948). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/direito-internacional/>>. Acesso em: 01 set. 2020.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10^a ed. São Paulo: Editora Forense, 2018.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **Los delitos de Terrorismo: estructura típica e injusto**. Editorial Reus: Madrid, 2010.

CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. 1^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

FRANÇA, GRÃ-BRETANHA E RÚSSIA. **Declaração Conjunta (1915)**. Disponível em: <https://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current_category.7/affirmation_detail.html>. Acesso em: 02 set. 2020.

KLEE, Paloma Marita Cavol; ZAMBIASI, Vinícius Wildner. O julgamento de crimes ambientais pelo Tribunal Penal Internacional. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 20, n. 1, p. 141-177, jan./abr. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 13^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

ONU. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 07 set. 2020.

ONU. **International Tribunal for the Former Yugoslavia**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/InternationalTribunalForTheFormerYugoslavia.aspx>>. Acesso em: 02 set. 2020.

ONU. **London Agreement of August 8th 1945**. Disponível em: <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

SATZGER, Helmut. **International and European Criminal Law**. Munique: Nomos, 2012.

SCHABAS, William A. **The Legislative History of the International Criminal Court**. Boston: Brill, 2016.

SOUKI, Hassan Magid. Da possibilidade de julgamento de atos terroristas pelo tribunal penal internacional. In: **Revista Jurídica da Faculdade Una de Contagem**. Contagem, v. 1, n. 1, p. 209/232, 2014.

TPI. **Estatuto de Roma**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 29 ago. 2020.

TSILONIS, Victor. **The Jurisdiction of the International Criminal Court**. The Hague: Springer, 2019.

ZAMBIASI, Vinicius Wildner. **Limites ao Poder Punitivo no Combate ao Terrorismo: Contributos à Luz do Ordenamento Jurídico-Penal Português**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org